

Il Consiglio di Stato conferma il proprio revirement in merito alla necessaria riferibilità dell'attestato di sopralluogo a tutte le imprese facenti parti di un'A.T.I. concorrente ad una gara pubblica

di Benedetta Risolo

Data di pubblicazione: 11-11-2015

Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 4778

Presidente Numerico; Estensore Potenza

Anche nel caso in cui la lex specialis in materia di appalti si limiti a sanzionare con l'esclusione la sola mancata presentazione dell'attestato di presa visione dei luoghi, non prevedendo niente circa la necessità che il relativo sopralluogo venga effettuato da parte di tutti i componenti dell'ATI, tale l'obbligo non potrà che essere rivolto a tutte le imprese partecipanti, e non solo alla mandataria.

L'obbligo di eseguire il sopralluogo posto a carico dei soggetti partecipanti, non poteva che riferirsi al concorrente singolo ovvero a ciascun concorrente che costituisce o costituirà il raggruppamento di impresa. L'attestato di sopralluogo, la cui mancata allegazione determina l'esclusione, deve riferirsi a tutte le imprese partecipanti, e non solo alla mandataria. L'attestato di sopralluogo, la cui mancata allegazione determina l'esclusione, deve riferirsi a tutte le imprese partecipanti, e non solo alla mandataria.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4397 del 2015, proposto da:

P. - P.C. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti ***, con domicilio eletto presso ***;

contro

- Ministero I. e T., Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il L., Ministero I. e T. - Provv. interr. per oo.pp. L. A. S., Provveditorato Interregionale alle O. P. L. A. e M., Provv. Interr. alle oo.pp. L. A. e la S., Presidente della Regione A. in Q.tà di Commissario Delegato ex D.P.C.M. n. 3827 del 2009, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;
- Regione A., non costituitasi in giudizio;

nei confronti di

- L. Srl in proprio e quale Mandataria A., rappresentata e difesa dall'avv. ***, con domicilio eletto presso ***;
- A.-C. Compagnia per Costruire Spa (già D.A. Spa), non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I, n. 00082/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di ripristino a seguito del sisma del 6.04.2009 degli immobili sede del palazzo di giustizia de l'A. - ala uffici – ris. danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle I. e dei T. e del provv. Interr. per oo.pp. per il L. e di M. I. e T.- Provv. interr. per oo. pp. L. A. S. e di provv. Interr. alle oo.pp. L. A. e M. e di L. Srl in proprio e quale Mandataria A. e di provv. Int. alle oo.pp. L. A. e la S. e del Presidente della Regione A. in Q.tà di Commissario Delegato ex D.P.C.M. n. 3827 del 2009;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2015 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti gli avvocati ***;

Svolgimento del processo

1- Con ricorso al TAR dell'Abruzzo la società P.-P.C. domandava l'annullamento del provvedimento recante l'aggiudicazione definitiva, in favore dell'A.t.i. tra la L. s.r.l. e la C. Compagnia per costruire, dell'appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e

l'esecuzione dei "lavori di ripristino a seguito del sisma del 6.04.2009 degli immobili sede del palazzo di giustizia de L'A. - ala uffici", di cui al bando pubblicato sulla g.u.c.e in data 8.07.2011; l'aggiudicazione a detto raggruppamento, secondo classificatosi era disposta a seguito dell'inidoneità dell'impresa classificatasi al primo posto. La società ricorrente, classificatasi al terzo posto della graduatoria di gara, chiedeva inoltre al Tribunale:

- la declaratoria di inefficacia del contratto e conseguentemente del diritto all'aggiudicazione ed al subentro nel contratto;

- in subordine il risarcimento dei danni;

- in via ulteriormente subordinata per equival in caso di parziale esecuzione;

1.1. - A sostegno del ricorso la società istante deduceva i seguenti motivi:

a).- il raggruppamento L. avrebbe dovuto essere escluso perché nella dichiarazione di impegno non sono state indicate le quote di partecipazione al raggruppamento delle due consociate;

b).- altro motivo di esclusione risiedeva nel fatto che il sopralluogo sul sito dei lavori, previsto dal bando di gara, risultava eseguito unicamente dalla L., senza delega dall'altra impresa, in violazione della clausola del bando che prevede il sopralluogo congiunto; la contraria attestazione del sopralluogo congiunto, esibita dalla L., risulterebbe falsa; b.1.- in subordine violazione da parte della "lex specialis" dell' art. 106, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010 che richiede l'attestazione da parte delle imprese di essersi recate sul luogo dei lavori (l'attestazione che dà atto che una delle ditte raggruppate ha delegato al sopralluogo l'altra è inidonea perché reca oggettiva ammissione che la ditta delegante non si è recata atteso che la delega è caratterizzata dal demandare ad altri una determinata, attività normalmente propria del delegante.

c).- violazione dell'art. del 92, c.6, e dell'art. 263 del regolamento n. 207 del 2010 per mancato possesso dei requisiti specifici da parte dei progettisti; la L. non avrebbe dovuto limitarsi a comprovare la qualificazione per progettazione attestata dalla SOA (indicata dall'art. 12 del bando) che sarebbe perciò insufficiente.

d).- violazione del combinato disposto di cui all' art. 53, comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006 e all' art. 90, comma 7 del D.Lgs. n. 163 del 2006, per omessa individuazione nominativa, in sede di presentazione dell'offerta, dei professionisti deputati alla progettazione, con la specificazione delle relative qualificazioni professionali.

1.3.- Con la sentenza epigrafata il TAR ha respinto tutti i motivi di ricorso.

2.- La pronunzia è stata impugnata innanzi a questo Consesso col ricorso in esame, che chiede la riforma della sentenza, riproponendo tutti i motivi e le istanze risarcitorie formulati in primo grado. Al ricorso resistono la società L. ed il Ministero I. e T., replicando con le rispettive memorie (7.9.2015 e 13.7.2015).

Anche parte appellante ha precisato in memoria le proprie tesi e, alla pubblica udienza del 29 settembre- 2015, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Motivi della decisione

1.- Sono infondati i motivi in fatto rubricati sub a), c) e d).

1.1.- In merito alla dichiarazione di impegno e delle quote di partecipazione al raggruppamento delle due consociate, la censura in esame, respinta dal TAR in punto di fatto, è in effetti smentita dal tenore della dichiarazione che indica sia la quota di partecipazione della L. che della consociata con esplicito riferimento alla partecipazione ai lavori.

1.2.- Non sussiste la violazione degli artt. del 92, c.6, e 263 del regolamento n. 207/2010 per mancato possesso dei requisiti specifici da parte dei progettisti ivi indicati. Il primo giudice ha

respinto la censura ritenendo non immediatamente applicabile alla fattispecie l'art. 92, comma 6, che impone la scelta dei progettisti tra i soggetti di cui all'art. 90, c.1, lett. da d ad h, del codice (vale a dire: liberi professionisti, società di professionisti o di ingegneria, prestatori di servizi, raggruppamenti temporanei o consorzi stabili di detti soggetti) ed i requisiti, in rapporto all'ammontare delle spese di progettazione: a) indicati all'articolo 263, qualora l'importo delle spese di progettazione sia pari o superiore a 100.000 Euro; b) indicati all'articolo 267, qualora l'importo delle spese di progettazione sia inferiore a 100.000 Euro. Trattandosi, nella specie, di un appalto avente un valore superiore ad Euro 100.000, in applicazione dell' art. 263 del D.P.R. n. 207 del 2010, i professionisti avrebbero dovuto dimostrare: a) il possesso del fatturato globale per servizi espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando, per un importo variabile tra 2 e 4 volte l'importo a base d'asta; b) l'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 1 e 2 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie; c) l'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria relativi ai lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento; d) il numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni, in una misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico.

Il Collegio condivide la tesi della inapplicabilità di dette norme alla procedura selettiva in questione. In effetti:

- l'art. 357, comma 16 dello stesso D.P.R. n. 207 del 2010 , dispone che "per centoottanta giorni successivi alla data di entrata in vigore del presente regolamento i soggetti di cui all'art. 3, comma 1, lettera b), ai fini della predisposizione dei bandi e degli avvisi con cui si indice una gara... applicano le disposizioni di cui al D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34...";

- in forza del combinato disposto di cui all' art. 253, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006 e 359, comma 1, del D.P.R. n. 207 del 2010 , le disposizioni regolamentari in parola sono entrate in vigore in data 8 giugno 2011, sicchè le Amministrazioni erano tenute a redigere i bandi secondo le disposizioni di cui al D.P.R. n. 207 del 2010 solo a partire dal 7 giugno 2012. Tali nuove disposizioni non erano pertanto applicabili alla gara in esame il cui bando risulta pubblicato in data 4 luglio 2011, restando sino a quella data applicabile l' art. 3 del D.P.R. n. 34 del 2000, correttamente richiamato dall'art. 12 del bando di gara .

1.3.- Dalla sufficiente applicazione della disposizione sulla qualificazione SOA deriva l'insussistenza della violazione del combinato disposto di cui all' art. 53, comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006 ed all' art. 90, comma 7 del D.Lgs. n. 163 del 2006, per omessa individuazione nominativa, in sede di presentazione dell'offerta, dei professionisti deputati alla progettazione, con la specificazione delle relative qualificazioni professionali. L'art. 53 consente infatti, in alternativa al possesso dei requisiti per i progettisti, la partecipazione di soggetto qualificato per la progettazione.

1.4- Fondato è invece il motivo d'appello che avversa il rigetto della censura che sostiene la necessità di un sopralluogo congiunto ed effettivo da parte di entrambe le imprese costituenti il

raggruppamento. Nella fattispecie questa tesi si contrappone a quanto ritenuto dal TAR e cioè: -"La lex specialis si limitava a sanzionare con l'esclusione unicamente la mancata presentazione dell'attestato di presa visione dei luoghi (pag.3 del bando e punto 10 delle norme di gara), senza alcuna previsione in ordine alla necessità che il sopralluogo venisse effettuato da parte di tutti i componenti del raggruppamento";

- in via subordinata, non sussiste la violazione da parte della lex specialis dell' art. 106, comma 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in quanto, da tale norma "non si evince la obbligatorietà del sopralluogo da parte di tutte le imprese facenti parti del raggruppamento (costituito o costituendo), quanto la necessità della "dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori". L'appellata L. supporta questa tesi evidenziando che comunque l'adempimento in questione non era dal Bando sanzionato con l'esclusione, e che questa non è prevista dall'art. 106 del regolamento sui contratti.

Il Collegio ritiene di condividere l'orientamento espresso dall'appellante.

In primo luogo va confermato che il bando di gara faceva in effetti obbligo ai "soggetti partecipanti" di effettuare il sopralluogo e di inserire la conseguente attestazione nella busta "A" a pena di esclusione. Inoltre, questa Sezione, nel caso si offerta presentata da raggruppamento di imprese, ha già avuto modo di precisare (Cons. di Stato, sez. IV, n. 744/2014) che:

- "l'obbligo di eseguire il sopralluogo posto a carico dei soggetti partecipanti, non poteva che riferirsi al concorrente singolo ovvero a ciascun concorrente che costituisce o costituirà il raggruppamento di impresa";

- pertanto "l'attestato di sopralluogo, la cui mancata allegazione determina l'esclusione, deve riferirsi a tutte le imprese partecipanti, e non solo alla mandataria".

Si tratta, in altri termini, di osservare un obbligo di esibizione documentale, ma che ha anche una valenza sostanziale, dovendosi attestare l'effettuazione del sopralluogo diretto da parte dei soggetti offerenti.

D'altra parte va sottolineato come questo orientamento appare in piena consonanza col fatto che nel contratto di appalto integrato dalla progettazione l'offerta attiene anche a quest'ultima, sicchè appare logico che lo strumento del sopralluogo diretto sia obbligatorio, perseguendo il fine di far conseguire agli offerenti, nel pubblico interesse al miglior esito della procedura, le informazioni sul bene che lo riguarda e tramite queste predisporre un'offerta più aderente alle necessità dell'appalto.

1.5.- Conclusivamente, in relazione a quanto testè osservato, l'appello è meritevole di accoglimento, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione al raggruppamento L..

2.- Le questioni testè vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione relativamente alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c. , in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

3.- Al fine di pronunziarsi sulle correlate ed articolate domande, di subentro e/o risarcimento, ed inerenti al contratto d'appalto nel frattempo intervenuto tra appellata ed amministrazione, il Collegio ritiene opportuno assumere informazioni sullo stato di avanzamento dei lavori appaltati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunciando in merito alla domanda di annullamento accoglie il ricorso in epigrafe limitatamente all'aggiudicazione che, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata ed accoglimento del ricorso di primo grado proposto dalla società P.-P., annulla. Riservata ogni altra pronuncia in merito alle domande residue, ordina al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti pro-tempore, o ad un funzionario da lui delegato, di depositare le informazioni di cui in motivazione presso la segreteria della Sezione entro 30 giorni dal deposito della presente decisione. Fissa il prosieguo della trattazione della causa alla pubblica udienza del 15 dicembre 2015. Spese al definitivo. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

BREVI ANNOTAZIONI**OGGETTO DELLA SENTENZA**

Il regolamento sugli appalti, al suo articolo 106 secondo comma, dispone come l'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici debba essere accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali e di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, avendo preso diretta conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, verificato le capacità e le disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate, nonché di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto. La decisione in rassegna chiarisce in quali termini questo sopralluogo possa essere delegato da un'impresa ad un'altra facente parte del medesimo nucleo A.T.I.

PERCORSO ARGOMENTATIVO

Il *thema decidendum* della sentenza impugnata davanti al Supremo Consiglio di Stato verte su un ricorso al TAR da parte di una società per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'A.t.i. di una gara d'appalto riferita alla progettazione esecutiva ed all'esecuzione di alcuni lavori pubblici. La ricorrente, dopo essersi classificata al terzo posto della graduatoria di gara, chiedeva inoltre al Tribunale di dichiararsi la inefficacia del contratto e conseguentemente del diritto all'aggiudicazione ed al subentro nel contratto, con conseguente risarcimento dei danni.

La medesima società argomentava deducendo diversi motivi in ordine alla esclusione dell'A.T.I.:

- a) mancata indicazione nella dichiarazione di impegno delle quote di partecipazione al raggruppamento delle due consociate;
- b) violazione dell'art. 92, comma 6, e dell'art. 263, D.P.R. n. 207 del 2010 per mancato possesso dei requisiti specifici da parte dei progettisti; secondo il disposto normativo infatti non sarebbe sufficiente limitarsi a comprovare la qualificazione per progettazione attestata dalla SOA – indicata nel bando stesso;
- c) violazione degli articoli 53, comma 3 e 90, comma 7, D.Lgs. n. 163 del 2006, per omessa individuazione nominativa, in sede di presentazione dell'offerta, dei professionisti deputati alla progettazione, con la specificazione delle relative qualificazioni professionali;
- d) il sopralluogo sul sito dei lavori, previsto dal bando di gara, risultava eseguito unicamente da un'impresa, senza delega dall'altra impresa, in violazione della clausola del bando sul sopralluogo congiunto; la contraria attestazione del sopralluogo congiunto, esibita da tale impresa, risulterebbe infatti falsa.

Questo ultimo motivo desta particolare attenzione nel Consiglio di Stato, che ha voluto soffermarsi proprio sulla necessità di riferire l'attestato di sopralluogo in una gara pubblica a tutte le imprese facenti parti di una A.T.I.

Parte ricorrente argomentava tale motivo deducendo altresì una violazione della "*lex specialis*" ai sensi del secondo comma dell'articolo 106 regolamento appalti^[1]. La disposizione appena richiamata richiede l'attestazione da parte delle imprese di essersi recate sul luogo dei lavori, pertanto un documento che dichiari che una delle aziende raggruppate abbia delegato al sopralluogo l'altra è inidonea poiché contiene una oggettiva ammissione che la ditta delegante non si sia recata – si ricorda all'uopo come una delega si connota per demandare ad altri una data attività normalmente propria del delegante.

I supremi giudici amministrativi, nella decisione in rassegna, hanno stabilito che anche nel caso in cui la *lex specialis* in materia di appalti si limiti a sanzionare con l'esclusione la sola mancata presentazione dell'attestato di presa visione dei luoghi, nulla prevedendo circa la necessità che il relativo sopralluogo venga effettuato da parte di tutti i componenti dell'ATI, la mancanza di tale allegazione che determina l'esclusione, dovrà essere riferita a tutte le imprese partecipanti, e non solo alla mandataria.

All'uopo non può non rilevarsi come si tratti di un obbligo di esibizione documentale con valenza anche sostanziale e pertanto risulta strumentale ad acquisire ogni elemento utile a presentare un'offerta quanto più aderente possibile alle necessità dell'appalto, nonché in vista del pubblico interesse al miglior esito possibile della procedura. Nel caso in esame si deve puntualizzare come il motivo d'appello circa il rigetto della censura che sosteneva la necessità di un sopralluogo congiunto ed effettivo da parte di entrambe le imprese dell'ATI appariva totalmente fondato. Nella decisione dei giudici di prima istanza invece si legge che la *lex specialis* si limitava ad escludere unicamente la mancata presentazione dell'attestato di presa visione dei luoghi senza alcuna previsione sulla necessità che il sopralluogo fosse effettuato da parte di tutti i componenti del raggruppamento. In via gradata i giudici di prime cure affermavano come non sussistesse la violazione da parte della *lex specialis* dell'art. 106, comma 2, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in quanto, da tale norma "non si evince la obbligatorietà del sopralluogo da parte di tutte le imprese facenti parti del raggruppamento (costituito o costituendo), quanto la necessità della dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori".

Parte appellata supportava la medesima tesi, evidenziando come il bando non sanzionasse l'adempimento de qua con la esclusione dalla procedura di evidenza pubblica, e come si trattasse di una misura assolutamente non prevista dall'articolo 106 del regolamento sui contratti. Secondo l'interpretazione del Supremo organo di giustizia amministrativa, il sopralluogo era un prerequisite necessario per i partecipanti, che dovevano infatti inserire la conseguente attestazione nella busta "A" per non essere esclusi dalla gara.

Sul punto pare opportuno evidenziare come la precedente giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato aveva già precisato come l'obbligo di eseguire il sopralluogo posto a carico dei soggetti partecipanti vada riferito al concorrente singolo, ovvero a ciascun concorrente che costituisca o costituirà il raggruppamento di impresa – e non già alla mera impresa mandataria (Cons. di Stato, Sez. IV, n. 744 del 2014).

Il punto centrale del tema trattato dai supremi giudici amministrativi risiede nell'osservare o meno un obbligo documentale che abbia valenza sostanziale. Come si evince dalla lettura della decisione infatti, grava sui soggetti offerenti l'obbligo di attestazione di aver effettuato detto sopralluogo.

L'orientamento argomentato da Palazzo Spada appare in linea con la considerazione che nel contratto di appalto posto in essere per mezzo del progetto elaborato, l'offerta attiene anche a questo ultimo, in quanto il sopralluogo è obbligatorio in quanto volto a fornire agli offerenti le informazioni sul bene oggetto della procedura, informazioni che consentano di elaborare offerte rispondenti alle necessità dell'appalto.

Quanto finora considerato va senz'altro a tutela del migliore esito della procedura di evidenza pubblica, e certamente a tutela del pubblico interesse.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Secondo la prospettazione dell'appellante l'obbligo di eseguire il sopralluogo posto a carico dei soggetti partecipanti non poteva che riferirsi al concorrente singolo che costituisce o costituirà il raggruppamento di impresa. Ciò precisato, appare evidente come l'attestato di sopralluogo, la cui mancata allegazione determina l'esclusione dalla procedura di evidenza pubblica, vada necessariamente riferito a tutte le imprese partecipanti, non solo alla mandataria. Giova puntualizzare infatti che se anche per un verso non si ravvisava alcuna prescrizione concorsuale richiedeva che il sopralluogo fosse effettuato da tutte le imprese partecipanti, dall'altro è altrettanto vero che nessuna prescrizione, tuttavia, consentiva che tale sopralluogo venisse effettuato da una sola impresa auto-qualificatasi mandataria A.T.I. Si evidenzia come il sopralluogo sia un adempimento volto alla conoscenza dei luoghi che il partecipante acquisisce al fine di presentare una "più ponderata" offerta economica, assunto che rende più ragionevole una previsione del bando che, in presenza di lavori pubblici particolarmente delicati, richieda il sopralluogo, con conseguente diretta conoscenza, da parte di tutte le imprese e non già di una delegata.

Il Consiglio di Stato torna su una tematica di generale interesse, in quanto, circa gli adempimenti di tal genere, la giurisprudenza ha fornito, nel tempo, soluzioni non univoche. In mancanza di espressa previsione di legge, la disciplina specifica sarebbe infatti rimessa al bando di gara. Spesso, quest'ultimo precisa le ritualità del sopralluogo nel caso di A.T.I. (soprattutto se non ancora costituite), con soluzioni diverse, che sostanzialmente si riconducono a tre tipologie: obbligo a carico della mandataria, oppure a carico di tutte le imprese, ovvero ancora a carico di una qualsiasi delle imprese, anche se mandante. Le imprese, all'occorrenza, nei casi dubbi sono comunque solite inviare – se la *lex specialis* non lo vieta – un solo rappresentante per tutta l'ATI, ma munito di procura speciale. La problematica si pone in casi, come quello che ha avuto ad oggetto la decisione in questione, ove, da una parte, il bando non specifica circa il soggetto tenuto, e, dall'altra, chi ha partecipato al sopralluogo non è munito di procura (oppure, come nel caso, è munito di procura che non contempla il sopralluogo).

Il Consiglio di Stato, nella decisione del 19 ottobre 2015 in commento, sembra porsi in contrasto con la linea giurisprudenziale pregressa, determinando un cd. *revirement* di orientamento. Secondo una pregressa giurisprudenza risalente ad appena qualche anno fa, in tema di dichiarazione di sopralluogo veniva valorizzata la regola della massima partecipazione in tema di gare di appalto, in virtù del principio del *favor participationis* secondo cui le clausole del bando richieste a pena di esclusione devono essere chiare e puntuali e, in caso di oscurità o non chiarezza, devono essere interpretate nel modo meno restrittivo (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1665; Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3417; Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2006, n. 4222; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194).

Si riteneva, in tal senso, dirimente un precedente nel quale, scrutinando una regola di gara dal "*contenuto ambiguo, poiché non dispone in modo esplicito che ciascuna delle imprese, che debba costituirsi in associazione temporanea, debba produrre la certificazione, rilasciata da un ufficio comunale, di avvenuto esame degli elaborati di progetto e di verifica dei luoghi*" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 684) si osservava che il difetto di chiarezza della

clausola indicata consentiva un'interpretazione nel senso dell'ammissione del maggior numero di imprese concorrenti e, viceversa, *"nel senso della non legittimità dell'esclusione delle imprese, che avevano espresso l'intento di associarsi, che abbiano inteso la clausola come osservata purché una di loro avesse acquisito tale certificazione"*.

Pertanto, secondo questo precedente orientamento, non sarebbero condivisibili neppure le considerazioni del primo Decidente in ordine alla valenza degli accordi privati, atteso che nessun effetto (di modifica o di deroga) sulla disciplina di gara (di incerto significato, come detto) potrebbero spiegare le pattuizioni private^[2]. Pertanto si può affermare che la pregressa giurisprudenza maggioritaria risolveva la vicenda contenziosa sulla base del principio del *favor participationis*: allorché il bando stabilisca che ciascuna impresa deve, a pena di esclusione, provvedere al sopralluogo, senza ulteriori specificazioni per il caso di ATI, è sufficiente che vi provveda la mandataria (o comunque una delle associate). Pertanto, corrispondentemente, è sufficiente (sempre in mancanza di differente previsione) la produzione di una unica certificazione di avvenuto sopralluogo (cfr. Consiglio di Stato, V, n. 6057 del 9 dicembre 2008).

Quanto sopra esposto trovava ulteriore supporto nella deliberazione AVCP n. 265 del 26 luglio 2007. Secondo tale delibera infatti, in ordine all'obbligo di far eseguire il sopralluogo da tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, si osservava come con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese non ancora formalmente costituiti, valesse il principio secondo cui gli adempimenti non specificamente prescritti con riguardo alle singole imprese partecipanti vanno riferiti all'impresa mandataria, quale punto di riferimento unitario del costituendo raggruppamento. Peraltro, in assenza di particolari peculiarità che possano essere riscontrate solo attraverso un sopralluogo, risulta eccessivamente oneroso imporre il sopralluogo a tutte le società facenti parte del raggruppamento.

Nonostante tale orientamento, gli odierni giudici di Palazzo Spada, già dal 2014 con la sentenza numero 744/2014 della Quarta Sezione, hanno ritenuto opportuno discostarsi dai propri precedenti, determinando una rottura con quanto fino ad ora ritenuto. Il punto determinante trattato dai supremi giudici amministrativi sta nel riscontrare in tale ordine di esibizione, rivolto alle imprese, una vera e propria valenza sostanziale. L'orientamento argomentato da Palazzo Spada appare in linea con la considerazione che nel contratto di appalto posto in essere per mezzo del progetto elaborato, l'offerta attiene anche a questo ultimo, in quanto il sopralluogo è obbligatorio in quanto volto a fornire agli offerenti le informazioni sul bene oggetto della procedura, informazioni che consentano di elaborare offerte rispondenti alle necessità dell'appalto. In ragione di quanto osservato, i giudici rilevano la necessità di un "contatto diretto" con i luoghi da parte delle imprese, in un'ottica di maggiore tutela dell'interesse pubblico.

Fatte tali considerazioni, la questione non può tuttavia ritenersi ancora chiusa, in quanto in assenza di adunanze plenarie non può escludersi un ulteriore cambiamento di opinione da parte di Palazzo Spada.

[1] Il regolamento sugli appalti è contenuto nel decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010, e l'articolo 106 riporta le seguenti disposizioni:

“1. L'avvio delle procedure di scelta del contraente presuppone l'avvenuta validazione del progetto di cui all'articolo 55, previa acquisizione da parte del responsabile del procedimento dell'attestazione del direttore dei lavori in merito:

a) alla accessibilità delle aree e degli immobili interessati dai lavori secondo le indicazioni risultanti dagli elaborati progettuali;

b) alla assenza di impedimenti sopravvenuti rispetto agli accertamenti effettuati prima dell'approvazione del progetto;

c) alla conseguente realizzabilità del progetto anche in relazione al terreno, al tracciamento, al sottosuolo ed a quanto altro occorre per l'esecuzione dei lavori.

Tale attestazione è rilasciata dal responsabile del procedimento nel caso in cui non sia stato ancora nominato il direttore dei lavori.

2. L'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali, compreso il calcolo sommario della spesa o il computo metrico estimativo, ove redatto, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, di aver verificato le capacità e le disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate, nonché di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto. La stessa dichiarazione contiene altresì l'attestazione di avere effettuato una verifica della disponibilità della mano d'opera necessaria per l'esecuzione dei lavori nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità e alla tipologia e categoria dei lavori in appalto.

3. In nessun caso si procede alla stipulazione del contratto o alla consegna dei lavori ai sensi dell'articolo 153, comma 1, secondo periodo, se il responsabile del procedimento e l'esecutore non abbiano concordemente dato atto, con verbale da entrambi sottoscritto, del permanere delle condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori, con riferimento a quelle di cui al comma 1, lettere a), b) e c).

4. Gli adempimenti necessari per l'avvio delle procedure di esecuzione del decreto di esproprio e conseguente immissione in possesso o per l'emissione del decreto di occupazione di urgenza sono posti in essere in tempi compatibili con la stipulazione del contratto”.

[2] In base ai principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione 30 luglio 2008, n. 9 esulava dalla giurisdizione del giudice amministrativo il giudizio sulla sorte del contratto stipulato in base ad aggiudicazione illegittima (per una recente applicazione cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. 26 agosto 2008, n. 4532).