

Ancora in tema di sopralluogo

di Roberto Damonte

Data di pubblicazione: 29-3-2018

Anche nel vigore del nuovo codice appalti, le stazioni appaltanti hanno piena discrezionalità nel porre l'obbligo di sopralluogo, purché tale adempimento risulti congruo rispetto alla prestazione richiesta (1).

In caso di rti costituendo il sopralluogo obbligatorio effettuato dal solo mandatario è ratificabile a posteriori ex art. 1399 c.c. dalle imprese mandanti nell'ambito di un procedimento di soccorso istruttorio (2).

(1) conformi: tra le più recenti: TAR Lazio, Roma, Sez III, 12 aprile 2017, n. 4480; TAR Parma, I, 5 marzo 2018, n. 69; difforme: Tar Catania, sez. III, 2 febbraio 2017, n. 234.

(2) difformi: TAR Puglia, Bari, I, 10 febbraio 2016, n. 148; Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 2 ottobre 2014, n. 2572; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 30 dicembre 2013, n. 11177.

In dottrina: sia consentito il rinvio a R. Damonte, *Omesso sopralluogo e soccorso istruttorio in Urbanistica e appalti*, 2016, 6, 709; F.M. Ciaralli, *Il nuovo soccorso istruttorio: una ricostruzione sistematica*, su questa *Rivista*; M. Lesto, *E' legittima la clausola del bando che impone il sopralluogo negli appalti di servizi*, su questa *Rivista*.

Guida alla lettura

Nella gara per l'affidamento del servizio di vigilanza nei locali di una partecipata il Comune di Genova ha disposto l'esclusione di un'ATI costituenda per omesso sopralluogo da parte della mandante.

L'effettuazione del sopralluogo prima della presentazione dell'offerta era adempimento previsto dalla *lex specialis* a pena di esclusione e doveva essere svolto, in caso di raggruppamenti non ancora costituiti, o da ciascuna delle imprese raggruppande o da un unico soggetto, delegato da tutte le imprese raggruppande.

La ricorrente ha effettuato in proprio il sopralluogo con largo anticipo sul termine assegnato ed ha poi presentato offerta in costituendo raggruppamento con la Società all'epoca gestrice del servizio quale subfornitore, che non lo ha invece effettuato.

La Società mandataria ha reagito all'esclusione contestando: a) l'obbligo di effettuazione del sopralluogo da parte di tutte le imprese raggruppande, per violazione dell'art. 83, c. 8, D.Lgs. n. 50/2016; b) l'ambiguità della modulistica che l'aveva indotta in errore nella parte in cui ammetteva l'effettuazione del sopralluogo "da parte di uno qualsiasi degli operatori economici del r.t.i."; c) la mancata attivazione del soccorso istruttorio ai fini della ratifica da parte della mandante del sopralluogo effettuato dalla mandataria.

Il TAR ha accolto il ricorso affermando che l'esclusione è viziata da sproporzione in considerazione: a) della previsione nel bando del meccanismo di delega ad effettuare il sopralluogo; b) del tenore del certificato di avvenuto sopralluogo, in cui era espressamente riconosciuto che in caso di rti costituiti o costituendi il sopralluogo poteva essere effettuato da uno qualsiasi degli operatori economici; c) del fatto che la mandante già era a conoscenza dello stato dei luoghi essendo attuale esecutrice del servizio.

Secondo il TAR infatti, tali circostanze, unitamente alla "natura formale" del documento, imponevano al Comune l'attivazione del soccorso istruttorio, consentendo alla mandante inadempiente la ratifica ex art. 1399 c.c. delle operazioni di sopralluogo effettuate dagli altri componenti del rti.

Ad avviso del TAR la stazione appaltante, disponendo l'esclusione, è incorsa in un provvedimento contrario al canone della proporzionalità e al principio di *favor participationis*.

La decisione è rilevante anzitutto perché, pur in assenza di una esplicita previsione normativa (dopo l'abrogazione dell'art. 106 dPR n. 207/2010), stabilisce la facoltà dell'amministrazione di inserire negli atti di gara l'**obbligo di sopralluogo**, riconoscendo piena discrezionalità nella scelta della rilevanza da assegnare al sopralluogo rispetto allo specifico oggetto dell'affidamento, scelta che è vincolata alla sola congruità dell'adempimento alla prestazione richiesta.

Si tratta di un orientamento già evidenziato in TAR Lazio, Roma, Sez III, 12 aprile 2017, n. 4480 e ribadito di recente da TAR Parma, I, 5 marzo 2018, n. 69, ove è stato espressamente chiarito che l'introduzione di tale obbligo a pena di esclusione non determina una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, c. 8, del Codice, posto che la prescrizione in questione attiene la formulazione dell'offerta.

Con la conseguenza che, qualora l'amministrazione si determini per l'imprescindibilità della visita dei luoghi, tanto da subordinarne la presentazione dell'offerta, e tale sopralluogo risulti appropriato all'oggetto della gara, un eventuale inadempimento da parte dell'operatore economico legittima la relativa esclusione dalla procedura.

Il che pare in linea con le previsioni del bando tipo 1 pubblicato da ANAC ("Schema di disciplinare di gara Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo") che al punto 11 espressamente contempla la possibilità per le stazioni appaltanti di inserire il sopralluogo quale adempimento obbligatorio a pena di esclusione.

Quindi secondo il TAR ligure la scelta se stabilire o meno l'obbligatorietà del sopralluogo appartiene alla discrezionalità della stazione appaltante, sindacabile dal giudice amministrativo limitatamente a profili di irragionevolezza o illogicità della scelta.

La pronuncia rileva sotto ulteriore profilo in quanto ammette l'**operatività del soccorso istruttorio** anche in caso di omesso sopralluogo in ragione della '*natura formale del documento*'.

Tale capo della sentenza, pur nell'assoluta peculiarità della fattispecie, apre un varco nella consolidata giurisprudenza osteggiante il soccorso istruttorio in relazione all'effettuazione del sopralluogo "*in quanto funzionale alla conoscenza dei luoghi oggetto dei lavori, conoscenza necessaria al fine di una corretta e seria formulazione dell'offerta*" TAR Puglia, Bari, I, 10 febbraio 2016, n. 148 (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 2 ottobre 2014, n. 2572; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 30 dicembre 2013, n. 11177; par. 2.2 della determina n. 1 dell'8.1.2015 dell'ANAC) e ancora di recente il già citato TAR Parma, I, n. 69/2018 che ha escluso il soccorso istruttorio, ritenendolo applicabile solo alle "*carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*" e non applicabile in ipotesi di omessa presentazione di un documento previsto a pena di esclusione (*ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 18 gennaio 2017, n. 878).

Rappresenta infine una certa novità anche l'orientamento espresso dal TAR sulla questione della **ratificabilità dell'attività di sopralluogo**, in passato oggetto di un trattamento assai rigoroso, tale per cui la ricognizione dei luoghi operata dalla sola capogruppo di costituenda ATI in assenza di specifico potere rappresentativo conferito dalle mandanti è inefficace e non ratificabile *a posteriori*, essendo ciò impedito, ex art. 1399, c. 2, c.c., dall'esistenza di diritti di terzi (TAR Campania, Napoli, VIII, 20 luglio 2007, n. 6857, poi riformato da Cons. St., V, 9 dicembre 2008, n. 6057).

Repubblica Italiana

In nome del popolo italiano

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 121 del 2018, proposto da:

Ivri - Istituti di Vigilanza Riuniti d'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Enzo Robaldo, Pietro Ferraris, con domicilio eletto presso lo studio Enzo Robaldo in Milano, piazza E. Duse 4;

contro

Comune di Genova, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Paoli, Aurelio Domenico Masuelli, con domicilio eletto presso lo studio Luca De Paoli in Genova, via Garibaldi 9;

A.M.I.U Genova S.p.A. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

- del provvedimento, comunicato in data 6 febbraio 2018 prot. n. 44463, con il quale è stata disposta l'esclusione del costituendo RTI composto da IVRI S.p.A. e IVRI Tecnologia Srl dalla procedura aperta per l'affidamento in appalto del servizio di vigilanza presso i locali aziendali di A.M.I.U., procedura indetta ed esperita dal Comune di Genova per conto della società A.M.I.U. - Azienda Multiservizi e d'Igiene Urbana Genova S.p.A.;

- per quanto possa occorrere, della comunicazione di avvio del procedimento di esclusione e richiesta di osservazioni, comunicata in data 19 gennaio 2018 prot. 21647;

- del disciplinare di gara, nella parte in cui dispone che il sopralluogo, in caso di partecipazione di RTI o consorzi non ancora costituiti, debba esser svolto da ognuno dei legali rappresentanti di tutte le imprese che intendono riunirsi o consorziarsi, ovvero da soggetti delegati da tutti gli altri operatori raggruppandi o consorziandi;

-- di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con l'atto impugnato, ancorchè non conosciuto dalla ricorrente e avverso il quale si fa riserva di motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Genova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2018 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con bando di gara trasmesso per la pubblicazione in GUUE il 6/12/2017, il Comune di Genova, in qualità di Stazione Unica Appaltante per conto della Società A.M.I.U. - Azienda Multiservizi e d'Igiene Urbana Genova S.p.a., ha indetto una procedura aperta per l'affidamento "del servizio di vigilanza presso il locali aziendali di AMIU", da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In considerazione dell'oggetto e della natura del servizio, il bando ed il disciplinare di gara hanno previsto, a pena di esclusione, l'obbligo di effettuare un sopralluogo entro e non oltre cinque giorni prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, fissato per il 16/1/2018.

Con particolare riferimento al caso di partecipazione di raggruppamenti temporanei d'impresa non ancora costituiti prima della presentazione dell'offerta, la lex specialis di gara ha prescritto che il sopralluogo venisse effettuato:

- da ognuno dei legali rappresentanti di tutte le imprese che intendessero riunirsi;
- da un solo legale rappresentante per conto di tutte le imprese facenti parte del costituendo raggruppamento sulla base di delega scritta da parte di tutti i soggetti facenti parte del costituendo raggruppamento;
- da direttore tecnico di un'impresa facente parte del costituendo raggruppamento sulla base di delega scritta da parte di tutti i soggetti facenti parte del costituendo raggruppamento;
- da dipendente di una impresa facente parte del costituendo raggruppamento sulla base di delega scritta da parte di tutti i soggetti facenti parte del costituendo raggruppamento;
- da procuratore speciale in forza di procura a mezzo atto notarile, con riferimento a ciascun membro del raggruppamento.

La società IVRI s.p.a., odierna ricorrente, ha effettuato il sopralluogo in data 19 dicembre 2017 e ha presentato l'offerta in forma di costituendo raggruppamento temporaneo con la mandante IVRI Tecnologia s.r.l., ditta peraltro attualmente impiegata nell'esecuzione del servizio di vigilanza presso i siti di AMIU in qualità di sub-fornitore.

La Commissione di gara, previa comunicazione dell'avvio del procedimento e scambio di memorie, ha disposto l'esclusione del r.t.i. IVRI con nota prot. n. 44463 del 6/2/2018 in ragione dell'omesso espletamento del sopralluogo da parte della IVRI Tecnologia s.r.l..

Avverso il provvedimento di esclusione nonché contro le disposizioni della lex specialis di gara che hanno imposto a pena di esclusione il compimento del sopralluogo da parte di tutte le imprese facenti parte di un costituendo r.t.i., la IVRI s.p.a. ha proposto ricorso.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

I. “Violazione del principio di tutela del legittimo affidamento - Falsa applicazione della disciplina di gara – Violazione del principio del favor participationis – Eccesso di potere per omessa valutazione dei presupposti di fatto (omessa considerazione di circostanze sulla conoscenza dei luoghi).”, in quanto l’omessa effettuazione del sopralluogo sarebbe imputabile alla formulazione della modulistica predisposta da AMIU la quale, contraddicendo le previsioni del disciplinare di gara, ha statuito che il sopralluogo potesse essere effettuato a cura di uno qualsiasi degli operatori economici raggruppati non ancora costituiti;

II. “Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – Violazione del principio costituzionale di libertà di iniziativa economica (art. 41 Costituzione) – Violazione di legge (art. 48 D.Lgs. n. 50/2016) – Irragionevolezza e violazione del principio di proporzionalità.”, in quanto l’art. 3 del disciplinare di gara, che prevede l’obbligo di sopralluogo da parte di tutti i membri di un costituendo r.t.i. a pena di estromissione dalla procedura di affidamento, sarebbe nullo per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016;

III. “Violazione di legge (art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016) per omessa applicazione del soccorso istruttorio – Violazione di legge (art. 1399 codice civile)”, poiché la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire all’impresa che non ha effettuato il sopralluogo di ratificare la visita svolta dalla da IVRI s.p.a. per il tramite del soccorso istruttorio.

La ricorrente ha concluso chiedendo l’annullamento, previa sospensione cautelare, dei provvedimenti impugnati.

Il Comune di Genova si è costituito con memoria, eccependo l’inammissibilità e l’infondatezza del ricorso principale.

Alla camera di consiglio del 7 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

La presente controversia verte sulla legittimità del provvedimento, meglio indicato in epigrafe, con il quale il Comune di Genova ha disposto l’esclusione dalla gara di cui è causa del costituendo r.t.i. IVRI in ragione dell’omesso sopralluogo da parte una della componente IVRI Tecnologia s.r.l..

La società ricorrente sostiene che il provvedimento impugnato sia viziato da profili di illegittimità derivata dalla nullità della lex specialis di gara nella parte impone a ciascuna delle imprese facenti parte di un costituendo r.t.i. di effettuare il sopralluogo a pena di esclusione, clausola che violerebbe il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016.

La ricorrente afferma altresì di essere stata indotta in errore dalla modulistica predisposta da AMIU, società comunale beneficiaria del servizio oggetto della procedura di gara, nel quale era contemplata la possibilità di effettuare il sopralluogo a cura di uno qualsiasi degli operatori economici di un costituendo raggruppamento.

Infine, la ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire ad IVRI

Tecnologia s.r.l. di ratificare il sopralluogo effettuato da IVRI s.p.a. e di reperire detta ratifica tramite lo strumento del soccorso istruttorio.

Il ricorso è fondato.

È opportuno richiamare il dato normativo di riferimento in materia di sopralluogo, rappresentato dall'art. 79, comma 2, del D.Lgs. 18/4/2016, n. 50.

La disposizione prevede che: "Quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte."

Dalla formulazione letterale della norma citata, nella parte in cui ammette la possibilità che la presentazione di un'offerta sia condizionata alla visita dei luoghi, si ricava il riconoscimento di un potere discrezionale in capo all'amministrazione di scelta in merito alla rilevanza da assegnare al sopralluogo rispetto allo specifico oggetto dell'affidamento.

In altri termini, spetta alla pubblica amministrazione determinarsi circa l'essenzialità o meno del sopralluogo a seconda dell'importanza che il medesimo riveste in relazione alla prestazione richiesta all'operatore economico.

Il riconoscimento di un siffatto potere discrezionale risponde alla circostanza che il sopralluogo può rivestire carattere più o meno indispensabile a seconda dello specifico oggetto dell'attività da svolgere di talché la scelta discrezionale dell'amministrazione risulta vincolata solo alla congruità dell'adempimento alla prestazione richiesta.

Dal riconoscimento di tale potere di scelta discende che, qualora l'amministrazione si determini per l'imprescindibilità della visita dei luoghi, tanto da subordinarne la presentazione dell'offerta, e tale sopralluogo risulti appropriato all'oggetto della gara, un eventuale inadempimento da parte dell'operatore economico legittima la relativa esclusione della procedura.

In tal senso risulta aver optato il Comune di Genova il quale ha espressamente prescritto che "Per partecipare alla gara i concorrenti dovranno effettuare obbligatoriamente un sopralluogo presso sedi, locali, impianti ed altri luoghi interessati dall'appalto con accompagnamento di personale A.M.I.U..

La mancata effettuazione del sopralluogo sarà causa di esclusione dalla procedura di gara ..." (art. 3 del disciplinare di gara; doc. n. 2 produzioni del Comune).

Detta scelta non pone problemi di ragionevolezza o di illogicità, considerato che appare opportuno richiedere che per lo svolgimento di un servizio di sorveglianza sia richiesta la visita dei luoghi da sorvegliare prima di formulare l'offerta.

Ciò posto, la questione centrale sulla quale il Collegio è chiamato a decidere concerne il mancato adempimento dell'onere del sopralluogo da parte di uno degli operatori economici facenti parte di un r.t.i. costituendo.

A tal riguardo, la lex specialis di gara richiedeva quanto segue:

“In caso di partecipazione di raggruppamenti temporanei d'impresa e/o consorzi ordinari, NON ancora costituiti prima della presentazione dell'offerta, il sopralluogo dovrà essere effettuato, pena l'esclusione dalla presente procedura di gara, da:

- ognuno dei legali rappresentanti di tutte le imprese che intendono riunirsi/consorzarsi;
- da un solo legale rappresentante per conto di tutte le imprese facenti parte del costituendo raggruppamento sulla base di delega scritta da parte di tutti i soggetti facenti parte del costituendo raggruppamento/consorzio;
- da direttore tecnico di un'impresa facente parte del costituendo raggruppamento sulla base di delega scritta da parte di tutti i soggetti facenti parte del costituendo raggruppamento/consorzio;
- da dipendente di una impresa facente parte del costituendo raggruppamento sulla base di delega scritta da parte di tutti i soggetti facenti parte del costituendo raggruppamento/consorzio;
- da procuratore speciale in forza di procura a mezzo atto notarile, con riferimento a ciascun membro del raggruppamento/consorzio.” (art. 3 del disciplinare di gara; doc. n. 2 produzioni del Comune).

Le diverse ipotesi contemplate dal citato art. 3 del disciplinare di gara possono essere sussunte nell'ambito di due categorie: il sopralluogo compiuto da ciascun operatore economico facente parte del raggruppamento ed il sopralluogo effettuato da un unico esponente di un'impresa al quale tutti gli altri operatori facenti parte del raggruppamento abbiano conferito una delega.

Ebbene, proprio dalla previsione di un meccanismo di delega discende l'illegittimità del provvedimento di esclusione il quale risulta viziato sotto il profilo della sproporzionalità.

Invero, la disciplina di gara imponeva che il sopralluogo potesse “essere effettuato nei soli giorni stabiliti e comunicati dal committente”, previa prenotazione, ed “entro e non oltre 5 giorni solari prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte”, termine di presentazione delle offerte individuato nel 16/1/2018 (art. 3 del disciplinare di gara citato).

La società IVRI s.p.a. ha effettuato il predetto sopralluogo in data 19 dicembre 2017 (doc. n. 5 produzioni della ricorrente).

In sede di presentazione dell'offerta, la società ha deciso di partecipare in forma di

costituendo r.t.i. con la ditta IVRI Tecnologia s.r.l.

Nel certificato di avvenuto sopralluogo rilasciato da AMIU, società beneficiaria del servizio oggetto della gara, era espressamente riconosciuto che “In caso di raggruppamento temporaneo, aggregazione di imprese di rete o consorzio ordinario, sia già costituiti che non ancora costituiti, [...] il sopralluogo può essere effettuato a cura di uno qualsiasi degli operatori economici raggruppati, aggregati in rete o consorziati [...]” (doc. n. 5 produzioni ricorrente).

Tale indicazione ha generato un legittimo affidamento della società ricorrente in relazione alla non necessità di effettuare la visita dei luoghi da parte di ognuno dei componenti del raggruppamento, considerato anche che IVRI Tecnologia s.r.l. era già a conoscenza dello stato dei siti in quanto attuale esecutrice del servizio di vigilanza presso i medesimi siti di AMIU in qualità di sub-fornitore.

Da tali circostanze di fatto e di diritto si coglie la sproporzionalità del provvedimento di esclusione.

Il Comune di Genova, infatti, ben avrebbe potuto (e dovuto) richiedere alla società inadempiente una ratifica delle operazioni sopralluogo dagli altri componenti del raggruppamento.

È noto, infatti, che la ratifica costituisce lo strumento per sanare con effetti retroattivi l'operato di un rappresentante senza poteri (art. 1399).

La disponibilità di tale strumento giuridico avrebbe dovuto imporre all'amministrazione di attivare lo strumento del soccorso istruttorio per richiedere alla IVRI Tecnologia s.r.l. di ratificare le operazioni di sopralluogo svolte dagli altri appartenenti al costituendo raggruppamento, soccorso istruttorio attivabile in considerazione della natura formale del documento richiesto.

Optando per l'esclusione del raggruppamento, invece, l'amministrazione è incorsa in un provvedimento contrario al canone della proporzionalità, considerato anche il principio di favor participationis che governa le procedure ad evidenza pubblica.

Di qui, l'illegittimità del provvedimento di esclusione e la conseguente fondatezza del ricorso.

Le spese possono essere compensate in ragione delle peculiarità della vicenda trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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