

# Giustizia Amministrativa Consiglio di Stato Tribunali Amministrativi Regionali

•

Pubblicato il 26/07/2018

N. 04597/2018REG.PROV.COLL.

N. 07359/2017 REG.RIC.

## REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7359 del 2017, proposto da Desi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco De Marini, Barbara Savorelli e Daniele Vagnozzi, con domicilio eletto presso l'avvocato Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzoni, n. 3;

contro

Comune di Tramutola, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Basilicata n. 439/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per l'appellante l'avvocato Paolo Accardo, su delega dell'avvocato Daniele Vagnozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 482 del 2 dicembre 2016 il responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Tramutola indiceva un'indagine di mercato al fine di individuare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento della concessione triennale della gestione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale, al momento gestito dalla D.E.S.I. s.r.l. subentrata alla Alfano S.r.l. per acquisizione del ramo d'azienda.

L'avviso di indagine, pubblicato il 6 dicembre 2016, indicava: 1) l'importo a base di gara di € 56.734,56; 2) quali requisiti di ammissione: a) il possesso della categoria OG10 e/o OS30-OG11, classifica I, o in alternativa i requisiti di ordine tecnico-organizzativo contemplati dalla normativa vigente; b) l'aver realizzato nel triennio 2013-2015 un fatturato non inferiore a € 85.000,00, di cui un fatturato annuo minimo di € 6.500,00; c) l'aver svolto negli ultimi 10 anni servizi analoghi; 3) l'obbligo, per essere ammessi alla procedura negoziata, di effettuare, a pena di esclusione, il sopralluogo; 4) il termine perentorio delle ore 13,00 del 22 dicembre 2016 per la presentazione delle domande di partecipazione.

Con provvedimento prot. n. 385 del 12 gennaio 2017 il responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Tramutola non ammetteva alla procedura negoziata la D.E.S.I. S.r.l. per non aver allegato alla domanda di partecipazione l'attestazione dell'avvenuto sopralluogo.

Alle ditte ammesse venivano inviate le lettere di invito in cui: 1) era chiarito che non era necessario un ulteriore sopralluogo; 2) venivano definite le modalità di attribuzione del punteggio (massimo 70 punti per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica); 3) era indicato quale termine perentorio per la presentazione delle offerte le ore 13,00 del 13 gennaio 2017, poi prorogato al 23 gennaio.

2. La D.E.S.I. S.r.l. impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo della Basilicata il suddetto provvedimento di esclusione dalla gara (prot. n. 385 del 12 gennaio 2017) e gli artt. 6 dell'avviso di indagine di mercato e 13 della lettera invito, deducendo: a) innanzitutto la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto l'attestato di avvenuto sopralluogo doveva essere presentato nella successiva fase della procedura negoziata, in allegato all'offerta; b) la nullità ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, d. lgs. n. 50 del 2016 degli artt. 6 dell'avviso e 13 della lettera invito, sia perché l'obbligo di sopralluogo era previsto dal previgente art. 106, comma 2, d.p.r. n. 207 del 2010 soltanto con riferimento agli appalti pubblici di lavori, sia perché tale norma era stata abrogata dall'art. 217 del nuovo codice degli appalti ex d. lgs. n. 50 del 2016; c) l'illegittimità dell'art. 16 della lettera di invito, nella parte in cui, nell'ambito della disciplina del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva tra gli elementi gestionali dell'offerta tecnica, l'attribuzione di 10 punti per il possesso del *rating* di qualità.

Chiedeva infine in via principale, la disapplicazione dell'art. 95, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016, per contrasto con il considerando n. 73 e con l'art. 41, comma 2, della direttiva dell'Unione Europea n. 23/2014 e/o con i principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità oppure, ai sensi dell'art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la rimessione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia del predetto art. 95, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016, ed in via subordinata, la rimessione alla Corte Costituzionale della questione di illegittimità costituzionale sempre dell'art. 95, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016 per contrasto con il principio previsto dalla lett. ff), del comma 1, dell'art. 1 della legge delega n. 11 del 2016.

3. L'adito tribunale (che con ordinanza n. 28 dell'8 febbraio 2017, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., rilevava l'inammissibilità per difetto di interesse dell'impugnazione dell'art. 16 della lettera invito del 3 gennaio 2017, nella parte in cui, nell'ambito della disciplina il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva, tra gli elementi gestionali dell'offerta tecnica, l'attribuzione di 10 punti per il possesso del *rating* di qualità, stante la mancata ammissione della ricorrente alla procedura negoziata propriamente detta) con la sentenza indicata in epigrafe respingeva il ricorso.

In particolare il predetto tribunale osservava che: a) nelle gare pubbliche la mancata effettuazione del sopralluogo comportava l'esclusione dalla gara, il sopralluogo costituendo un adempimento essenziale ed insostituibile, non suscettibile di regolarizzazione; b) l'art. 6 dell'avviso di indagine di mercato del 6 dicembre 2016, rubricato "Sopralluogo assistito in sito", aveva espressamente previsto l'obbligatorietà della visita di sopralluogo e l'esclusione per la sua mancata effettuazione, mentre l'art. 13 della lettera di invito, specificava l'ininfluenza del sopralluogo nella fase successiva a quella dell'avviso esplorativo; c) andava disattesa anche l'eccezione di nullità ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, d. lgs. n. 50 del 2016 dei citati artt. 6 dell'avviso di indagine di mercato e 13 della lettera invito, in quanto l'obbligo di sopralluogo non rientrava nell'ambito oggettivo del predetto art. 83, comma 8, ultimo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, evidenziando che l'art. 79, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, nel disciplinare i termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, contemplava i casi in cui "le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo la consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati" (previsione che riguardava tutte le tipologie di pubblici appalti, ivi compresi quelli di servizi e le concessioni di servizi, e che ben si atteggiava anche al caso di specie in cui erano richiesti anche lavori agli impianti elettrici, rendendosi così necessario il sopralluogo) ed aggiungendo che con riferimento alla *par condicio* la ricorrente non poteva considerarsi esentata da tale adempimento per il solo fatto di essere gestore uscente del servizio; d) non era sufficiente a supportare le tesi della ricorrente il richiamo alla giurisprudenza che ritiene sufficiente, in luogo del verbale di sopralluogo, la sola dichiarazione sostitutiva di essersi recati sul posto, visto che in ogni caso alla domanda di partecipazione tale dichiarazione non era stata allegata e che in ogni caso la scelta della stazione appaltante di anticipare quell'adempimento (obbligo del sopralluogo) alla fase dell'indagine di mercato non era irragionevole, rispondendo all'interesse di rendere più rapida e spedita la successiva procedura negoziata,

4. Con atto di appello notificato il 9 ottobre 2017 la D.E.S.I. S.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza, di cui ha lamentato l'erroneità e l'ingiustizia per esso frutto di un approssimativo e superficiale apprezzamento dei fatti e delle censure spiegate in primo grado, respinte con motivazione lacunosa, carente ed affatto condivisibile.

In sintesi, secondo l'appellante, la sentenza impugnata era frutto di un macroscopico errore di fatto nel senso che ad una attenta e serena lettura dell'avviso di indagine di mercato e della lettera invito sarebbe inequivocabilmente emerso che il primo indicava l'obbligo di presa visione dei luoghi senza necessità di relativa attestazione, mentre la seconda (art. 13) stabiliva l'obbligo di allegazione,

qualora la stazione appaltante non avesse già accertato per iscritto la presa visione; la lettura data dal tribunale di tali previsioni era conseguenza di un esasperato formalismo in contrasto peraltro i numerosi precedenti giurisprudenziali che escludevano la necessità di un simile adempimento nel caso del concessionario uscente.

L'appellante ha anche contestato la dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione dell'art. 16 della lettera d'invito, stante la indubbia sussistenza dell'interesse ad impugnare gli esiti della gara; sono stati poi reiterati i motivi di censura non esaminati concernenti la ripartizione del punteggio tecnico e sono state ribadite le richieste di rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia della questione della esatta interpretazione dell'art. 95, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016, ed in via subordinata, di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale sempre del predetto art. 95, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016.

Il Comune di Tramutola non si è costituito in giudizio.

5. All'udienza pubblica del 15 marzo 2018, nel corso della quale la Sezione ha sottoposto al difensore dell'appellante, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., la questione della nullità della clausola dell'avviso di indagine concernente la necessità del sopralluogo, senza che la parte abbia eventualmente chiesto termine per eventuali osservazioni e controdeduzioni, la causa è passata in decisione.

6. L'appellante non è stata invitata alla gara indetta dal Comune di Tramutola per l'affidamento della concessione triennale della gestione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale per non aver allegato alla domanda di partecipazione l'attestazione dell'avvenuto sopralluogo, previsto dall'art. 6 dell'avviso di indagine di mercato.

Quest'ultimo invero prevedeva testualmente tra le condizioni di ammissibilità alla procedura successiva il "Sopralluogo assistito in sito", dichiarando espressamente l'obbligatorietà della visita di sopralluogo (da parte del titolare oppure di un rappresentante legale o di un direttore tecnico del concorrente, oppure ancora da un dipendente del concorrente, se munito di apposita delega conferita dagli stessi soggetti oppure da un terzo se munito di apposita procura notarile) a pena di inammissibilità (disponendo nel dettaglio le modalità del sopralluogo ed il rilascio dell'apposita attestazione), così che la sua omissione costituiva motivo di esclusione dalla procedura negoziata, governata dalla lettera di invito (che escludeva poi la necessità di allegare nuovamente la prova dell'avvenuto sopralluogo).

7. Ciò precisato la Sezione osserva che pure a voler ammettere che la scelta della stazione appaltante di anticipare l'adempimento dell'obbligo del sopralluogo dalla fase della gara in senso stretto a quella precedente della selezione dei concorrenti da invitare espletata attraverso l'avviso di indagine di mercato possa essere sia di per sé non irragionevole, irrazionale, arbitraria o illogica e che non arrechi *vulnus* ai principi propri dell'evidenza pubblica (non costituendo di per sé un ostacolo alla *par condicio* o alla concorrenza, anzi consentendo la presentazione di un'offerta pienamente coerente anche con riferimento all'effettiva situazione di fatto), fermo restando che nel caso di specie la stazione appaltante non ha tuttavia motivato le ragioni di tale scelta, come pure avrebbe dovuto, tuttavia non può ritenersi che la richiesta di un simile adempimento sia legittimo, adeguato e proporzionato laddove, come nel caso di specie, sia richiesto anche al gestore uscente del servizio.

Se è vero infatti che, come giustamente sottolinea la sentenza, l'art. 79, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 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.*”, così che in linea astratta la clausola di cui si discute non può di per sé dirsi contraria alla legge o non prevista dalla legge (fermo restando - si ribadisce che nel caso di specie tale previsione riguarda la fase della gara in senso stretto e non la fase dell’indagine di mercato) non può tuttavia sottacersi che la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il sopralluogo ha carattere di adempimento strumentale a garantire anche il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara e che l’obbligo di sopralluogo ha un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un’offerta consapevole e più aderente alle necessità dell’appalto. L’obbligo di sopralluogo, strumentale a una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi, è infatti funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica (Sez. V, 19 febbraio 2018 n. 1037). E’ stato anche sottolineato che l’obbligo per il concorrente di effettuazione di un sopralluogo è finalizzato proprio ad una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi: tale verifica può, dunque, dirsi funzionale anche alla redazione dell’offerta, onde incombe sull’impresa l’onere di effettuare tale sopralluogo con la dovuta diligenza, in modo da poter modulare la propria offerta sulle concrete caratteristiche dei locali (Cons. Stato, VI, 23 giugno 2016 n. 2800).

Proprio in relazione alla funzione del sopralluogo, così come delineata dalla ricordata giurisprudenza, deve ammettersi che un simile obbligo è da considerarsi superfluo e sproporzionato allorché sia imposto ad un concorrente che sia gestore uscente del servizio, il quale per la sua stessa peculiare condizione si trova già nelle condizioni soggettive ideali per conoscere in modo pieno le caratteristiche dei luoghi in cui svolgere la prestazione oggetto della procedura di gara.

In tal senso la clausola contestata dall’appellante è da considerarsi effettivamente illegittima sia in quanto violativa dei principi di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza, economicità e del divieto di aggravio del procedimento, essendo ingiustificato l’onere di chiedere al gestore uscente del servizio la dichiarazione di aver eseguito il sopralluogo e di produrre il relativo verbale a pena di esclusione dalla gara.

8. All’accoglimento del motivo di appello consegue l’illegittimità della esclusione dalla gara della Desi s.r.l. e sotto altro concorrente profilo la erroneità della declaratoria di inammissibilità dell’impugnazione dell’art. 16 della lettera d’invito per difetto di interesse a causa della mancata partecipazione alla gara.

Tuttavia l’impugnazione del predetto art. 16 della lettera d’invito deve essere ugualmente considerata inammissibile per carenza di interesse attuale e concreto dal momento che il *vulnus* asseritamente ricollegabile alle previsioni di detto articolo (eccessivo rilievo dato a questioni meramente soggettivi, quali quelle che attengono al rating di legalità; supposta commissione nell’offerta di elementi soggettivi ed oggettivi) potrà essere apprezzato solo all’esito dell’eventuale partecipazione alla gara e della valutazione delle offerte (partecipazione alla gara e presentazione dell’offerta che non è preclusa da quelle previsioni).

Ciò rende allo stato prive di rilevanza le questioni prospettate di legittimità comunitaria e costituzionale.

10. L’appello in definitiva deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione, con la conseguente riforma della sentenza impugnata nei sensi indicati e accoglimento del ricorso di primo grado, pure nei sensi di cui in motivazione, con annullamento dell’esclusione dalla gara dell’interessata.

La complessità dei fatti e la loro peculiarità giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata pure nei sensi di cui in motivazione, accoglie il ricorso di primo grado sempre nei sensi di cui in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE  
Raffaele Prospero

IL PRESIDENTE  
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO