

Il sopralluogo a pena di esclusione? Le criticità derivanti da una normativa contraddittoria.

di Luca Leccisotti

Data di pubblicazione: 12-10-2021

Il Collegio giudicante ritiene che la soluzione del caso di specie non possa prescindere

dal dato normativo costituito dall'art. 79, comma 2 del codice dei contratti pubblici, che

fa sì riferimento alle ipotesi in cui “le offerte possono essere formulate soltanto a

seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara”,

ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte

siano calibrati in modo che gli operatori interessati “possano prendere conoscenza di

tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte”, senza, dunque, derivarne

effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento. Continuano i giudici

asserendo che la norma (anche letta in congiunzione con la intervenuta abrogazione

dell'art. 106, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010), manifesta la chiara opzione del legislatore di rimettere l'effettuazione del sopralluogo, qualora esso sia previsto dalla legge di gara, alla autoresponsabilità della impresa offerente per la quale la possibilità di "prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie" costituisce evidentemente una facoltà o al più un onere dalla cui pretermissione può derivare esclusivamente la preclusione della proposizione ogni eccezione o contestazione in fase esecutiva.

Guida alla lettura

La richiesta di sopralluogo nei disciplinari di gara, da parte delle stazioni appaltanti, è una consuetudine acclarata e supportata dall'art. 79 comma 2 il quale 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, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte.

Spesso però, nei disciplinari di gara, viene inserito l'obbligo del sopralluogo a pena di esclusione dalla procedura di gara. E' corretto? Il principio di tassatività delle cause di esclusione è attualmente disciplinato dall'art. 83, comma 8, del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che ha riproposto detto principio, pur se in modo semplificato rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 46, comma 1-bis del vecchio Codice. Rispetto alla formulazione precedente, l'art. 83 del nuovo Codice (rubricato "Criteri di selezione e soccorso istruttorio") non ripropone l'elencazione delle cause di esclusione, ma si limita a confermare il divieto in capo alla stazione appaltante di introdurre cause di esclusione

ulteriori rispetto a quelle previste dal codice stesso o da altre disposizioni di legge.

Su questa scia si colloca l'ultima sentenza del TAR Toscana n. 1138 del 06/08/2021. Un operatore economico, premesso di aver partecipato alla gara bandita da una stazione appaltante per l'affidamento di un servizio, impugna il provvedimento di esclusione dalla stessa. Provvedimento adottato per il fatto che la ditta avrebbe effettuato il sopralluogo obbligatorio, previsto a pena di esclusione dalla lex specialis, nei luoghi interessati dall'appalto soltanto presso una struttura e non anche presso altre strutture che pure erano espressamente elencate nel disciplinare. A sostegno del suo ricorso la ditta adduce, fra l'altro, che la mancata effettuazione del sopralluogo non potrebbe costituire causa di esclusione alla luce della normativa oggi contenuta nel D.Lgs n. 50/2016.

Il Collegio giudicante ritiene che la soluzione del caso di specie non possa prescindere dal dato normativo costituito dall'art. 79, comma 2 del codice dei contratti pubblici, che fa sì riferimento alle ipotesi in cui "le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara", ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo che gli operatori interessati "possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte", senza, dunque, derivarne effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento. Continuano i giudici asserendo che la norma (anche letta in congiunzione con la intervenuta abrogazione dell'art. 106, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010), manifesta la chiara opzione del legislatore di rimettere l'effettuazione del sopralluogo, qualora esso sia previsto dalla legge di gara, alla autoresponsabilità della impresa offerente per la quale la possibilità di "prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie" costituisce evidentemente una facoltà o al più un onere dalla cui pretermissione può derivare esclusivamente la preclusione della proposizione ogni eccezione o contestazione in fase esecutiva. Alla fine i togati chiudono perentoriamente in questo modo: "*Non è quindi in facoltà della stazione appaltante trasformare la predetta facoltà (che il legislatore si preoccupa solo di agevolare mediante previsione di termini adeguati per il suo esercizio) in un obbligo sanzionato a pena di estromissione dalla gara, ostandovi il principio della tassatività delle cause di esclusione (T.A.R. Catanzaro, sez. I, 10/11/2020, n.1772)*" ed accolgono il ricorso annullando l'esclusione.

Prendiamo spunto da quest'ultima frase: ***non è quindi in facoltà della stazione appaltante trasformare la predetta facoltà in un obbligo sanzionato a pena di estromissione dalla gara, ostandovi il principio della tassatività delle cause di esclusione.*** Analizziamo ora però l'art.8 comma 1 lett.b) della Legge 11 settembre 2020, n. 120 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni):

"le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare"

E' chiarissima la declinazione della norma, "**a pena di esclusione dalla procedura**" nel caso detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare. Di un'eventuale motivazione a supporto dell'inserimento dell'obbligo di sopralluogo, nulla emerge in sentenza. Forse la difesa della stazione appaltante avrebbe dovuto argomentare su questo aspetto.

Resterebbe comunque in vigore fino al 30 giugno 2023 la possibilità di introdurre una nuova causa di estromissione dalle procedure di gara, mettendo in crisi il principio cardine del dispositivo della sentenza in parola e aprendo un varco al principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 334 del 2021, proposto da Sq Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Teresa Grassi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Nazario Sauro n. 2;

contro

Azienda Regionale Diritto Allo Studio Universitario, rappresentata e difesa dall'avvocato Luciana Caso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Toscana non costituita in giudizio;

nei confronti

Service 2000 Sas di Tamburini David & C., rappresentata e difesa dagli avvocati Ferdinando Biondi, Elisa Bindi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- della comunicazione del 26 gennaio 2021, a firma dell'Ufficiale Rogante dell'Azienda DSU Toscana, di esclusione dell'offerta di SQ ITALIA s.r.l. dalla procedura di gara;
- della comunicazione del 19 febbraio 2021, a firma del Presidente di gara dell'Azienda

DSU Toscana, di conferma dell'esclusione dell'offerta di SQ ITALIA s.r.l. dalla procedura di gara;

- del verbale della prima seduta di gara (Repertorio n. 616, Raccolta n. 1642);
- di tutti i provvedimenti antecedenti, concomitanti e susseguenti, ancorché ignoti, e con ogni più ampia riserva di proporre ulteriori ricorsi per motivi aggiunti

-del paragrafo 5 del Disciplinare di Gara, in parte qua, ovvero, nella parte in cui dispone che la mancata effettuazione del sopralluogo comporta l'esclusione dalla partecipazione alla procedura di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Regionale Diritto Allo Studio Universitario e di Service 2000 Sas di Tamburini David & C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2021 il consigliere Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Sq Italia S.r.l., premesso di aver partecipato alla gara bandita dalla Azienda per il diritto allo studio per l'affidamento del servizio di lavaggio e asciugatura di biancheria mediante l'installazione in comodato gratuito di lavatrici ed asciugatrici e della fornitura dei relativi gettoni presso le residenze studentesche universitarie, impugna il provvedimento di esclusione dalla stessa. Provvedimento adottato per il fatto che essa avrebbe effettuato il sopralluogo obbligatorio, previsto a pena di esclusione dalla lex specialis, nei luoghi interessati dall'appalto soltanto presso le strutture ubicate nella sede di Firenze e non anche presso le strutture delle sedi di Siena e Pisa, che pure erano espressamente elencate all'articolo 2 del Capitolato speciale.

A sostegno del ricorso Sq Italia adduce, fra l'altro, che la mancata effettuazione del sopralluogo non potrebbe costituire causa di esclusione alla luce della normativa oggi contenuta nel D.Lgs n. 50/2016.

Il motivo è assorbente e fondato.

Ritiene, infatti, il Collegio che la soluzione del caso di specie non possa prescindere dal dato normativo costituito dall'art. 79, comma 2 del codice dei contratti pubblici, che fa sì riferimento

alle ipotesi in cui “le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara”, ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo che gli operatori interessati “possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte”, senza, dunque, derivarne effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento.

La norma (anche letta in congiunzione con la intervenuta abrogazione dell’art. 106, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010), manifesta la chiara opzione del legislatore di rimettere l’effettuazione del sopralluogo, qualora esso sia previsto dalla legge di gara, alla autoresponsabilità della impresa offerente per la quale la possibilità di “prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie” costituisce evidentemente una facoltà o al più un onere dalla cui pretermissione può derivare esclusivamente la preclusione della proposizione ogni eccezione o contestazione in fase esecutiva.

Non è quindi in facoltà della stazione appaltante trasformare la predetta facoltà (che il legislatore si preoccupa solo di agevolare mediante previsione di termini adeguati per il suo esercizio) in un obbligo sanzionato a pena di estromissione dalla gara, ostandovi il principio della tassatività delle cause di esclusione (T.A.R. Catanzaro, sez. I, 10/11/2020, n.1772), la cui applicazione non è rimessa al vaglio discrezionale della p.a. e non può quindi dipendere da una valutazione caso per caso in ordine alla rilevanza del preventivo sopralluogo ai fini della corretta formulazione dell’offerta tecnica (la cui eventuale incompatibilità con la situazione di fatto costituisce causa di esclusione a prescindere dalla previa visione dello stato dei luoghi). Senza contare che l’obbligo di sopralluogo (anche a volerne ipotizzare la astratta ammissibilità) non potrebbe essere tale da comportare oneri sproporzionati a carico delle imprese interessate a partecipare alla gara, come quello di recarsi in una pluralità di sedi dislocate in città diverse (e per nulla limitrofe) per prendere visione in ciascuna di esse di tutte le particolarità che connoterebbero i luoghi in cui la commessa deve essere eseguita.

Per tali assorbenti considerazioni il ricorso deve essere accolto. Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I, 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.