



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1363 DEL 20 dicembre 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Electrical Power di Blasco Salvatore – Appalto per la conduzione ordinaria e straordinaria, esercizio, controllo, ispezione, verifiche, nomina del terzo responsabile, compilazione e corretta tenuta dei libretti di impianto, di tutti gli impianti termici comunali durante la stagione 2016-2017 – Importo a base di gara: euro 14.756,16 - S.A.: Comune di Barrafranca

PREC 147/17/S

VISTA l'istanza singola acquisita al prot. n. 192252 del 28 dicembre 2016 nella quale l'istante ha censurato la mancata esclusione dalla gara in epigrafe dell'operatore economico ITS S.r.l. Idro Termica Siciliana, risultato poi aggiudicatario, per non avere effettuato il sopralluogo e non avere preso visione degli elaborati in violazione della clausola della *lex specialis* di gara che ne sancisce l'obbligatorietà a pena di esclusione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 9 maggio 2017 con nota prot. n. 64676;

VISTA la memoria di replica, acquisita al protocollo n. 71356 del 23 maggio 2017, nella quale la stazione appaltante ha evidenziato di non avere proceduto all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria a favore di ITS S.r.l. Idro Termica Siciliana in quanto l'aggiudicatario, già affidatario uscente del medesimo servizio, era ben a conoscenza dei luoghi e di tutte le strutture relativi ai servizi oggetto dell'appalto e la clausola del bando non collega l'esclusione alla mancata allegazione dell'attestazione di avvenuto sopralluogo ma alla mancata presa visione in concreto degli elaborati tecnici e dei luoghi di esecuzione del servizio;

VISTA la successiva nota acquisita al prot. n. 70013 del 19 maggio 2017 nella quale l'istante, ribadite le doglianze fatte valere nell'istanza di parere, ha puntualizzato che la *lex specialis* non contempla deroghe all'obbligo di effettuazione del sopralluogo in favore del precedente affidatario del servizio;

VISTO il bando di gara laddove prescrive che «L'Attestazione di avvenuto sopralluogo, da allegare all'offerta, sarà rilasciata esclusivamente nel caso in cui il sopralluogo sia effettuato dalle persone sopra indicate. La presa visione degli elaborati tecnici e dei luoghi in cui devono eseguirsi i lavori costituisce elemento essenziale per la partecipazione alla gara in quanto indispensabile per essere in possesso degli elementi formativi necessari a formulare l'offerta e pertanto, **a pena di esclusione**»;

CONSIDERATO che l'Autorità, in linea con parte della giurisprudenza (TAR Lazio, sez. III, 12 aprile 2017, n. 4480; TAR Basilicata, sez. I, 7 giugno 2017, n. 439), ha chiarito che «L'art. 79, comma 2, [del d.lgs. n. 50/2016] prevede: che “quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo la consultazione sul posto dei documenti di gara (...)”, la formulazione della norma dà atto della legittimità della eventuale clausola del bando che prevede il sopralluogo come obbligatorio. Conformemente, deve ritenersi ancora attuale l'orientamento del Consiglio di Stato,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

formatosi sulla disciplina delle precedenti cause tassative di esclusione (art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006), ed è, pertanto, legittima la clausola del bando che preveda adempimenti a pena di esclusione non solo nelle ipotesi in cui detta “sanzione” sia espressamente prevista da disposizioni di legge o del Codice ma in tutti i casi in cui un dato comportamento è previsto come doveroso ovvero come vietato (Consiglio di Stato, Adunanze Plenarie n. 21/2012 e n. 7/2014)» (Relazione AIR Bando-tipo n. 1/2017 per l'affidamento di servizi e forniture, deliberata dal Consiglio dell'Autorità in data 15 novembre 2017 e di prossima pubblicazione);

CONSIDERATO che, nel caso in esame, la clausola del bando richiede, a pena di esclusione, la presa visione degli elaborati tecnici e dei luoghi, così come documentata da apposita attestazione, e l'operatore economico aggiudicatario non ha effettuato la richiesta presa visione secondo la clausola del bando;

RILEVATO che, secondo la giurisprudenza, «non può essere condivisa la tesi (...) secondo cui la sanzione dell'esclusione dalla gara non poteva essere applicata alla ditta, che attualmente gestiva il servizio, in quanto già conosceva bene lo stato dei luoghi, per cui risultava inutile nei suoi confronti l'obbligo del sopralluogo, atteso che, in virtù del fondamentale principio della par condicio in tutti i procedimenti di evidenza pubblica, le regole, stabilite dalla lex specialis di gara, devono essere applicate a tutti i concorrenti, non potendo ricevere un trattamento privilegiato e/o differenziato il gestore uscente del servizio» (TAR Basilicata, cit.);

RITENUTO, conseguentemente, che siano accoglibili le contestazioni sollevate dall'odierno istante;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- non è legittima l'ammissione alla gara dell'operatore economico ITS S.r.l. Idro Termica Siciliana.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2018

Per il Segretario, Rosetta Greco