

Parere n.105 del 09/06/2011

PREC 37/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla LS IMPIANTI Srl – Procedura negoziata urgente ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/06 2° esperimento – Lavori di messa a norma della scuola elementare e materna in loc. Borgonuovo 3° stralcio - Realizzazione di un impianto fotovoltaico - Importo a base d'asta €80.196,32 - S.A.: Comune di Tarano

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 febbraio 2011 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale la LS Impianti S.r.l., ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore dell'impresa Link Energy Srl in quanto il bando di gara, non prevedendo l'obbligo di sopralluogo da parte dei concorrenti e la conseguente allegazione all'offerta del verbale attestante la presa visione dei luoghi di esecuzione dei lavori, avrebbe ingiustamente favorito aziende molto distanti dal luogo dei lavori e penalizzato l'istante, unica rappresentante locale.

Con nota del 9 marzo 2011, l'istante ha ulteriormente illustrato la propria posizione, ribadendo che non sia stato garante della *par condicio* il comportamento della stazione appaltante e non giustificabile la mancanza totale dell'obbligo del sopralluogo, che è attività fondamentale ai fini della formulazione dell'offerta.

In riscontro alla istruttoria procedimentale avviata formalmente da questa Autorità in data 1° marzo 2011, il Comune di Tarano, con nota del 9 marzo 2011, ha rilevato che l'obbligo di sopralluogo era previsto all'art. 1 del Capitolato Generale di appalto, approvato con D.P.R. n. 1063 del 1962 secondo cui “ *gli imprenditori devono presentareuna dichiarazione con la quale attestino di essersi recati sul luogo dove devono eseguirsi i lavori, di aver preso conoscenza delle condizioni locali....*”; al di là di tale disposizione, prosegue la stazione appaltante nella nota trasmessa, nessuna altra norma di legge prescrive oggi tale adempimento. Pertanto, in una procedura negoziata, in cui è la stazione appaltante ad invitare le imprese alla gara e, nel caso specifico, a richiedere addirittura il possesso dell'attestazione SOA (Categoria OG9) nonostante si tratti di appalto di importo inferiore ai 150.000 Euro, ove nella lettera d'invito non sia richiesta l'attestazione del sopralluogo, tale adempimento non può ritenersi obbligatorio. La stazione appaltante precisa, però, che nella lettera di invito era comunque previsto che la ditta dovesse attestare di essersi recata sul posto di esecuzione dei lavori e di aver preso visione del progetto esecutivo specificando, in ultimo, che l'impresa aggiudicataria, così come altre concorrenti, hanno comunque effettuato il sopralluogo allegandone l'attestazione alla documentazione di gara.

Ritenuto in diritto

La richiesta di parere oggetto di esame attiene al se, nel quadro normativo e giurisprudenziale vigente, sia legittima l'omessa previsione nella *lex specialis* dell'obbligo di sopralluogo a carico delle imprese concorrenti.

L'art. 1 del D.P.R. 16.7.1962, n. 1063 (abrogato dall'art. 231 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554) disponeva che *“per essere ammessi a partecipare alle gare per gli appalti delle opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, gli imprenditori devono presentare ... una dichiarazione con la quale essi attestino di essersi recati sul luogo dove debbono eseguirsi i lavori ...”*. La giurisprudenza formatasi in relazione a tale norma aveva chiarito che l'obbligo di recarsi sul luogo dei lavori e di prendere conoscenza delle condizioni locali e di tutte le circostanze che possono avere effetto sulla determinazione dei prezzi e delle condizioni contrattuali che possono influire sulla esecuzione dell'opera, ha lo scopo di consentire, e nello stesso tempo imporre all'aspirante appaltatore, consapevoli determinazioni in ordine alla misura del prezzo, onde precludere contestazioni basate sull'asserita mancata conoscenza dei luoghi e ridurre al minimo le possibilità di modifiche contrattuali (Cass., sez. I, 13.7.1983, n. 4760).

Era stato altresì precisato che la mancata previsione della dichiarazione di conoscenza dello stato dei luoghi, da allegare all'offerta ai sensi dell'articolo 1 del Capitolato Generale di appalto, non produce un'invalidità insanabile delle operazioni concorsuali, tale da giustificare l'annullamento d'ufficio da parte dell'Amministrazione dell'intera gara già espletata, in quanto tale dichiarazione non costituisce elemento determinante nell'economia del negozio e l'amministrazione può garantirsi dalle possibili conseguenze dell'omessa dichiarazione attraverso l'inserimento nel contratto di appalto di apposita clausola che assolva alla stessa funzione di garanzia assegnata alla dichiarazione di conoscenza dello stato dei luoghi (Cons. Stato, sez. VI, 27.8.1997, n. 1220).

Abrogata tale norma, sia la giurisprudenza sia questa Autorità hanno chiarito che la mancata allegazione all'offerta della dichiarazione di avvenuto sopralluogo, ove prevista nel bando di gara a pena di esclusione, comporta la legittimità dell'esclusione medesima, non solo perché quando il bando commina espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando (pareri n. 215 del 17 settembre 2008, n. 262 del 17 dicembre 2008 e 172 del 5 giugno 2008), ma anche perché va ribadita la particolare importanza del momento del sopralluogo in relazione alla formulazione dell'offerta, in quanto esso mira a rafforzare il coinvolgimento del futuro appaltatore nella valutazione della prestazione richiesta e della situazione dei luoghi, al fine di prevenire eccezioni e riserve o eventuali ostacoli incontrati nella attività di esecuzione del contratto (cfr pareri n. 46 del 2 aprile 2009 e n. 2 del 16 gennaio 2008; deliberazione n. 206 del 21 giugno 2007; Cons. Stato, sez. V, n. 3729 del 7 luglio 2005; TAR Lazio, sez. III quater, n. 11075 dell' 8 novembre 2007).

D'altra parte, come specificato nella deliberazione n. 206 del 21 giugno 2007, l'obbligo di sopralluogo a carico dei concorrenti trova fondamento in alcune disposizioni del regolamento generale sui lavori pubblici di cui al D.P.R. 554/99: da un lato l'art. 71 comma 2 stabilisce che in sede di gara i concorrenti devono dichiarare, tra l'altro di aver preso visione dei luoghi; dall'altro, l'art. 79, comma 5, impone un adeguato incremento dei termini per la ricezione delle offerte nei casi in cui le offerte possono essere fatte solo a seguito di visita dei luoghi. E sebbene in dottrina sia stata posta la questione dell'effettiva portata di tali disposizioni al fine di configurare un obbligo al sopralluogo, il Consiglio di Stato ha chiarito che l'art. 71, comma 2 del D.P.R. 554/99 impone al concorrente di prendere visione dei luoghi a garanzia della serietà dell'offerta. La stessa

giurisprudenza (ex plurimis, C.d.S., sez V, sentenza 7 luglio 2005 n. 3729) ha affermato che alle predette disposizioni possono corrispondere due distinti adempimenti: la dichiarazione di sopralluogo a cura del partecipante – che si configura come un obbligo *ope legis* in forza del citato art. 71 – e il verbale di sopralluogo a cura della stazione appaltante nella persona del funzionario incaricato – che invece può (e deve) essere richiesto da una apposita statuizione del bando di gara.

Se, dunque, il sopralluogo garantisce la serietà dell'offerta, la richiesta della stazione appaltante nel Capitolato speciale d'appalto di corredare l'offerta, pena l'esclusione dalla gara, della certificazione di avvenuto sopralluogo non può, alla luce di quanto sopra specificato, ritenersi viziata da formalismo in quanto tale richiesta risponde ad un superiore e specifico interesse pubblico (parere n. 35 dell'11 marzo 2009).

Ciò premesso, l'istante ha chiesto sostanzialmente se, nel quadro normativo e giurisprudenziale vigente, sia legittima l'omessa previsione nella *lex specialis* dell'obbligo di sopralluogo a carico delle imprese concorrenti.

Con riferimento all'istanza di parere in esame, vale precisare che questa si fonda in realtà su un duplice equivoco: che la lettera di invito e il disciplinare di gara non richiedessero l'attestazione del sopralluogo da parte dei concorrenti e che l'impresa aggiudicataria non abbia allegato alla documentazione di gara detta attestazione, circostanze entrambe smentite dalla documentazione acquisita agli atti.

Il disciplinare di gara disponeva infatti che nella busta A dovessero essere contenuti, a pena di esclusione, una serie di documenti, tra cui, al punto 3, lettera g), la dichiarazione sostitutiva con la quale il concorrente *“attesta di essersi recato sul posto dove debbono eseguirsi i lavori e di aver preso visione del progetto esecutivo”*. Anche la lettera d'invito prevedeva, al punto 15, lettera b), che *“i concorrenti dovranno procedere ad apposita visita del luogo di esecuzione dei lavori e a prendere visione del progetto esecutivo, circostanze, queste, da dichiarare in sede di offerta”*.

Il verbale di gara del 28 gennaio 2011 riporta espressamente che *“si è verificata l'integrità delle buste contenenti la documentazione e l'offerta delle ditte partecipanti e si è proceduto alla verifica della regolarità della documentazione amministrativa presentata, contenuta nella busta A – Documenti Amministrativi- dalla quale risulta che tutte le ditte partecipanti sono ammesse in quanto in regola con la documentazione richiesta”*.

In particolare, dalla documentazione agli atti risulta che l'impresa aggiudicataria Link Energy S.r.l. ha preso visione degli elaborati progettuali definitivi e dei luoghi di realizzazione in data 24.01.2011, come da relativa attestazione dell'Ufficio Tecnico Comunale allegata all'offerta.

Alla luce di quanto sopra, deve concludersi per la legittimità dell'operato della stazione appaltante che, avendo richiesto l'obbligo di sopralluogo da parte dei concorrenti, sia nella lettera di invito, sia nel disciplinare di gara, ne ha poi verificato l'osservanza constatando la presenza della relativa attestazione tra la documentazione allegata all'offerta.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante che nel disciplinare di gara e nella lettera di invito ha richiesto l'obbligo di sopralluogo da parte dei concorrenti e ne ha

poi verificato l'osservanza constatando la presenza della relativa attestazione tra la documentazione allegata all'offerta.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito