

## **Parere n.98 del 21/05/2014**

### **PREC 3/14/S**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Massa Lubrense (NA) - "Affidamento del servizio di aggiornamento e manutenzione di un sistema informativo territoriale e per la gestione ordinaria e straordinaria dei tributi comunali ed altre entrate comunali". Importo a base d'asta €4.186.339,97 – S.A. Comune di Massa Lubrense (NA).

**Termine a pena di esclusione per la richiesta certificazione sopralluogo.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 30 dicembre 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di Massa Lubrense (NA) ha chiesto un parere in merito alla legittimità della eventuale esclusione da disporsi nei confronti della ditta Publiservizi S.r.l. per violazione del termine, previsto nella lex specialis di gara a pena di esclusione, per la richiesta di attestazione in ordine al regolare espletamento del sopralluogo nonché alla conoscenza dei regolamenti di applicazione delle entrate e dei servizi posti in gara ovvero di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione del contratto.

L'istanza è stata presentata nell'ambito della procedura di gara per l'affidamento dell'appalto dei servizi di supporto all'attività ordinaria e di recupero evasione nonché di riscossione volontaria e coattiva delle entrate tributarie, patrimoniali ed assimilate.

Il Disciplinare di gara a pag. 9 prevede testualmente che i concorrenti inseriscano nella Busta A l'"attestazione in originale, rilasciata dal funzionario responsabile dell'Ufficio Tributi...nella quale risulti che il legale rappresentante della società concorrente e/o un rappresentante della stessa munito di delega accompagnata da fotocopia di un documento d'identità (in corso di validità) del delegante, abbia preso consapevole visione delle caratteristiche geografiche del Comune, nonché dei regolamenti di applicazione delle entrate e dei servizi posti in gara ovvero di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione del contratto. L'attestazione potrà essere richiesta e ritirata fino al 15<sup>a</sup> giorno antecedente la data di scadenza del bando di gara. Il mancato rispetto del suddetto termine o la mancata allegazione del documento di cui trattasi determina l'automatica esclusione del concorrente dalla gara".

La data di scadenza del bando era il 25 novembre 2013, pertanto l'attestazione poteva essere richiesta, a pena di esclusione, entro il termine del 10 novembre, prorogato all'11 novembre, primo giorno successivo feriale, cadendo il 10 di domenica.

La Publiservizi S.r.l., a termine scaduto (in data 12 novembre 2013), inviava la richiesta di sopralluogo alla stazione appaltante la quale, in un primo momento, rispondeva negativamente segnalando che il termine era scaduto e, successivamente, al solo fine di consentire la regolare conclusione dell'iter preliminare di gara e con riserva di una definitiva decisione in ordine all'ammissione della ditta alla gara, consentiva il sopralluogo e rilasciava l'attestazione.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 21 gennaio 2014, sono pervenute memorie della stazione appaltante e della controinteressata Andreani Tributi.

### **Ritenuto in diritto**

Il Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici detta prescrizioni in merito al sopralluogo con riferimento agli affidamenti di lavori pubblici (art. 106, comma 2, D.P.R.

n. 207/2010), ma nulla prevede in merito al settore dei servizi e delle forniture. Con riferimento al settore dei servizi e delle forniture questa Autorità ha indicato che, pur in assenza di una norma che lo prevede, il sopralluogo può essere previsto a pena di esclusione ove necessario alla predisposizione dell'offerta in quanto "vi sono dei casi in cui difficilmente un operatore economico può formulare un'offerta attendibile senza aver preso visione dei luoghi: in tali ipotesi, può ritenersi che il sopralluogo costituisca un elemento essenziale dell'offerta, poiché indispensabile per la formulazione della stessa (cfr. parere AVCP n. 105 del 9 giugno 2011). Una simile circostanza, peraltro, deve risultare espressamente ed inequivocabilmente dalla documentazione di gara. In particolare, la stazione appaltante può prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione qualora l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con gli organismi edilizi – come, ad esempio, avviene per il global service – ovvero qualora la prestazione debba essere eseguita in ambienti specifici e particolari (si pensi al caso di forniture biomedicali da installare in ambienti ospedalieri). Si ribadisce che le stazioni appaltanti sono tenute, in ogni caso, ad indicare chiaramente nella lex specialis di gara se il sopralluogo è obbligatorio o facoltativo, nonché quali soggetti devono effettuarlo (...)" (cfr. Determinazione n. 4/2012).

Il sopralluogo risponde alla funzione di precludere all'appaltatore contestazioni basate sull'asserita mancata conoscenza dei luoghi e della documentazione necessaria a formulare l'offerta cosicché l'onere posto a carico dell'impresa di visitare i luoghi dell'appalto prima di formulare la propria offerta è posto essenzialmente a garanzia dell'Amministrazione (in tal senso: Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 3729/2005).

Nella procedura in esame il sopralluogo appare ritenuto essenziale dalla stazione appaltante ai fini di una seria e consapevole predisposizione dell'offerta, gli operatori economici partecipanti alla procedura dovendo prendere visione presso gli uffici comunali "delle caratteristiche geografiche del Comune, nonché dei regolamenti di applicazione delle entrate e dei servizi posti in gara ovvero di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione del contratto".

Tuttavia, l'aver limitato ad un periodo determinato e fino a 15 giorni prima della scadenza del bando la possibilità di effettuare il sopralluogo e di ottenere la relativa attestazione da parte dell'amministrazione non appare giustificato né alla luce della normativa del Codice dei contratti e del Regolamento di esecuzione e di attuazione né alla luce dei principi generali regolanti la partecipazione alle gare e la predisposizione delle offerte (si richiama il TAR Lombardia, Brescia, sent. 22.10.2013, n. 877 che, con riferimento alla previsione di un sopralluogo da compiersi in un giorno determinato a pena di esclusione, ha osservato: "La società ricorrente si era in realtà dichiarata disponibile a effettuare il sopralluogo in un giorno diverso, e aveva comunicato la richiesta di spostamento della data quando la scadenza del termine di presentazione delle offerte era ancora molto lontana, il che avrebbe permesso alla stazione appaltante di organizzarsi senza particolari difficoltà (...) Un semplice differimento della data del sopralluogo non avrebbe comportato alcuna lesione della par condicio, sia perché, come si è visto, il termine di presentazione delle offerte era ancora aperto, sia perché la richiesta della società ricorrente era diretta a ristabilire la parità di informazioni con gli altri concorrenti, non a conseguire una posizione privilegiata. Era quindi doveroso da parte della stazione appaltante assumere un atteggiamento collaborativo che consentisse il mantenimento all'interno della gara del maggior numero di concorrenti".

Infatti, l'aver previsto, a pena di esclusione, che il sopralluogo potesse essere effettuato soltanto entro il quindicesimo giorno antecedente la scadenza del termine per la presentazione delle offerte di fatto determina un ingiustificato impedimento alla partecipazione alla gara di quegli operatori economici che avessero avuto conoscenza del bando prima della sua scadenza e però successivamente alla scadenza del termine per compiere il predetto sopralluogo compromettendo la partecipazione degli stessi alla procedura (in tal senso TAR Lombardia, Milano, sent. 31.05.2013, n. 1434 a proposito della previsione di un bando che limita il sopralluogo ad un giorno determinato antecedente la scadenza del termine di presentazione delle istanze di partecipazione ad una

procedura di gara).

Considerato anche che trattasi di un sopralluogo funzionale alla predisposizione di un'offerta nel settore dei servizi pubblici e teso all'acquisizione di informazioni che parrebbero attinenti alla documentazione amministrativa e regolamentare della stazione appaltante piuttosto che allo stato dei luoghi, la clausola della *lex specialis* che sanziona con l'esclusione la mancata richiesta ed il mancato rilascio dell'attestazione di avvenuto sopralluogo nei quindici giorni antecedenti la scadenza del bando appare in contrasto con i principi di proporzionalità, ragionevolezza e con il principio, anche di derivazione sovranazionale, inteso a garantire la più ampia partecipazione alle gare. La clausola si ritiene, pertanto, inficiata da nullità ai sensi dell'art. 46, comma 1bis, D.Lgs. n. 163/2006 trattandosi di una prescrizione che non poteva essere inserita nella *lex specialis* di gara a pena di esclusione.

In conclusione, si valuta come nulla la clausola della *lex specialis* che prevede che l'attestazione di sopralluogo da inserire nella busta contenente la documentazione amministrativa "potrà essere richiesta e ritirata fino al 15° giorno antecedente la data di scadenza del bando" dovendosi consentire agli operatori economici interessati di effettuare il sopralluogo anche in un momento successivo a quello indicato nel bando. La Publiservizi S.r.l. si ritiene, quindi, legittimamente ammessa alla procedura di gara in esame.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la Publiservizi S.r.l. sia stata legittimamente ammessa alla procedura di gara in esame dovendosi consentire agli operatori economici interessati di effettuare il sopralluogo anche in un momento successivo a quello indicato nel bando.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito