



DELIBERA N. 5

11 gennaio 2023

Oggetto

Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da [OMISSIS]– Procedura aperta per il servizio di raccolta e trasporto RR.SS.UU. ed assimilati, servizi di igiene urbana e servizi di verde pubblico del Comune di Telese Terme (BN) - Importo a base di gara euro: 7.979.031,48 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Telese Terme (BN).

PREC 168/2022/S-PB

Riferimenti normativi

Art. 79 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Modifica significativa documenti di gara – ripubblicazione atti di gara - riapertura dei termini

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura – Bando – Modifica del bando – Ripubblicazione atti di gara – Riapertura dei termini per la presentazione delle offerte – Doverosità.

In caso di modifiche significative ai documenti di gara, tali da incidere sulla platea degli operatori economici potenzialmente interessati a partecipare alla procedura, la Stazione appaltante è tenuta alla ripubblicazione degli atti di gara e alla riapertura di tutti i termini previsti dalla lex specialis per la partecipazione, ivi compreso il termine per l'effettuazione del sopralluogo.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 11 gennaio 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 88884 del 2 novembre 2022, con cui la [OMISSIS] S.r.l., operatore economico interessato a partecipare alla procedura di gara in oggetto, contestava il requisito di partecipazione di cui all'art. 7.3. lett. l) del disciplinare, nella parte in cui richiedeva la presenza nell'organico dell'impresa di personale strutturato con contratto a tempo indeterminato in possesso delle competenze tecniche necessarie a realizzare correttamente il servizio e, in particolare, di un'unità che avesse conseguito la Laurea in discipline Ambientali. Secondo l'istante, la prefata clausola conteneva un requisito di partecipazione sproporzionato e ingiustamente restrittivo della concorrenza e, in ogni caso, non previsto nei C.A.M. richiamati dalla Stazione appaltante a supporto e giustificazione della richiesta del requisito;

RILEVATO che, successivamente alla presentazione dell'istanza di precontenzioso, la Stazione appaltante modificava il requisito di partecipazione di cui all'art. 7.3. lett. l) del disciplinare, richiedendo, più semplicemente, di *"disporre di personale strutturato in organico aziendale in possesso delle competenze tecniche necessarie a realizzare correttamente il servizio riducendone gli impatti ambientali"*. Pertanto, con nota prot. n. 92671 del 10 novembre 2022 si chiedeva all'istante di confermare che la suddetta modifica avesse pienamente soddisfatto le iniziali doglianze;

VISTA la nota acquisita al prot. n. 93769 del 14 novembre 2022, con cui la [OMISSIS] rappresentava come la suddetta modifica fosse avvenuta a mezzo di un mero chiarimento del RUP, senza la ripubblicazione degli atti di gara e la proroga/riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, in spregio all'art. 79, comma 3, del Codice e ai principi elaborati dalla giurisprudenza e dall'Autorità in tema di modifiche significative ai documenti di gara. In risposta ad una richiesta di ulteriori precisazioni sul profilo dell'interesse al rilascio del parere, l'istante sottolineava che la modifica del requisito di partecipazione non era stata legittimamente attuata (in quanto realizzata per il tramite di un mero chiarimento) e che, pertanto, in mancanza del riconoscimento della non conformità alla disciplina di settore dell'operato della Stazione appaltante, avrebbe, in ogni caso, rischiato l'esclusione dalla procedura di gara;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 96741 del 21 novembre 2022;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 98402 del 25 novembre 2022, con cui il Comune di Telesse Terme ha rappresentato, per un verso, che la specificazione apportata ai requisiti di gara con il chiarimento non comportava alcuna modifica sostanziale degli atti di gara, tale da richiederne una ripubblicazione, poiché il requisito stesso è di facile acquisizione secondo la vigente disciplina degli appalti pubblici; dall'altro, ha segnalato come il disciplinare di gara fissasse al 28-10-2022 il termine ultimo per la richiesta ed effettuazione del sopralluogo obbligatorio, che la [OMISSIS] non aveva richiesto di poterlo effettuare e che, pertanto, la sua mancata partecipazione all'appalto in oggetto non è pregiudicata né dal requisito originario di cui all'art. 7.3, lettera l) del Disciplinare di gara né dalla mancata riapertura dei termini, bensì dalla omessa effettuazione del sopralluogo obbligatorio; tra l'altro, la stessa richiesta di chiarimento dell'impresa istante era pervenuta a mezzo pec in data 02.11.2022, ovvero dopo la scadenza del termine per l'effettuazione del sopralluogo;

RITENUTO che sulla questione possa decidersi ai sensi dell'art. 11, comma 5, del vigente Regolamento di precontenzioso;



CONSIDERATO che in presenza di modifiche significative ai documenti di gara l'art. 79, comma 3, lett. b) del d.lgs. 50/2016 prevede l'obbligo per le Stazioni appaltanti di prorogare i termini per la ricezione delle offerte, in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte. Le modifiche «sostanziali» sono quelle in grado di incidere sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura di gara in modo tale da determinare (anche solo potenzialmente) un ampliamento della platea dei soggetti interessati all'affidamento dell'appalto. Sono modifiche «sostanziali» – ad esempio – quelle che prevedono l'eliminazione di alcuni dei requisiti di capacità originariamente prescritti per la partecipazione alla procedura: l'effetto della modifica, in tal caso, è difatti quello di estendere la platea dei possibili concorrenti, comprendendo anche soggetti inizialmente esclusi dalla gara per difetto dei requisiti. In presenza di modifiche sostanziali, opera il cd. principio del "*contrarius actus*", in forza del quale dette modifiche devono avvenire con le stesse forme di pubblicità osservate in precedenza dalla Stazione appaltante per la pubblicazione del bando di gara. Peraltro, la giurisprudenza richiede, ai fini della legittimità della procedura, una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non essendo sufficiente una mera proroga del termine originario, al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della *par condicio*. La riapertura dei termini va intesa non solo come slittamento del termine per la presentazione delle offerte ma anche come automatica riapertura degli altri termini eventualmente previsti dalla *lex specialis* (es. il termine per effettuare il sopralluogo) (cfr. Tar Veneto n. 940/2018 e la giurisprudenza ivi richiamata);

CONSIDERATO, altresì, che, per giurisprudenza pacifica, i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis* di gara (cfr., da ultimo, Cons. giust. amm. Sicilia, 08-10-2021, n. 841; id. 20 settembre 2021, n. 806, che richiama un'ampia giurisprudenza). I chiarimenti della stazione appaltante sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis* un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, IV, 15 dicembre 2020, n. 8031, che richiama anch'essa a corredo una vasta giurisprudenza). Anche l'errore materiale non è emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, "l'errore materiale o l'omissione commessa nella *lex specialis* richiede una apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento" (TAR Lazio, Sez. III Quater, 6 dicembre 2018 n. 11828; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5162; Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2172, 3 aprile 2017, n. 1527, 26 agosto 2016, n. 3708; V, 23 settembre 2015, n. 4441, 28 maggio 2015, n. 2671, 8 aprile 2014, n. 1666). In difetto di ciò non è consentito nemmeno all'amministrazione aggiudicatrice o alla Commissione di gara di disapplicare o riformare le disposizioni della *lex specialis*. Costituisce, infatti, *ius receptum* il principio in base al quale le regole stabilite discrezionalmente dalla stazione appaltante negli atti di gara (bando, disciplinare ed allegati) vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa Amministrazione, tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) ne è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (v. Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604; Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2019 n. 7595; Id., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502; Delibera ANAC n. 226 del 4 marzo 2020; Delibera Anac n. 1084 del 21 novembre 2018). Le regole poste nell'avviso di gara costituiscono, infatti, la garanzia dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento;



RILEVATO che, nel caso di specie, il RUP, con chiarimento pubblicato sulla piattaforma telematica per la gestione della procedura di gara in data 4 novembre 2022, ovvero solo 3 giorni prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte e senza disporre una riapertura, ha modificato uno dei requisiti di partecipazione fissati dal disciplinare di gara;

RITENUTO, alla luce dei principi e delle norme richiamate, che l'operato della Stazione appaltante, consistente nel ricorso improprio allo strumento dei chiarimenti per apportare una modifica significativa ai documenti di gara e nell'omessa ripubblicazione degli atti di gara e nella riapertura di tutti i termini, previsti nella *lex specialis*, per la partecipazione alla procedura, in conseguenza della modifica disposta, non è conforme alla normativa di settore;

CONSIDERATO che non appaiono fondate le argomentazioni e le censure mosse dalla Stazione appaltante nelle memorie procedurali a difesa della correttezza del proprio operato e della sostanziale ininfluenza per l'istante della mancata riapertura dei termini in ragione della omessa effettuazione del sopralluogo: va rilevato, per un verso, che la circostanza che gli operatori economici potessero soddisfare l'originario requisito di partecipazione mediante il ricorso alla forma del raggruppamento tra imprese ovvero all'avvalimento non fa venire meno la natura di "modifica significativa" alla modifica apportata dal RUP con il chiarimento pubblicato sulla piattaforma, in quanto concernente un requisito di partecipazione, la cui diversa portata è in grado di incidere sulla platea dei soggetti potenzialmente interessati a partecipare alla procedura; dall'altro, che la [OMISSIS] non avesse effettuato il sopralluogo non risulta dirimente nella presente fattispecie, sia perché la decisione di non richiedere la visita dei luoghi appare comportamento coerente con la mancanza del possesso di un requisito di partecipazione, sia perché, come anticipato, a tutela anche della trasparenza dell'attività amministrativa, la Stazione appaltante, in conseguenza della modifica, avrebbe dovuto riaprire tutti i termini di partecipazione, ivi compreso quello per l'effettuazione del sopralluogo;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che non è conforme alla normativa di settore e ai principi espressi dalla giurisprudenza e dall'Autorità l'operato della Stazione appaltante, consistente nel ricorso improprio allo strumento dei chiarimenti per apportare una modifica significativa ai documenti di gara e nell'omessa ripubblicazione degli atti di gara e nella riapertura di tutti i termini, previsti nella *lex specialis*, per la partecipazione alla procedura, in conseguenza della modifica disposta.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 gennaio 2023

Il Segretario Laura Mascali