

Appalto di servizi: è nulla la clausola della lex specialis che imponga un sopralluogo a pena di esclusione

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 8-5-2017

1) Un'espressa clausola di esclusione contenuta nella lex specialis, che renda obbligatorio un sopralluogo, è nulla per contrarietà con il principio di tassatività di cui al vigente art. 83 co. 8 D. Lgs. 50/2016, poiché nessun principio generale né una norma di dettaglio prevedono detta obbligatorietà del sopralluogo per i contratti di appalto di servizi.

2) L'obbligo del sopralluogo non è evincibile dall'art. 79, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016, atteso che tale norma regola, secondo un ragionevole canone di adeguatezza e di efficienza dell'azione amministrativa, la fissazione dei termini per la ricezione delle domande e la formulazione delle offerte, i quali devono essere superiori a quelli minimi quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi, poiché essa non dice in quali ipotesi le offerte possono essere formulate solo previo sopralluogo ma che, se è questo il caso, nella determinazione dei termini l'amministrazione debba ovviamente tenerne conto".

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 217 del 2017, proposto da: Duo Service Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio eletto presso il suo studio in Cosenza, via Carlo Bilotti N. 35;

contro

Comune di Briatico, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Fusca', con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Arabia in Catanzaro, via A. Turco 83;
Provincia di Vibo Valentia non costituito in giudizio;

nei confronti di

Atena Servizi Societa' Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Tuccio, Mariarosaria Orlando, con domicilio eletto presso lo studio Uccio Tuccio in Montepaone, piazza San Francesco Da Paola, 1; Centopercento Servizi Srl non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dell'ammissione alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico scuole dell'Infanzia, primarie e secondarie di primo grado – anni scolastici 2016/2017 – 2017/2018 – del Comune di Briatico e l'annullamento dei verbali di gara n. 3 del 16 febbraio /2017 n. 1 del 23 gennaio 2017 e 2 del 6 febbraio 2017 di ammissione delle controinteressate alla gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Briatico e dell'Atena Servizi Societa' Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2017 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con il ricorso in esame la Duo Service s.r.l. ha chiesto l'annullamento dell'ammissione delle società controinteressate alla gara indetta dalla S.U.A. della Provincia di Vibo Valentia su delega del Comune di Briatico per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico delle Scuole dell'Infanzia, Primarie e Secondarie di primo grado — anni scolastici 2016/2017 e 2017/2018 - dell'importo complessivo di €80.000,00 (da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa ex art.95 c. e lett. a) D.Lgv. n.50/2016.

2. La domanda è fondata su un'unica doglianza, sia pure articolata in diversi motivi di diritto.

In particolare, la società ricorrente si duole della circostanza che le altre due partecipanti sarebbero state ammesse alla gara senza aver effettuato il sopralluogo, da ritenersi invece obbligatorio e richiesto a pena di esclusione per la formulazione delle offerte ex art. 79 co. 2 D. Lgs. 50/2016.

La mancata esclusione sarebbe viziata per violazione di legge, con riferimento all'art. 79 co. 2 citato, all'art. 83 co. 9 del D.lgs. 50/2016, nonché per eccesso di potere *“per violazione del principio della par condicio, carenza di un presupposto essenziale dell'offerta, per presupposto erroneo, travisamento, manifesta illogicità e irragionevolezza, sviamento”*.

La illegittimità della ammissione, nonostante il mancato sopralluogo, deriverebbe anche dalla violazione dell'art. 75 DPR 445/2000, poiché le parti avrebbero mendacemente dichiarato di *"avere nel complesso preso conoscenza della natura del servizio e di tutte le circostanze generali, particolari e locali, nessuna esclusa ed effettuata che possono aver influito o influire sull'esecuzione dell'offerta, sia sulla determinazione della propria offerta e di giudicare pertanto remunerativa l'offerta economica presentata; di aver effettuato uno studio approfondito del servizio di cui all'oggetto e di ritenerlo adeguato e realizzabile per il prezzo corrispondente all'offerta presentata"*.

3. Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Briatico che la controinteressata Atena Servizi Cooperativa sociale eccependo l'infondatezza nel merito del ricorso, sulla base di analoghe argomentazioni difensive, focalizzate intorno alla insussistenza di un obbligo di sopralluogo a pena di esclusione.

4. Alla Camera di Consiglio del 23 marzo 2017 è stato richiesto un chiarimento al Comune resistente circa la sussistenza tra gli allegati degli atti di gara del progetto di pianificazione degli itinerari di trasporto. Con nota depositata in data 30 marzo 2017, l'amministrazione ha fornito le delucidazioni richieste, rappresentando che tale progetto non era compreso negli atti di gara.

5. Alla camera di consiglio del 4 aprile 2017, il ricorso è stato trattenuto in decisione ex art. 60 c.p.a. Il ricorso è infondato e, in ragione del principio della ragione più liquida, ciò consente di non esaminare le questioni processuali preliminari.

6. Quello in controversia è un appalto di servizio di trasporto scolastico per gli alunni delle scuole site nel Comune di Briatico, da svolgersi anche per servizi estemporanei (da plessi scolastici ad impianti sportivo, istituti culturali e uscite didattiche) e anche fuori dal territorio comunale, previo rilascio di specifica autorizzazione. Il servizio viene affidato con l'utilizzo di mezzi comunali (salva la loro sostituzione a carico dell'appaltatore: cfr. capitolato d'oneri, art. 1 co. 4). Il valore stimato per i due anni di servizio oggetto di gara è pari ad euro 80.000, comprensivi di oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

7. Si tratta, come è evidente, di un appalto di servizi sottosoglia europea ex art. 36 D.lgs. 50/2016, per il quale peraltro l'amministrazione si è avvalsa della facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie (come espressamente previsto dal comma 2 della stessa norma).

L'esame della fattispecie specifica e l'interpretazione della lex specialis predisposta dall'amministrazione vanno pertanto condotte tenendo conto che non si applicano alla gara le norme di dettaglio previste dal vigente Codice degli Appalti, ma unicamente i principi generali di cui all'art. 30 co. 1 D.lgs. 50/2016.

8. Nel caso di specie, la clausola su cui si incentra la controversia è costituita dal punto sub 3 del Bando di gara rubricato "Luogo di esecuzione e possibilità di sopralluogo" il quale prevede testualmente che: *"il sopralluogo relativo alla visita dei luoghi da parte delle Imprese, obbligatorio ai sensi di legge, qualora voglia essere effettuato di concerto con l'Amministrazione Aggiudicatrice, avverrà previo appuntamento telefonico — Responsabile del*

procedimento.....; ai fini della partecipazione alla presente procedura di gara non è obbligatorio allegare l'attestato di visita dei luoghi".

9. Ritiene il Collegio che il riferimento generico alla “obbligatorietà” del sopralluogo “*ai sensi di legge*”, per quanto formulato con evidenti profili di ambiguità, è di per sé inidoneo a legittimare l'interpretazione suggerita dalla ricorrente secondo cui, pur non essendo richiesta la produzione dell'attestazione del compiuto sopralluogo, il suo svolgimento sarebbe comunque obbligatorio a pena di esclusione.

Va sul punto considerato, innanzi tutto, che la clausola del bando sopra richiamata non impone espressamente l'esclusione dell'impresa partecipante per il mancato sopralluogo; né qualifica tale attività strumentale alla conoscenza dello stato dei luoghi come presupposto necessario per la formulazione di una consapevole offerta. Essa nondimeno prevede – con una specificazione che è invece espressa chiaramente - che il sopralluogo può effettuarsi in piena autonomia da ciascun operatore, senza il coinvolgimento necessario dell'amministrazione, cosicché “ai fini della partecipazione” non è obbligatorio allegare l'attestato di visita dei luoghi.

La lettura complessiva della previsione del bando di gara porta pertanto ad escludere, anche a prescindere da ogni riferimento al contesto normativo con la quale essa va confrontata, l'obbligatorietà del sopralluogo, poiché, in mancanza di una necessaria compartecipazione dell'amministrazione che possa attestare il suo svolgimento ed anzi la espressa esclusione della necessità di una “certificazione” in tal senso da produrre in sede di partecipazione, l'adempimento di un siffatto obbligo non sarebbe stato comunque verificabile da parte di nessun interessato, né dagli altri partecipanti alla gara né dalla stessa amministrazione.

10. Va in ogni caso aggiunto, visti i motivi in diritto dedotti, che un'eventuale espressa clausola di esclusione contenuta nella *lex specialis* sarebbe stata nulla per contrarietà con il principio di tassatività di cui al vigente art. 83 co. 8 D.Lgs. 50/2016, poiché nessun principio generale né una norma di dettaglio – come tale applicabile al caso di specie - prevedono la obbligatorietà del sopralluogo per i contratti di appalto di servizi.

Non è infatti condivisibile l'opzione ermeneutica diretta a desumere tale obbligatorietà dall'art. 79 co. 2 del D.Lgs. 50/2016: tale norma regola, secondo un ragionevole canone di adeguatezza e di efficienza dell'azione amministrativa, la fissazione dei termini per la ricezione delle domande e la formulazione delle offerte, i quali devono essere superiori a quelli minimi “*quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi*”, poiché essa non dice in quali ipotesi le offerte possono essere formulate solo previo sopralluogo ma che, se è questo il caso, nella determinazione dei termini l'amministrazione debba ovviamente tenerne conto.

11. Ora, anche a prescindere dalla questione della ascrivibilità di tale norma a quelle applicabili ex art. 36 D.lgs. 50/106 anche agli appalti sottosoglia, ritiene il Collegio che il caso non ricorra nella fattispecie concreta.

In mancanza di una predeterminazione a monte degli itinerari – come chiarito

dall'amministrazione, ma evincibile sulla base della *lex specialis* - i luoghi oggetto della visita non hanno alcun profilo di determinatezza, poiché il servizio di trasporto scolastico non solo si estende a tutto il territorio comunale, ma di fatto riguarda potenzialmente anche ambiti extracomunali, da determinarsi in corso di svolgimento (sul punto peraltro non vi è stata alcuna doglianza sollevata da parte ricorrente).

Rilevano al riguardo:

- l'art. 1 co. 1 del capitolato d'oneri, che enumera nell'oggetto del servizio otto frazioni comunali;

- l'art. 1 co. 2, il quale specifica che *"il percorso è stabilito dall'amministrazione comunale"* anche se poi si prevede che *"i percorsi e le fermate dovranno essere preventivamente concordati tra le parti e potranno essere oggetto di modifiche nel corso del servizio"* (art. 1 co. 6 capitolato d'oneri); - l'art. 1 co. 4 secondo cui, nell'oggetto del servizio, rientra *"anche il servizio di trasporto per servizi estemporanei (da plessi scolastici ad impianti sportivi, istituti culturali,) anche fuori dal territorio comunale (sono inclusi nell'appalto i viaggi all'interno del territorio provinciale), dietro rilascio di specifica autorizzazione, per lo svolgimento delle attività extrascolastiche, sia estive che invernali"* nonché l'effettuazione del *"servizio di trasporto per gite didattiche"* della durata di un giorno (art. 1 co. 7 capitolato d'oneri).

12. Alla luce delle considerazioni appena espresse, devono pertanto ritenersi infondate le censure prospettate da parte ricorrente, poiché, a prescindere dalle questioni di ripartizione dell'onere probatorio concernente il fatto dell'avvenuto "sopralluogo":

a) con riguardo alla prima, non è prevista, né dalla *lex specialis*, né dalla normativa di riferimento, l'obbligatorietà della visita dei luoghi a pena di esclusione con riferimento al servizio di trasporto in esame;

b) con riguardo alla seconda, concernente il presunto mendacio, non è condivisibile la piena equiparazione tra "piena conoscenza della natura del servizio e di tutte le circostanze, generali, particolari e locali" che possono influire sulla esecuzione dell'appalto e "la visita dei luoghi", non potendosi escludere che la conoscenza dei dati necessari per la formulazione dell'offerta possa essere acquisita con strumenti diversi, eventualmente di natura digitale.

13. In conclusione il ricorso va quindi rigettato. La regolamentazione delle spese segue il principio di soccombenza, con liquidazione contenuta nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite liquidate in complessivi euro 2.500,00 a favore delle parti costituite, nella misura di euro 1.250,00 ciascuna, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

Guida alla lettura.

La pronuncia involge un appalto di servizio -sottosoglia europea ex art. 36 D.lgs. 50/2016- per il trasporto scolastico di alunni delle scuole di un Comune calabrese.

Nello specifico, l'Amministrazione si è avvalsa della facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie, giusta il comma 2 della menzionata disposizione, conseguendone la non applicazione alla gara le norme di dettaglio del codice dei contratti pubblici e l'estensione dei soli principi generali, di cui all'art. 30, comma 1, del medesimo D. Lgs. 50/2016.

La censura della ricorrente postula la violazione di un precetto della *lex specialis*, che renderebbe obbligatoria l'esecuzione di un sopralluogo.

Il Collegio sul punto ritiene che, diversamente dalle prospettazioni ricorsuali, il generico riferimento alla "obbligatorietà" del sopralluogo "ai sensi di legge", sia inidoneo a legittimare l'annullamento dell'ammissione delle controinteressate.

Precisa, in particolare, il T.a.r. *"che la clausola del bando sopra non impone espressamente l'esclusione dell'impresa partecipante per il mancato sopralluogo; né qualifica tale attività strumentale alla conoscenza dello stato dei luoghi come presupposto necessario per la formulazione di una consapevole offerta. Essa nondimeno prevede -con una specificazione che è invece espressa chiaramente -che il sopralluogo può effettuarsi in piena autonomia da*

ciascun operatore, senza il coinvolgimento necessario dell'amministrazione, cosicché "ai fini della partecipazione" non è obbligatorio allegare l'attestato di visita dei luoghi".

A corroborare l'assunto, l'adito g.a. rileva come "un'eventuale espressa clausola di esclusione contenuta nella *lex specialis* sarebbe stata nulla per contrarietà con il principio di tassatività di cui al vigente art. 83 comma 8 D. Lgs. 50/2016, poiché nessun principio generale né una norma di dettaglio prevedono la obbligatorietà del sopralluogo per i contratti di appalto di servizi".

Come noto, il principio di tassatività delle clausole di esclusione è stato introdotto dal Legislatore per porre un limite all'exasperato formalismo che era giunto a regolare la disciplina delle procedure selettive.

Infatti, a causa di detto formalismo il vaglio operato dalle Commissioni giudicatrici sulle domande di partecipazione presentate dalle imprese si risolveva nella c.d. "caccia all'errore".

La felice espressione era tesa a descrivere l'idoneità di qualsivoglia refuso o errore materiale -nei quali le partecipanti incorrevano in fase di redazione dei documenti di gara- a cagionare l'estromissione degli operatori economici dalla procedura selettiva.

Tanto, in ragione della non conformità della documentazione richiesta ad inutili prescrizioni confezionate dalla stazione appaltante, il cui rispetto era fissato a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

Ciò comportava, nell'apparente ossequio al principio della *par condicio competitorum*, una reale compromissione del buon andamento dell'azione amministrativa, atteso che le amministrazioni aggiudicatrici estromettevano dalle gare -per meri ed ininfluenti *lapsus calami*- imprese solide ed affidabili.

In tale contesto è stato quindi novellato -per il tramite del D.L. n. 70/2011- il previgente art. 46, D. Lgs. n. 163/2006, con l'inserimento del comma 1-*bis*.

La norma citata ha neutralizzato, con la sanzione estrema della nullità, le prescrizioni di gara previste a pena di esclusione al di fuori delle tassative ipotesi menzionate nella medesima norma.

Si è pertanto passati da una distorta concezione formalistica, ad un regime giuridico sostanzialistico, che costituisce un'effettiva forma di garanzia della parità di concorrenza e del buon andamento dell'attività amministrativa.

In questo solco si muove tanto l'art. 83, comma 8, del nuovo codice dei contratti pubblici, quanto la decisione in esame.

In essa, da ultimo, il Collegio sostiene la non condivisibilità dell'opzione ermeneutica tesa a desumere l'obbligatorietà del sopralluogo dall'art. 79, comma 2, D. Lgs. 50/2016.

Tale norma, invero, regola, *“secondo un ragionevole canone di adeguatezza e di efficienza dell'azione amministrativa, la fissazione dei termini per la ricezione delle domande e la formulazione delle offerte, i quali devono essere superiori a quelli minimi “quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi”, poiché essa non dice in quali ipotesi le offerte possono essere formulate solo previo sopralluogo ma che, se è questo il caso, nella determinazione dei termini l'amministrazione debba ovviamente tenerne conto”*.

In forza delle esposte considerazioni, il ricorso viene quindi rigettato.