



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 230

DEL 4 marzo 2020

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Xeco S.r.l. – Raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, spazzamento e gestione del centro di raccolta nel Comune di Sant’Antimo - Importo a base d’asta: 18.885.250,00 euro - S.A.: Comune di Sant’Antimo (NA)

PREC 35/2020/S

Il Consiglio

VISTA l’istanza singola di parere prot. n. 7819 del 30 gennaio 2020, con la quale la Xeco S.r.l. chiede all’Anac di pronunciarsi sulla legittimità delle prescrizioni del bando di gara in oggetto che prevedono, quali requisiti di capacità tecnica e professionale ai fini della partecipazione, che il concorrente abbia il possesso di automezzi “nuovi di fabbrica e con motorizzazione non inferiore a euro 6” (punto 4.3 IV del disciplinare), nonché il possesso “di un’area idonea alla realizzazione di Centro operativo e deposito all’interno del comune di Sant’Antimo” (punto 4.3 VI del disciplinare). L’istante reputa infatti che i predetti requisiti debbano essere contemplati solamente ai fini dell’esecuzione e quindi, per come prescritti, sarebbero preclusivi della partecipazione;

VISTA la nota pervenuta dal Comune di Sant’Antimo acquisita al prot. 8707 del 3 febbraio 2020, con cui la S.A. rappresenta preliminarmente che le richieste di chiarimenti dovevano pervenire a mezzo della piattaforma telematica e che l’odierno istante non si atteneva a tale indicazione per cui inoltrava una richiesta di chiarimenti tramite indirizzo mail ordinario. Tuttavia la S.A. precisa che, al fine di garantire la massima diffusione dei chiarimenti, essa provvedeva a pubblicare un comunicato nella sezione “Area Trasparenza”. Allega quindi la fotocopia di una schermata da cui si evince che taluni chiarimenti sarebbero stati pubblicati in data 13 gennaio 2020, quindi 7 giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, mentre una seconda fotocopia reca il testo dei chiarimenti stessi, con i quali la S.A. precisa che i requisiti di partecipazione contestati sono da intendere nel senso che “è l’aggiudicatario finale” che dovrà svolgere il servizio con automezzi nuovi di fabbrica e possedere l’area dedicata al Centro operativo, mentre il concorrente “dovrà solo chiarire le modalità con cui ne arriverà a disporre”;

VISTO l’avvio dell’istruttoria effettuato in data 19 febbraio 2020;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTE le ulteriori memorie prodotte dall'istante, il quale sostiene che, al fine di apportare rettifiche sostanziali alle regole poste dal disciplinare di gara, la S.A. avrebbe dovuto annullare il bando in autotutela e procedere a una nuova pubblicazione dello stesso;

VISTE le ulteriori memorie prodotte dalla S.A., la quale sostiene che, essendo stati pubblicati i chiarimenti in tempo utile sul portale trasparenza, la ditta istante avrebbe potuto partecipare alla procedura;

VISTO l'art. 79, co. 3 del d.lgs. 50/2016, a tenore del quale “Le stazioni appaltanti prorogano i termini di ricezione delle offerte [...] b) se sono effettuate modifiche significative ai documenti di gara”;

VISTO il parere Anac reso con delibera n. 274 del 3 aprile 2019, che ha ritenuto non conforme alla normativa di settore l'operato di una stazione appaltante che aveva apportato modifiche significative alla documentazione di gara senza prorogare il termine per la ricezione delle offerte;

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato, 2 settembre 2019, n. 6026; Cons. Stato, 4 dicembre 2017 n. 5690 e sentenze ivi richiamate) che sottolinea come i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante – aventi ad oggetto il contenuto del bando e degli atti allegati – sono ammissibili a condizione che non siano tali da modificare la disciplina dettata per lo svolgimento della gara. Infatti, “le informazioni rilasciate dall'Amministrazione in sede di chiarimenti hanno una mera funzione di illustrazione delle regole già formate predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione delle condizioni di gara: sicché le regole della *lex specialis* vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in forza del principio di tutela della *par condicio* dei concorrenti che sarebbe pregiudicata ove si consentisse la modifica delle regole di gara nel corso della procedura. [...] I chiarimenti sono infatti ammissibili soltanto nella misura in cui rivestano una finalità interpretativa, contribuendo, con un'operazione di mera ermeneutica del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la *ratio*; tale ammissibilità va invece esclusa allorquando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, così violando il rigoroso principio del rispetto formale della *lex specialis*, posto a presidio dei principi di *par condicio competitorum*, nonché di legalità, trasparenza, buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione”;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, i chiarimenti forniti dalla S.A. non avevano mera finalità interpretativa bensì comportavano, nella sostanza, una vera e propria modifica del disciplinare di gara (cfr. Cons. Stato, 11 giugno 2019, n. 3914) in quanto apportavano una correzione degli evidenti errori in cui la S.A. era incorsa nella sua redazione, errori che impedivano la piena comprensione degli oneri partecipativi posti a carico dei potenziali concorrenti e che, nella sostanza, comportavano una restrizione della partecipazione. Alla luce di ciò, la modifica apportata alla *lex specialis* avrebbe dovuto comportare



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte (cfr. T.a.r. Veneto, 12 ottobre 2018, n. 940; T.a.r. Lecce, 1° agosto 2017, n. 1351);

RITENUTO quindi che la S.A. apportava, non già un chiarimento con mera finalità interpretativa, bensì una vera e propria modifica alla disciplina di gara, in quanto correggeva evidenti errori del disciplinare restrittivi della partecipazione, e pertanto essa, in ossequio al principio del *favor participationis*, doveva disporre la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- nel caso di specie la S.A. apportava, non già un chiarimento con mera finalità interpretativa, bensì una vera e propria modifica alla disciplina di gara, in quanto correggeva evidenti errori del disciplinare restrittivi della partecipazione, e pertanto essa, in ossequio al principio del *favor participationis*, avrebbe dovuto disporre la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

*Il Presidente f.f.
Francesco Merloni*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 marzo 2020

Il Segretario Rosetta Greco