

## **Sopralluogo obbligatorio quale causa di esclusione: i primi contrasti giurisprudenziali**

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 31-7-2024

*Non può essere accolta nemmeno la correlata censura con la quale viene dedotto che, prevedendo l'espletamento del sopralluogo a pena di esclusione, la stazione appaltante abbia introdotto un requisito di partecipazione non attinente né all'offerta economica né a quella tecnica. Nuovamente richiamando il disposto dell'art. 92, co. 1, d. lgs. n. 36/2023, non può negarsi che l'amministrazione abbia ritenuto il predetto sopralluogo "indispensabile ai fini della formulazione dell'offerta", e che tale valutazione, frutto della propria discrezionalità, non risulti illogica ad avviso di questo Collegio.*

*Nessuna disposizione del d. lgs. n. 36/23 prevede il sopralluogo quale adempimento necessario per la formulazione dell'offerta; in questo senso, non può essere utilmente invocato l'art. 92 comma 1 d. lgs. n. 36/23, secondo cui "le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati". Infatti, la disposizione non può essere interpretata nel senso di consentire alla stazione appaltante di prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione dalla gara ma va intesa semplicemente come precetto indirizzato esclusivamente all'amministrazione al fine di vincolarla a parametrare i termini di partecipazione alla gara agli adempimenti propedeutici alla formulazione dell'offerta; ciò è confermato dal titolo dell'articolo 92 che recita "fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte";*

*Se nessuna prescrizione del codice o, comunque, di altra legge riconosce alla stazione appaltante la possibilità di imporre il sopralluogo a pena di esclusione ne deriva che il paragrafo 10 del disciplinare di gara che tale conseguenza prevede è nullo per violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10 commi 1 e 2 d. lgs. n. 36/23.*

*La giurisprudenza di questa Sezione è consolidata nel senso di ritenere 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 essendo esso strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (Consiglio di*

Stato sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575).

*L'esclusione non può essere comminata neppure in caso di sopralluogo ritardato, trattandosi di circostanza che non può riverberarsi sulla partecipazione del concorrente alla procedura di gara.*

Publicato il 12/12/2023

**N. 03738/2023 REG.PROV.COLL.**

**N. 02287/2023 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2287 del 2023, proposto da Centro Assistenza Ecologica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A01861156C, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Genovese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Paganica 13;

***contro***

I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Ribaudò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Mariano Stabile 241;

***per l'annullamento***

e/o declaratoria di nullità, previa concessione di misure cautelari, della nota I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina prot. n. 12919 del 13.11.2023, con la quale la stazione appaltante ha negato all'odierna ricorrente l'effettuazione del sopralluogo previsto dalla *lex specialis* di gara in relazione all'art. 10 del disciplinare di gara della RDO n. 3773938 indetta per l'affidamento del "Servizio full risk per la verifica degli standard di sicurezza e igiene ambientale presso i Presidi Ospedalieri dell'I.R.C.C.S. Bonino Pulejo di Messina, per la durata di 12 mesi", nonché dello stesso art. 10 del disciplinare di gara e degli artt. 5 e 8 del capitolato tecnico, nonché, ancora, ove e per quanto occorrere possa, dell'avviso indagine di mercato prot. n. 9735 del 22.08.2023, nonché, infine, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante sulle richieste formulate in relazione ai "requisiti del personale" di cui all'art. 5 del capitolato tecnico, ad ogni loro atto preparatorio, presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2023 il dott. Francesco Fichera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. Con avviso prot. n. 9735 del 22.08.2023, I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina ha avviato apposita indagine di mercato finalizzata a determinare la base d'asta per l'affidamento del "Servizio full risk per la verifica degli standard di sicurezza e igiene ambientale presso i Presidi Ospedalieri dell'I.R.C.C.S. Bonino Pulejo di Messina, per la durata di 12 mesi".

In data 13.09.2023 Centro di Assistenza Ecologica s.r.l., odierna ricorrente, ha comunicato manifestazione di interesse al predetto avviso, chiedendo espressamente alla stazione appaltante di essere invitata a partecipare alla procedura di gara.

Con R.D.O. n. 3773938 pubblicata sulla Piattaforma MEPA in data 23.10.2023, l'I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina ha avviato la procedura di gara ai sensi dell'art. 50, co. 1, del d.lgs. 36/2023, per l'affidamento del servizio full risk per la verifica degli standard di sicurezza e igiene ambientale presso i Presidi Ospedalieri dell'I.R.C.C.S. Bonino Pulejo di Messina, C.I.G. A01861156C. L'affidamento ha durata di 12 mesi, per un importo pari ad € 193.768,09, oltre I.V.A. e oneri della sicurezza.

Ai fini della partecipazione in gara, l'art. 10 del disciplinare ha previsto che "*per la partecipazione alla RDO, ciascun concorrente è tenuto all'effettuazione di un sopralluogo obbligatorio, entro il giorno 03.11.2023 compreso, escluso il sabato e i giorni festivi*", da eseguirsi "*presso i seguenti presidi: P.O. Piemonte; P.O. Casazza*", con l'espressa precisazione per cui "*la data del sopralluogo dovrà essere preventivamente concordata con il*

personale dell'ufficio tecnico", "confermata tramite pec:ufficiotecnico@pec.irccsneurolesiboninopulejo.it", prevedendosi "al termine del sopralluogo" il necessario rilascio di "un attestato di sopralluogo che dovrà essere allegato alla domanda di partecipazione a pena di esclusione".

A sua volta, l'art. 8 del capitolato tecnico ha precisato che "preliminarmente all'invio dell'istanza di partecipazione gli Operatori economici dovranno effettuare un sopralluogo obbligatorio, pena esclusione, presso le strutture oggetto del servizio e secondo le modalità indicate nel Disciplinare di Gara".

L'art. 5 del capitolato tecnico ha inoltre previsto, con specifico riferimento ai "requisiti del personale", che "la dotazione minima organica e requisiti tecnici (quantitativi e qualitativi), richiesti per il personale che dovrà espletare il Servizio oggetto del presente Capitolato Tecnico, deve essere la seguente: n. 1 ingegnere ambientale per le specifiche attività previste e anche con funzione di coordinamento delle attività tecniche (con iscrizione all'Albo Professionale e comprovata esperienza nel settore oggetto dell'appalto), inquadramento A3(...)".

Interessata a partecipare alla gara, l'odierna ricorrente Centro Assistenza Ecologica S.r.l. (d'ora in avanti, C.A.E. s.r.l.) ha formulato alcune richieste di chiarimenti alla stazione appaltante, con particolare riferimento all'applicazione dell'art. 5 del capitolato tecnico e alle previsioni ivi riferite circa la composizione della c.d. "dotazione minima organica" relativa al personale da impiegare nell'esecuzione dell'appalto e da indicare già in sede di partecipazione ( le richieste sono stata inviate in data 7.11.2023, termine finale per poter presentare richieste di chiarimenti).

Più esattamente, con una prima richiesta C.A.E. s.r.l. ha chiesto «se il requisito di iscrizione della singola unità di dotazione minima organica nell'albo professionale "ingegnere ambientale" possa ritenersi soddisfatto dall'iscrizione in altro albo professionale analogo con particolare riferimento all'impiego di 1 unità di "ingegnere biomedico"».

Inoltre, con una seconda richiesta di chiarimenti la stessa ricorrente ha chiesto di poter conoscere, "rispetto alle previsioni recate dall'art. 5 requisiti del personale del capitolato tecnico, quali siano gli inquadramenti simili a quello previsto dal bando e relativo all'inquadramento del personale all'interno del CCNL per studi professionali o similari".

Nella successiva data dell'11.11.2023, l'odierna ricorrente ha trasmesso alla stazione appaltante una comunicazione a mezzo posta certificata con la quale ha richiesto di ricevere l'indicazione di "una data per lo svolgimento del sopralluogo", sin lì non ancora effettuato in quanto "il dipendente che avrebbe dovuto svolgere tale attività è stato sinora impossibilitato per motivi di salute".

Con nota prot. n. 12919 del 13.11.2023, la stazione appaltante ha negato alla ricorrente la possibilità di effettuare il sopralluogo in quanto la richiesta era "ampiamente tardiva rispetto ai termini di scadenza del sopralluogo, e ancora di più rispetto alla data di indizione della procedura di gara".

Per effetto di tale diniego l'odierna ricorrente, pertanto, non ha effettuato il sopralluogo e non ha presentato domanda di partecipazione, considerata la previsione dell'art. 10 del disciplinare secondo cui *“al termine del sopralluogo verrà rilasciato un attestato di sopralluogo che dovrà essere allegato alla domanda di partecipazione a pena di esclusione”*.

A seguito della predetta comunicazione sono stati pubblicati i chiarimenti alle richieste formulate dalla ricorrente, con i quali la stazione appaltante ha specificato sulla piattaforma telematica che *«la figura dell'ingegnere ambientale, inteso come ingegnere “civile e ambientale”, dovrà occuparsi delle specifiche attività previste nel capitolato e riferite al microclima (misure di temperature, umidità, velocità dell'aria, benessere, comfort ambientale interno), attività queste che non rientrano nella categoria di “Ingegnere Biomedico”. L'ingegnere richiesto dal capitolato deve essere iscritto alla sezione A, “Ingegnere civile e ambientale»*.

2. Con ricorso ritualmente notificato in data 22.11.2023 e depositato il 27.11.2023, C.A.E. s.r.l. ha chiesto l'annullamento e/o la dichiarazione di nullità, previa concessione delle misure cautelari, dei seguenti atti: 1) nota I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina prot. n. 12919 del 13.11.2023; 2) art. 10 del disciplinare di gara e artt. 5 e 8 del capitolato tecnico; 3) avviso indagine di mercato prot. n. 9735 del 22.08.2023; 4) chiarimenti resi dalla stazione appaltante sulle richieste formulate in relazione ai “requisiti del personale” di cui all'art. 5 del capitolato tecnico; 5) ogni loro atto preparatorio, presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

3. I suddetti atti sono stati impugnati per i seguenti motivi: 1) *Violazione e falsa applicazione del principio di accesso al mercato; violazione e falsa applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; violazione e falsa applicazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di soccorso procedimentale; violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4, e 10 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell'allegato II.1 al d.lgs. n. 36/2023; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; irragionevolezza;* 2) *Violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4 e 10 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell'allegato II.1 al d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; irragionevolezza; eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti.*

3.1. Con il primo motivo, la società ricorrente deduce che il termine previsto dall'art. 10 del disciplinare di gara per effettuare il sopralluogo, vincolando al suo rispetto la possibilità di presentare domanda di partecipazione, sia troppo esiguo, in quanto pari a solo otto giorni utili dalla pubblicazione dei documenti di gara, e quindi lesivo del *favor participationis* oltre che introduttivo di un requisito di partecipazione non previsto dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), non attenendo né all'offerta tecnica né a quella economica. La ricorrente rileva anche la presunta violazione dei principi in materia di soccorso procedimentale, tenuto conto che la stazione appaltante avrebbe potuto consentire comunque il sopralluogo dopo la richiesta di giorno 11.11.2023, quando non era ancora scaduto il termine di presentazione delle offerte fissata per il 16.11.2023. Viene inoltre evidenziato che la necessità del sopralluogo non fosse stata prevista nell'indagine di mercato pubblicata il 22.08.2023,

sebbene l'allegato II.1. del d.lgs. 36/2023 stabilisca che l'avviso relativo all'indagine di mercato debba individuare *“i requisiti minimi di capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione”*, nonché *“i criteri di selezione degli operatori economici”*.

3.2. Con la seconda doglianza, viene dedotta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui prescrivono, con riferimento ai “requisiti del personale” (art. 5 capitolato), la necessità che sia impiegato un ingegnere ambientale e precludano, conseguentemente, la possibilità che ad occuparsi del servizio sia un “ingegnere biomedico e clinico”, il quale avrebbe una qualificazione maggiore del primo con riguardo alle attività da espletarsi nel servizio oggetto di affidamento. Da ciò l'irragionevolezza e l'illogicità del requisito preteso dall'amministrazione, che avrebbe ulteriormente leso l'interesse alla partecipazione della ricorrente.

4. L'I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo si è costituito in giudizio in data 29.11.2023, chiedendo il rigetto del ricorso e della correlata istanza cautelare, con riserva di ulteriori deduzioni ed eccezioni.

5. Con successiva memoria del 4.12.2023, la ricorrente ha insistito per l'accoglimento del proprio ricorso.

6. Con memoria del 5.12.2023, l'amministrazione resistente ha controdedotto rispetto alle censure presentate dalla parte ricorrente.

7. Nella camera di consiglio del 6.12.2023, parte ricorrente ha eccepito la tardività della memoria difensiva dell'ente che resiste in giudizio.

8. Preliminarmente, si rileva che l'eccezione di tardività presentata dall'odierna ricorrente deve essere accolta, con conseguente inutilizzabilità, ai fini del presente giudizio, della memoria difensiva depositata dall'amministrazione resistente. Deve invero rammentarsi che ai sensi dell'art. 55, co. 5, ultima parte, c.p.a., nel giudizio cautelare *“le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio”*. Tale termine processuale ordinario è sottoposto a dimezzamento, in coerenza con quanto disposto dall'art. 119, co. 2, c.p.a. in materia di rito abbreviato, a cui è sottoposto il procedimento *de quo*. La memoria difensiva dell'amministrazione resistente è stata depositata il 5.12.2023, quindi oltre il termine dimezzato di cui ai predetti art. 55, co. 5 e 119, co. 2, c.p.a., e, pertanto, non può essere utilizzata ai fini della decisione del ricorso in epigrafe.

9. Il Collegio ritiene di definire la causa con sentenza in forma semplificata, come preannunciato dal Presidente ai difensori delle parti presenti alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, come da verbale. A tal proposito si precisa che non si ritiene di poter avallare l'opposizione formulata dalla parte resistente all'immediata definizione del giudizio, tenuto conto, da un lato, della presenza dei requisiti previsti dall'art. 60 c.p.a. e, dall'altro, dei principi di celerità nella definizione dei ricorsi giurisdizionali, con particolare riguardo alle procedure di affidamento di cui all'art. 119, co. 1, lett. a), c.p.a., e della ragionevole durata del processo.

10. Il ricorso è infondato, per quanto di seguito specificato.

10.1. Con riguardo al primo motivo di ricorso, si osserva quanto segue.

*Ai sensi dell'art. 92, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023, "Le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati".*

Il successivo comma 2, lett. a) stabilisce che tali termini sono prorogati in misura adeguata e proporzionale *"se un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della preparazione dell'offerta e, per qualsiasi motivo, le abbia ricevute meno di sei giorni prima del termine stabilito per la presentazione delle offerte..."*.

Tenuto conto di quanto previsto dalle suddette disposizioni, deve ritenersi che - nell'esercizio della propria discrezionalità - l'amministrazione appaltante abbia considerato *"indispensabile alla formulazione dell'offerta"* fissare un termine per il sopralluogo, il quale è stato indicato nel disciplinare di gara quale adempimento obbligatorio da compiersi entro il 3.11.2023, con la precisazione che la data dovesse essere previamente concordata con il personale dell'ufficio tecnico (v. art. 10 disciplinare di gara). Valorizzando l'indispensabilità della *"visita dei luoghi"* ai fini dell'offerta, in applicazione di quanto previsto dal predetto art. 92, co. 1, la stazione appaltante ha così individuato un tempo ritenuto *"necessario"* per consentirne l'espletamento.

Il Collegio ritiene che il termine del 3.11.2023 stabilito per consentire l'effettuazione del sopralluogo, alla luce della data di pubblicazione del bando di gara, avvenuta in data 23.10.2023, sia da ritenersi congruo, e sottintenda una valutazione di opportunità, legata alla tempistica dell'intera procedura di affidamento, che questo Tribunale potrebbe sindacare solo ove manifestamente illogica o irragionevole.

Non coglie nel segno, sotto tale profilo, quanto dedotto da parte ricorrente, la quale asserisce che il *"disciplinare è atto autonomo pubblicato d'ufficio dalla stazione appaltante e la sua immediata conoscenza ben può sfuggire, nell'immediatezza della sua diffusione, ai potenziali concorrenti"*. Deve rammentarsi, infatti, che se da un lato grava sulla stazione appaltante l'obbligo di indicare in modo chiaro e percepibile i requisiti previsti ai fini della partecipazione a una gara, dall'altro il soggetto che decide di prendervi parte opera quale soggetto professionalmente qualificato e attua la diligenza che da lui è normativamente esigibile. Ne discende che, mentre la stazione appaltante ha l'onere di chiarire nella disciplina di gara l'effettiva portata e natura dei requisiti richiesti, spetta all'operatore economico, in ossequio al principio di autoresponsabilità, quale precipitato degli obblighi di buona fede e correttezza, assumere una condotta confacente alla diligenza che viene richiesta a chi riveste una determinata qualifica professionale.

Fuori fuoco risulta anche l'assunto secondo cui l'amministrazione avrebbe assunto una

condotta illegittima nel momento in cui ha negato alla ricorrente, con riscontro del 13.11.2023, la possibilità di provvedere comunque all'assolvimento dell'obbligo di sopralluogo, rilevandone la tardività rispetto ai termini di scadenza previsti dalla *lex specialis*.

Viene rilevato da chi ricorre in giudizio che la stazione appaltante abbia posto in essere una *"abnorme compressione del principio di apertura concorrenziale"* e non abbia adottato *"misure adeguate e proporzionali"*, alla luce del fatto che i termini per presentare l'offerta non fossero ancora scaduti. Tuttavia, nella nota di riscontro del 13.11.2023 - che fa seguito alla comunicazione del 11.11.2023 con la quale la ricorrente richiedeva di ricevere l'indicazione di *"una data per lo svolgimento del sopralluogo"*, sin lì non ancora effettuato in quanto *"il dipendente che avrebbe dovuto svolgere tale attività è stato sinora impossibilitato per motivi di salute"* - si legge: *"la richiesta avanzata, ampiamente tardiva rispetto ai termini di scadenza del sopralluogo, e ancora di più rispetto alla data di indizione della procedura di gara, non può essere accolta. Appare pertanto indiscusso che il Centro Assistenza Ecologia Srl, dalla data di indizione dello scorso 23/10/2023, abbia avuto a disposizione ampi margini per richiedere di effettuare il sopralluogo obbligatorio, anche al fine di consentire alla Stazione Appaltante di valutare eventuali differimenti dei termini"*.

Contravvenendo ai sopraesposti canoni di buona fede e diligenza che informano il principio di autoresponsabilità dell'operatore economico che partecipa a una gara, è di tutta evidenza che la ricorrente abbia rappresentato le sue esigenze all'amministrazione resistente solo in data 11.11.2023, ben otto giorni dopo il termine perentorio previsto nel disciplinare di gara per l'espletamento del sopralluogo nonché quattro giorni dopo la scadenza per presentare richieste di chiarimenti. Così operando, la ricorrente non ha consentito alla stazione appaltante di *"valutare eventuali differimenti dei termini"*, i quali, tenendo conto della *ratio* del suesposto art. 92, co. 2, lett. a), del d.lgs. n. 36/2023, avrebbero dovuto avere a presupposto di la richiesta di *"informazioni supplementari significative"* comunicate all'ente *"in tempo utile"*. Sebbene, infatti, la società che ricorre in giudizio abbia formulato una richiesta di chiarimenti funzionale alla presentazione della propria offerta, in quanto attinente ai requisiti del personale, non può trascurarsi che la stessa sia stata presentata solo in data 7.11.2023, ossia ampiamente dopo il termine entro il quale avrebbe dovuto essere svolto il sopralluogo (fissato per il 3.11.2023), incorrendo, pertanto, nella violazione di un termine previsto dalla *lex specialis* funzionale alla presentazione dell'offerta stessa e tale, quindi, da non rendere possibile alcun differimento. La parte ricorrente non ha quindi inoltrato la suddetta richiesta di chiarimenti *"in tempo utile"*, come richiesto dal menzionato art. 92, co. 2, lett. a), privando al contempo l'amministrazione della possibilità di disporre eventuali differimenti.

Non può essere accolta nemmeno la correlata censura con la quale viene dedotto che, prevedendo l'espletamento del sopralluogo a pena di esclusione, la stazione appaltante abbia introdotto un requisito di partecipazione non attinente né all'offerta economica né a quella tecnica. Nuovamente richiamando il disposto dell'art. 92, co. 1, d. lgs. n. 36/2023, non può negarsi che l'amministrazione abbia ritenuto il predetto sopralluogo *"indispensabile ai fini della formulazione dell'offerta"*, e che tale valutazione, frutto della propria discrezionalità, non risulti illogica ad avviso di questo Collegio.

Dalla natura del servizio oggetto di affidamento – relativo alla verifica degli standard di



sicurezza e igiene ambientale presso i presidi ospedalieri dell'ente resistente denominati "Piemonte" e "Casazza" – può infatti trarsi il convincimento che il sopralluogo nei suddetti presidi fosse ragionevolmente funzionale alla formulazione dell'offerta. Nell'art. 3 del capitolato tecnico si legge, nello specifico, che il servizio abbia ad oggetto le seguenti attività: i) determinazione del numero e delle dimensioni delle particelle presenti nell'aria; ii) controllo microbiologico dell'aria e delle superfici; iii) verifica dei ricambi d'aria e pressione differenziale; iv) microclima; v) rumore; vi) recovery time; vii) illuminamento. Vengono altresì indicate le principali attività da svolgere durante il servizio, nonché la frequenza e la destinazione dei luoghi. Ai sensi del successivo art. 4 viene disposta, ai fini della partecipazione alla gara, la produzione di una relazione tecnica illustrativa, a pena di esclusione, con la quale *"l'Appaltatore dovrà descrivere in maniera esaustiva come intende condurre il servizio, in termini di personale, strumentazione, tempi di esecuzione, ecc.. Alla relazione tecnica illustrativa dovrà essere allegato un cronoprogramma dell'esecuzione del servizio, suscettibile di variazioni in relazione alle esigenze dell'IRCCS Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina"*. Ebbene, da tali disposizioni emerge la non illogicità della valutazione secondo cui, senza il necessario svolgimento del richiesto sopralluogo nei due summenzionati presidi ospedalieri, non sarebbe stato verosimilmente possibile, per l'offerente, trarre le dovute informazioni indispensabili ad assicurare la predisposizione dell'offerta tecnica ed economica, nonché della correlata relazione sulle modalità di erogazione del servizio.

Deve rammentarsi, in tal senso, che il nuovo d.lgs. n. 36/2023, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica). Ai sensi dell'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, tra l'altro, *"le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto"*. Non può dubitarsi, ad avviso di questo organo giudicante, che la richiesta di svolgere il predetto sopralluogo, vincolando all'espletamento dello stesso la successiva formulazione dell'offerta, abbia costituito un requisito "attinente" e "proporzionato" all'oggetto del contratto, rappresentando l'esito di una valutazione di discrezionalità tecnica operata secondo logica e ragionevolezza dalla stazione appaltante.

La valorizzazione dei principi che informano il nuovo Codice dei contratti pubblici conduce a respingere anche l'ulteriore doglianza con la quale la ricorrente lamenta il fatto che la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare, a fronte del mancato rispetto dei termini, il soccorso istruttorio.

Rilevato, infatti, che il termine fissato nel disciplinare di gara per l'espletamento dello stesso non fosse manifestamente illogico o irragionevole, non può ritenersi che l'amministrazione dovesse "disapplicare" una disposizione della *lex specialis* per consentire la rimessione in termini, ai fini della partecipazione in gara, della società che ricorre in giudizio. Non può negarsi, infatti, che a fronte della condotta negligente della ricorrente, il soccorso procedimentale avrebbe leso il principio della parità delle parti, concretizzando evidentemente un pregiudizio per gli altri partecipanti alla procedura di affidamento.

Deve poi richiamarsi, in tale contesto, il particolare ruolo che il nuovo Codice dei contratti pubblici attribuisce ai due principi che guidano l'interprete nella lettura e nell'applicazione del nuovo impianto normativo di settore, ossia il principio del risultato e il correlato principio della fiducia.

Il primo, previsto dall'art. 1 del predetto d.lgs. 36/2023, costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale" ed è legato da un nesso inscindibile con la "concorrenza", la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più "virtuoso", viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.

Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa infatti che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

Molti istituti del Codice dei contratti pubblici, anche di derivazione europea, e tra i quali rientra proprio il soccorso istruttorio, presuppongono, d'altronde, la fiducia dell'ordinamento giuridico anche verso i soggetti privati che si relazionano con la pubblica amministrazione.

Non può tacersi, pertanto, che la condotta della ricorrente non fosse in linea con la fiducia riposta nella stessa dalla stazione appaltante e non potesse indurre, quindi, l'amministrazione che resiste in giudizio ad attuare la procedura di soccorso istruttorio a fronte della negligenza in cui essa era incorsa.

Deve inoltre rilevarsi che, come rilevato dallo stesso Consiglio di Stato (v. Consiglio di Stato sez. V, 19/01/2021, n. 575), la giurisprudenza amministrativa ha attribuito all'obbligo di sopralluogo un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto essendo esso strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da

formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (cfr. Cons. Stato, III, 12 ottobre 2020, n. 6033; VI, 23 giugno 2016, n. 2800; IV, 19 ottobre 2015, n. 4778). La giurisprudenza ha altresì dubitato che possano derivare effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento dello stesso, ma solo ogni qualvolta, per le peculiarità del contratto da affidare, la sua inosservanza in alcun modo non impedisca il perseguimento dei risultati verso cui è diretta l'azione amministrativa, né il suo adempimento può dirsi funzionale a garantire il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara (cfr. Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3581). Appare chiaro che nella procedura di affidamento oggetto del presente scrutinio l'indispensabilità del sopralluogo, elevato ragionevolmente - come sopra evidenziato - ad adempimento necessario ai fini della presentazione dell'offerta, non potesse condurre l'amministrazione a una condotta differente da quella tenuta.

In ultimo, deve escludersi che l'amministrazione avesse l'onere di indicare tale adempimento già in sede di avviso relativo all'indagine di mercato pubblicata in data 22.08.2023. Secondo quanto previsto dall'art. 2 dell'Allegato II.1 del d.lgs. n. 36/2023, l'avviso di avvio dell'indagine di mercato deve indicare *“il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante”*. Si esclude, pertanto, che l'obbligo del sopralluogo possa farsi rientrare tra gli elementi previsti dalla predetta disposizione. La stessa giurisprudenza esclude che sussista tale obbligo, affermandone la sola facoltà. La stazione appaltante, infatti, *“può 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; tale 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”* (ex multis, T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 20/09/2019, n.551), ma non è obbligata a farlo.

10.2. Dal rilievo dell'infondatezza del primo motivo di ricorso discende, in attuazione dei principi statuiti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2015, l'assorbimento della seconda censura dedotta dalla ricorrente.

Il Collegio ne rileva in ogni caso la sua infondatezza nel merito, dovendosi ritenere che il requisito previsto dalla *lex specialis* in ordine alla categoria professionale richiesta per lo svolgimento del servizio oggetto di affidamento non sia *“manifestamente irragionevole e illogico”*, come prospettato da parte ricorrente.

Nella nota di riscontro alla richiesta di chiarimento relativa alle qualifiche del personale, indirizzata alla società ricorrente in data 13.11.2023, si legge che le figure professionali richieste fossero state rese pubbliche già con nota prot. 9735 del 22.08.2023, con il quale l'amministrazione aveva avviato l'indagine di mercato relativa al servizio poi oggetto della procedura di gara, precisandosi, già in quella circostanza, la necessaria presenza di un ingegnere ambientale (catg. A3). La ricorrente, ove interessata a partecipare alla futura gara, avrebbe potuto dotarsi per tempo di tale figura professionale, in vista della successiva

pubblicazione del bando di gara, palesando così scarsa diligenza e non tenendo adeguatamente conto dei requisiti futuri già previsti dall'avviso. Nel contesto di tale chiarimento del 13.11.2023, l'amministrazione chiarisce, inoltre, che la *"figura dell'ingegnere ambientale, inteso come ingegnere civile e ambientale, dovrà occuparsi delle specifiche attività previste nel capitolato e riferite al microclima (misure di temperature, umidità, velocità dell'aria, benessere comfort ambientale interno), attività queste che non rientrano nella categoria di "ingegnere Biomedico"*.

Inconferente risulta, inoltre, il richiamo a quanto previsto dall'art. 10 della L. 11.01.2018 n. 3, che definisce la figura di ingegnere biomedico e clinico individuandone le attività tipiche. Tra di esse, invero, non figurano quelle "riferite al microclima". Rientrando nella discrezionalità dell'amministrazione individuare le qualifiche professionali ritenute più adeguate per lo svolgimento del servizio, in un'ottica, anche qui, protesa al miglior risultato possibile per il soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito dall'affidamento, deve escludersi che la mera potenziale "compatibilità" delle prerogative dell'ingegnere biomedico con quelle dell'ingegnere civile e ambientale sia sufficiente per ritenere che, come asserito dalla parte ricorrente, si sia concretizzata anche da questo punto di vista una violazione del *favor participationis*.

11. Per tutto quanto sopra esposto, il ricorso è da ritenersi infondato e deve essere respinto.

12. Tenuto conto delle peculiarità della presente vicenda processuale e, in particolare, dell'inutilizzabilità, ai fini della decisione, delle controdeduzioni presentate dalla parte resistente con memoria tardivamente depositata, il Collegio ritiene sussistano eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Daniele Profili, Referendario

Francesco Fichera, Referendario, Estensore

Publicato il 03/01/2024

**N. 00140/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 16349/2023 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda Bis)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 16349 del 2023, proposto da IMPERIAL S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati Paola Chirulli, Stefano Vinti e Samuel Bardelloni che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

***contro***

COMUNE DI FONTE NUOVA, in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. Ciro Alessio Mauro che lo rappresenta e difende nel presente giudizio

***per l'annullamento***

dei seguenti atti:

- provvedimento del 15/11/23, con cui il Comune di Fonte Nuova ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento dell'appalto integrato riguardante la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori di costruzione della nuova Caserma dell'Arma dei Carabinieri CIG: A0083F01A9 – CUP: D35G23000000004;

- nota del 20/11/23, con cui il Comune ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela della predetta esclusione dalla gara;

- verbali di gara, nella parte in cui dispongono l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, senza ammetterla al soccorso istruttorio;
- bando-disciplinare di gara, con particolare riferimento al paragrafo 10, qualora interpretato nel senso di richiedere la presentazione dell'attestazione di avvenuto sopralluogo a pena di esclusione dalla procedura;
- per quanto d'interesse, bando-disciplinare di gara *in parte qua*, laddove interpretato nel senso di impedire il soccorso istruttorio in favore della ricorrente, sia con riferimento al sopralluogo che alla possibilità di integrare la propria documentazione amministrativa con le dichiarazioni prescritte in capo al progettista meramente indicato in gara e non associato in ATI;
- risposte della stazione appaltante ai quesiti posti dagli operatori economici nella parte in cui siano interpretati nel senso di consentire l'esclusione della gara della ricorrente, per le motivazioni illustrate negli atti impugnati, senza possibilità di soccorso istruttorio;
- eventuale provvedimento di aggiudicazione/proposta di aggiudicazione *medio tempore* adottato;
- atti connessi, tra cui le comunicazioni di apertura delle offerte tecniche,

per l'accertamento e la declaratoria della nullità del paragrafo 10 del disciplinare di gara ove interpretato nel senso predetto,

con richiesta, in subordine, ove l'interesse primario all'aggiudicazione e all'esecuzione dell'appalto non dovesse trovare soddisfazione, di condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Fonte Nuova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2023 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Espletate le formalità previste dall'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto di potere definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Considerato, in fatto, che la ricorrente impugna gli atti in epigrafe indicati, relativi alla procedura per l'affidamento dell'appalto integrato riguardante la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori di costruzione della nuova Caserma dell'Arma dei Carabinieri (CIG: A0083F01A9 – CUP: D35G23000000004), e, in particolare, il provvedimento del 15/11/23 con cui il Comune di Fonte Nuova ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara per mancato espletamento del sopralluogo con le modalità previste dal paragrafo 10 del disciplinare di gara e per l'omessa indicazione dell'operatore economico cui affidare il servizio di progettazione esecutiva, come richiesto dal paragrafo 5.3.2 del disciplinare;

Considerato, in diritto, che il ricorso è fondato e merita accoglimento;

Considerato, in particolare, che:

- come già evidenziato, il gravato provvedimento di esclusione si fonda su un duplice ordine di motivazioni, l'una relativa al mancato espletamento del sopralluogo, e l'altra concernente l'omessa indicazione dell'operatore economico a cui affidare il servizio di progettazione esecutiva (la gara ha ad oggetto un appalto integrato);

- con la prima censura parte ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 23 Cost., 1, 2, 5, 10 co. 2, 92 co. 1 e 101 d. lgs. n. 36/23, 1 l. n. 241/90 e del paragrafo 10 del disciplinare di gara, violazione dei principi generali in materia di massima partecipazione e di divieto di aggravio del procedimento, proporzionalità, correttezza e buona amministrazione ed eccesso di potere sotto vari profili evidenziando l'illegittimità dell'esclusione per mancato espletamento del sopralluogo che, in realtà, sarebbe stato, in concreto, effettuato anche se non attestato dal modello 4 relativo alla presa visione dei luoghi con ivi apposto il timbro del Comune di Fonte Nuova. Inoltre, la clausola che prescrive l'esclusione per mancato espletamento del sopralluogo sarebbe nulla perché violativa del principio di tassatività, dei principi di massima partecipazione e di divieto di aggravamento del procedimento e dell'art. 92 d. lgs. n. 36/23 il quale si limiterebbe a prevedere la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo tale che gli operatori interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte, senza, dunque, che ne derivino effetti espulsivi automatici in caso di mancato adempimento. In ogni caso, la clausola del bando dovrebbe essere interpretata restrittivamente nel senso di consentire il soccorso istruttorio in casi, come quello in esame, in cui il sopralluogo sarebbe stato realmente effettuato anche se non con la modalità "assistita" prescritta dalla stazione appaltante e, comunque, nell'ipotesi in esame il sopralluogo non sarebbe essenziale ai fini della formulazione dell'offerta anche perché i relativi elementi di fatto sarebbero presenti nel progetto definitivo posto dalla stazione appaltante a base di gara;

- il motivo è fondato secondo quanto in prosieguo specificato;

- la procedura oggetto di causa è stata indetta con determina a contrarre n. 1090 del 01/09/23, con successiva pubblicazione del relativo bando, e, pertanto, è assoggettata alla disciplina del d. lgs. n. 36/23 così come previsto dall'art. 229 del testo normativo in questione;

- nessuna disposizione del d. lgs. n. 36/23 prevede il sopralluogo quale adempimento

necessario per la formulazione dell'offerta;

- in questo senso, non può essere utilmente invocato l'art. 92 comma 1 d. lgs. n. 36/23, secondo cui *“le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati”*;

- infatti, la disposizione non può essere interpretata nel senso di consentire alla stazione appaltante di prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione dalla gara ma va intesa semplicemente come precetto indirizzato esclusivamente all'amministrazione al fine di vincolarla a parametrare i termini di partecipazione alla gara agli adempimenti propedeutici alla formulazione dell'offerta;

- ciò è confermato dal titolo dell'articolo 92 che recita *“fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte”*;

- tale opzione ermeneutica è coerente con il principio dell'accesso al mercato previsto dall'art. 3 d. lgs. n. 36/23 secondo cui *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”*, il quale, ai sensi dell'art. 4 del medesimo testo normativo, costituisce criterio primario per l'applicazione e l'interpretazione delle altre disposizioni del vigente codice degli appalti;

- del resto, l'art. 92 comma 1 d. lgs. n. 36/23 presenta una disciplina simile a quella del previgente art. 79 d. lgs. n. 50/16 il quale, secondo il giudice di appello, non era idoneo a costituire il supporto normativo legittimante l'esclusione per mancato espletamento del sopralluogo e ciò *“per la formulazione dell'art. 79, comma 2, 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”* (Cons. Stato n. 575/21; nello stesso senso Cons. Stato n. 3581/19 ivi richiamata);

- se nessuna prescrizione del codice o, comunque, di altra legge riconosce alla stazione appaltante la possibilità di imporre il sopralluogo a pena di esclusione ne deriva che il paragrafo 10 del disciplinare di gara che tale conseguenza prevede è nullo per violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10 commi 1 e 2 d. lgs. n. 36/23 secondo cui:

*“1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.*



2. *Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*”;

- va, in proposito, rilevato che, nel nuovo codice, il principio di tassatività ha una valenza ed un ambito applicativo più stringenti rispetto alla disciplina del previgente art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16 il quale stabiliva che *“le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite...I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*;

- ciò è desumibile dalla collocazione del principio di tassatività tra i principi generali del nuovo codice (a differenza della disciplina previgente in cui la tassatività era trattata nell’ambito della disciplina concernente i requisiti di ordine speciale) e dalla strumentalità della tassatività rispetto al fondamentale principio dell’accesso al mercato, di cui all’art. 3 d. lgs. n. 36/23;

- ne deriva che, nel nuovo codice, le deroghe al principio di tassatività devono essere interpretate restrittivamente e con maggior rigore rispetto alla disciplina previgente;

- nello stesso senso, va riguardato il tenore letterale dell’art. 10 d. lgs. n. 36/23 che, nel ribadire espressamente la valenza necessariamente eterointegrativa delle cause di esclusione previste dagli artt. 94 e 95, attribuisce ad esse i requisiti di tassatività ed esclusività tanto che *“le clausole che prevedono cause ulteriori [rispetto, appunto, a quelle degli artt. 94 e 95] di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”*. In tal modo, il d. lgs. n. 36/23 prevede una disciplina più rigorosa rispetto a quella del previgente art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16 il quale escludeva, dalla nullità per violazione del principio di tassatività, anche le prescrizioni previste *“da altre disposizioni di legge vigenti”*, inciso che non è rinvenibile nel nuovo codice;

- per queste ragioni non può, nel vigente quadro normativo, essere condiviso l’orientamento giurisprudenziale (per il quale, da ultimo, TAR Lazio – Latina n. 414/23), formatosi in relazione all’abrogato art. 83 d. lgs. n. 50/16, secondo cui l’obbligo di sopralluogo riveste un ruolo sostanziale e non meramente formale, consentendo ai concorrenti di formulare un’offerta consapevole e più aderente alle necessità dell’appalto;

- quanto fin qui evidenziato induce il Collegio a ritenere che, nella vigenza del d. lgs. n. 36/23, il sopralluogo non possa essere previsto dalla stazione appaltante come adempimento a pena di esclusione dalla gara;

- ne consegue l’illegittimità, per violazione del principio di tassatività, del profilo motivazionale del gravato provvedimento del 15/11/23 laddove prevede, quale causa di esclusione della ricorrente dalla gara, il mancato espletamento del sopralluogo nelle forme prescritte dalla *lex specialis* e ciò a prescindere dalla circostanza, pure prospettata nella censura e meritevole di

adeguata considerazione, circa l'effettività dell'avvenuto espletamento del sopralluogo anche se con modalità diverse da quelle "assistite" prescritte dalla stazione appaltante;

- con la seconda censura, la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 5, 10 co. 2 e 101 d. lgs. n. 36/23 e del paragrafo 13 del disciplinare di gara e la violazione dei principi generali in materia di massima partecipazione e *par condicio*, proporzionalità, correttezza e buona amministrazione nonché eccesso di potere sotto vari profili in quanto, *"diversamente da quanto osservato nel provvedimento impugnato, nella propria offerta l'odierna esponente non ha mancato di indicare nominativamente lo studio di progettazione designato per l'esecuzione delle prestazioni di progettazione richieste dalla S.A., mettendo quindi la commissione di gara nella condizione di conoscere fin dal momento di presentazione dell'offerta il progettista indicato. Sicché, tenuto conto che per espressa previsione del disciplinare di gara, il progettista indicato non era da considerarsi quale concorrente associato in ATI (cfr. ult. cpv. del par. 5.2.2, a pag. 13...), nel caso di specie avrebbe dovuto trovare applicazione l'istituto del soccorso istruttorio necessario per sanare la radicale mancanza delle citate dichiarazioni sul possesso dei requisiti di qualificazione"* (pagg. 15 e 16 dell'atto introduttivo). In particolare, il ricorso al soccorso istruttorio sarebbe giustificato dall'inesistenza dei limiti, in contrario, previsti dall'art. 101 d. lgs. n. 36/23 e dall'impossibilità di considerare, come concorrente, il soggetto "indicato" per l'attività di progettazione;

- il motivo è fondato secondo quanto in prosieguo specificato;

- secondo l'art. 44 comma 3 d. lgs. n. 36/23, nelle ipotesi di appalto integrato *"gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione"*;

- la disposizione si pone in linea con i precedenti testi normativi che hanno disciplinato l'appalto integrato;

- in particolare:

a) l'art. 59 bis d. lgs. n. 50/16 stabiliva che *"le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori. I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestare per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1"*;

b) l'art. 53 comma 3 d. lgs. n. 163/06 prevedeva che *"quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione"*;

c) nello stesso senso l'art. 92 comma 6 d.p.r. n. 207/10 prescriveva che *“i requisiti per i progettisti previsti dal bando ai sensi dell'articolo 53, comma 3, del codice devono essere posseduti dalle imprese attestata per prestazioni di sola esecuzione, attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis, g) e h), del codice, e sono costituiti in rapporto all'ammontare delle spese di progettazione”*;

- ne deriva che la giurisprudenza formatasi in riferimento al testo delle disposizioni abrogate può essere utilmente richiamata anche in relazione al disposto del vigente art. 44 comma 3 d. lgs. n. 50/16;

- ciò posto, il Collegio rileva che, secondo l'Adunanza Plenaria, *“il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53, comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea”* (A.P. n. 13/2020);

- l'Adunanza Plenaria ha enunciato il principio in esame per trarne la conseguenza per cui il progettista *“indicato” “non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto “a cascata” era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal decreto legislativo n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta”* (così sempre A.P. n. 13/2020).

- la conclusione raggiunta dal Supremo Consesso, in punto di qualificazione del progettista *“indicato”* come professionista esterno che non assume la veste di concorrente, ha, poi, costituito il presupposto da cui ha mosso la giurisprudenza per ammettere la sostituzione del progettista stesso nell'ipotesi di carenza dei requisiti in capo a quest'ultimo, in tutti i casi (in questo senso, tra le altre, CGA n. 276/21, TAR Calabria – Catanzaro n. 1004/23, TAR Lombardia – Milano n. 252/21) o, secondo altro più restrittivo orientamento, nelle sole ipotesi in cui ciò non comporti una modifica sostanziale dell'offerta (Cons. Stato n. 9923/22, TAR Lombardia – Milano n. 703/23);

- nella fattispecie l'art. 5.3.2. del bando-disciplinare di gara prevede che *“gli operatori economici che non siano in possesso della qualificazione per la progettazione sono tenuti, pena l'esclusione dalla gara, ad indicare o associare, per la redazione del progetto esecutivo, uno o più operatori economici di cui all'art. 66, comma 1 - lettere a), b), c), d) e) f) e g), del Codice in possesso dei requisiti previsti dal Decreto Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 263/2016”* nonché di una serie di requisiti, ivi minuziosamente indicati, e che, *“nel caso in cui l'operatore economico non posseda i requisiti prescritti per i progettisti, l'operatore economico stesso, ai fini della partecipazione alla presente procedura, dovrà indicare i progettisti in possesso dei requisiti suddetti (c.d. Progettisti Indicati)”*;

- ai fini della partecipazione alla gara, la ricorrente ha effettivamente ommesso di indicare il nome del soggetto cui affidare il servizio di progettazione esecutiva;

- infatti, la ricorrente, dopo avere evidenziato di partecipare alla gara in forma associata, in relazione alla voce “*Specificare il ruolo dell’operatore economico nel raggruppamento, ovvero consorzio, GEIE, rete di impresa di cui all’ art. 65, comma 2, lett. e), f), g), h), ed all’art. 66, comma 1, lett. a), b), c), d), e), f), del Codice (capofila, responsabile di compiti specifici, ecc.*” si è limitata ad indicare il nome della Spaceplanners a pagina 4 del DGUE senza specificare il ruolo da essa rivestito e senza evidenziare, nei modelli 1 e 11 da produrre ai fini della partecipazione alla gara, che alla Spaceplanners sarebbe stata affidata l’attività di progettazione;
- nella fattispecie, pertanto, deve ritenersi omessa l’indicazione del soggetto cui affidare l’attività di progettazione;
- una siffatta circostanza, però, non legittima l’esclusione della ricorrente dalla gara;
- infatti, se la giurisprudenza ammette la sostituzione del progettista “*indicato*”, perchè privo dei requisiti, con altro tecnico, argomentando dall’impossibilità di attribuire a tale soggetto la qualifica formale di concorrente (come evidenziato dalla sentenza n. 13/2020 dell’Adunanza Plenaria), non vi è motivo per non ammettere il soccorso istruttorio in ipotesi, quale quella in esame, in cui il nome del progettista “*indicato*” sia stato completamente omesso nel DGUE;
- le due ipotesi, infatti, debbono essere ritenute assoggettabili alla medesima disciplina sussistendo identità di *ratio*, individuabile nell’impossibilità di attribuire la qualifica di concorrente al progettista “*indicato*”;
- nello stesso senso, deve essere evidenziato che, nella fattispecie, il soccorso istruttorio non subisce alcuna preclusione dal disposto dell’art. 101 comma 1 lettera b) d. lgs. n. 36/23, secondo cui il soccorso non può essere utilizzato in presenza di “*omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l’identità del concorrente*”, e ciò proprio perchè il progettista “*indicato*” non assume la veste di concorrente;
- né dagli atti di causa emergono elementi univoci per ritenere che, nell’ipotesi in esame, la prospettazione *ex novo* del nome del progettista “*indicato*” possa concretizzare una inammissibile modifica sostanziale dell’offerta, preclusa dallo stesso art. 101 comma 1 d. lgs. n. 36/23;
- ed infatti, tenuto conto dei criteri di valutazione dell’offerta tecnica (l’art. 15.1.1 del disciplinare indica sub E i “*Criteri premiali Art. 43 del D. Lgs. 36/2023*”, per i quali sono attribuiti complessivi cinque punti, con la specificazione del seguente sub-criterio “*Uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui all’articolo 43, comma 1 e 2, del decreto legislativo n. 36 del 2023 e dell’allegato I.9. Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. Nello specifico la progettazione in BIM dovrà avere un LOD di almeno LOD E per la progettazione e LOD F per la D.L.*”) e dell’assenza di specifiche argomentazioni in proposito ad opera della parte resistente, non è, allo stato, possibile ritenere che la sostituzione o l’indicazione *ex novo* del nome del progettista “*indicato*” possa comportare un’inammissibile modifica

dell'offerta tecnica;

- ne consegue la fondatezza anche della seconda censura laddove lamenta l'illegittimità della gravata esclusione dalla gara per non avere la stazione appaltante consentito alla ricorrente di indicare, tramite espletamento del soccorso istruttorio, il nome di un nuovo progettista;

- per questi motivi, il ricorso è fondato e merita accoglimento e, per l'effetto, deve essere annullato il gravato provvedimento di esclusione dalla gara, unico tra gli atti impugnati, lesivo dell'interesse dell'esponente a partecipare alla procedura con conseguente non luogo a provvedere in ordine alla domanda di risarcimento per equivalente, in quanto presentata in via subordinata;

- la novità della normativa applicabile alla fattispecie e l'assenza di un univoco orientamento giurisprudenziale inducono il Tribunale a ritenere esistenti giusti motivi per disporre la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione;
- 2) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

Pubblicato il 14/06/2024

**N. 02225/2024 REG.PROV.CAU.**

**N. 04170/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 4170 del 2024, proposto da Ge.R.Ca. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B0C5DA3F58, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Russo, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Napolitano in Roma, via Pietro Antonio Micheli, 49;

***contro***

Comune di Mandatoriccio, Provincia di Cosenza, non costituiti in giudizio;

***per la riforma***

dell'ordinanza cautelare del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 295/2024, resa tra le parti.

Visto l'art. 62 cod. proc. amm.;

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti tutti gli atti della causa;

vista la impugnata ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria n. 295/2024 di reiezione della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado;

relatore nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e udito per l'appellante l'avvocato Russo;

Ritenuto che le ragioni dedotte dall'appellante siano idonee a fondare l'invocata tutela cautelare in quanto:

a) la giurisprudenza di questa Sezione è consolidata nel senso di ritenere 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 essendo esso strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (Consiglio di Stato sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575);

b) l'esclusione non può essere comminata neppure in caso di sopralluogo ritardato, trattandosi di circostanza che non può riverberarsi sulla partecipazione del concorrente alla procedura di gara;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata, accoglie l'istanza cautelare proposta in primo grado e sospende l'atto impugnato.

Compensa le spese della presente fase di giudizio.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

## Guida alla lettura

Con l'introduzione del nuovo Codice dei contratti pubblici, oggetto di contrasto giurisprudenziale è la **possibilità da parte della Stazione appaltante di individuare nella *lex specialis* di gara il sopralluogo obbligatorio quale causa di esclusione dalla procedura.**

Procediamo con ordine.

Con la **pronuncia n. 3738 del 2023 la Sezione III del TAR Sicilia, Catania**, ha considerato pienamente **legittima la scelta della Stazione appaltante di correlare la presentazione della domanda di partecipazione alla gara a pena di esclusione al previo e tempestivo svolgimento del sopralluogo**. A sostegno la Corte richiama l'art. 92, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, ove si legge che: *“Le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati”*, nonché il successivo comma 2, lett. a) del medesimo articolo di legge, secondo cui: *“I termini di cui al comma 1 sono prorogati in misura adeguata e proporzionale: a) se un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della preparazione dell'offerta e, per qualsiasi motivo, le abbia ricevute meno di sei giorni prima del termine stabilito per la presentazione delle offerte, o, in caso di procedura accelerata ai sensi degli articoli 71, comma 3, e 72, comma 6, meno di quattro giorni prima”*. Tenuto conto di quanto previsto dalle suddette disposizioni, i Giudici ritengono che: **“- nell'esercizio della propria discrezionalità - l'amministrazione appaltante abbia considerato “indispensabile alla formulazione dell'offerta” fissare un termine per il sopralluogo, il quale è stato indicato nel disciplinare di gara quale adempimento obbligatorio da compiersi entro il 3.11.2023, con la precisazione che la data dovesse essere previamente concordata con il personale dell'ufficio tecnico (v. art. 10 disciplinare di gara). Valorizzando l'indispensabilità della “visita dei luoghi” ai fini dell'offerta, in applicazione di quanto previsto dal predetto art. 92, co. 1, la stazione appaltante ha così individuato un tempo ritenuto “necessario” per consentirne l'espletamento.”**

*Ad abundantiam*, rispetto a quanto innanzi, poi, la Sezione rileva che: *“Non può essere accolta nemmeno la correlata censura con la quale viene dedotto che, prevedendo l'espletamento del sopralluogo a pena di esclusione, la stazione appaltante abbia introdotto un requisito di partecipazione non attinente né all'offerta economica né a quella tecnica. Nuovamente richiamando il disposto dell'art. 92, co. 1, d. lgs. n. 36/2023, non può negarsi che l'amministrazione abbia ritenuto il predetto sopralluogo “indispensabile ai fini della formulazione dell'offerta”, e che tale valutazione, frutto della propria discrezionalità, non risulti illogica ad avviso di questo Collegio.”*

A sostegno la Corte ricorda che il **nuovo Codice dei contratti pubblici “mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica)**. Ai sensi dell'**art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023**, tra l'altro, *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto”*. *Non può dubitarsi, ad avviso di questo organo giudicante, che la richiesta di svolgere il predetto sopralluogo, vincolando all'espletamento dello stesso la successiva formulazione dell'offerta, abbia costituito un requisito “attinente” e “proporzionato” all'oggetto del contratto, rappresentando l'esito di una valutazione di discrezionalità tecnica operata secondo logica e ragionevolezza dalla stazione appaltante.”*



Da ultimo, poi, a corroborare la ricostruzione innanzi espressa, il TAR siciliano **richiama la posizione assunta dal Consiglio di Stato (Sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575)**, secondo cui: **“la giurisprudenza amministrativa ha attribuito all'obbligo di sopralluogo un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto essendo esso strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (cfr. Cons. Stato, III, 12 ottobre 2020, n. 6033; VI, 23 giugno 2016, n. 2800; IV, 19 ottobre 2015, n. 4778)”**; ancora, la giurisprudenza **“ha altresì dubitato che possano derivare effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento dello stesso, ma solo ogni qualvolta, per le peculiarità del contratto da affidare, la sua inosservanza in alcun modo non impedisca il perseguimento dei risultati verso cui è diretta l'azione amministrativa, né il suo adempimento può dirsi funzionale a garantire il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara (cfr. Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3581)”**.

Con **pronuncia del 3 gennaio 2024, n. 140**, invece, il **TAR Lazio, Sez. II-bis**, ha ricostruito in maniera del tutto differente la questione oggetto di disamina. Secondo i Giudici romani: **“nessuna disposizione del d.lgs. n. 36/23 prevede il sopralluogo quale adempimento necessario per la formulazione dell'offerta; in questo senso, non può essere utilmente invocato l'art. 92 comma 1, d. lgs. n. 36/23, secondo cui “le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati”**. Infatti, **la disposizione non può essere interpretata nel senso di consentire alla stazione appaltante di prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione dalla gara ma va intesa semplicemente come precetto indirizzato esclusivamente all'amministrazione al fine di vincolarla a parametrare i termini di partecipazione alla gara agli adempimenti propedeutici alla formulazione dell'offerta. Ciò è confermato dal titolo dell'articolo 92 che recita “fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte”**. Tale opzione ermeneutica è **coerente con il principio dell'accesso al mercato previsto dall'art. 3 d. lgs. n. 36/23 secondo cui: “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”, il quale, ai sensi dell'art. 4 del medesimo testo normativo, costituisce criterio primario per l'applicazione e l'interpretazione delle altre disposizioni del vigente codice degli appalti. Del resto, l'art. 92 comma 1 d. lgs. n. 36/23 presenta una disciplina simile a quella del previgente art. 79 d. lgs. n. 50/16 il quale, secondo il giudice di appello, non era idoneo a costituire il supporto normativo legittimante l'esclusione per mancato espletamento del sopralluogo e ciò “per la formulazione dell'art. 79, comma 2, 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" (Cons. Stato n. 575/21; nello stesso senso Cons. Stato n. 3581/19 ivi richiamata). **Se nessuna prescrizione del codice o, comunque, di altra legge riconosce alla stazione appaltante la possibilità di imporre il sopralluogo a pena di esclusione ne deriva che il paragrafo 10 del disciplinare di gara che tale conseguenza prevede è nullo per violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10 commi 1 e 2 d. lgs. n. 36/23** secondo cui: "1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice. 2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte". **Va, in proposito, rilevato che, nel nuovo codice, il principio di tassatività ha una valenza ed un ambito applicativo più stringenti rispetto alla disciplina del previgente art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16** il quale stabiliva che "le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite...I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle". **Ciò è desumibile dalla collocazione del principio di tassatività tra i principi generali del nuovo codice** (a differenza della disciplina previgente in cui la tassatività era trattata nell'ambito della disciplina concernente i requisiti di ordine speciale) e dalla **strumentalità della tassatività rispetto al fondamentale principio dell'accesso al mercato, di cui all'art. 3 d. lgs. n. 36/23**. **Ne deriva che, nel nuovo codice, le deroghe al principio di tassatività devono essere interpretate restrittivamente e con maggior rigore rispetto alla disciplina previgente**. **Nello stesso senso, va riguardato il tenore letterale dell'art. 10 d. lgs. n. 36/23 che, nel ribadire espressamente la valenza necessariamente eterointegrativa delle cause di esclusione previste dagli artt. 94 e 95, attribuisce ad esse i requisiti di tassatività ed esclusività tanto che "le clausole che prevedono cause ulteriori [rispetto, appunto, a quelle degli artt. 94 e 95] di esclusione sono nulle e si considerano non apposte". In tal modo, il d. lgs. n. 36/23 prevede una disciplina più rigorosa rispetto a quella del previgente art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16 il quale escludeva, dalla nullità per violazione del principio di tassatività, anche le prescrizioni previste "da altre disposizioni di legge vigenti", inciso che non è rinvenibile nel nuovo codice. Per queste ragioni non può, nel vigente quadro normativo, essere condiviso l'orientamento giurisprudenziale (per il quale, da ultimo, TAR Lazio – Latina n. 414/23), formatosi in relazione all'abrogato art. 83 d. lgs. n. 50/16, secondo cui l'obbligo di sopralluogo riveste un ruolo sostanziale e non meramente formale, consentendo ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto".**

Alla luce di tutto quanto innanzi, dunque, il Collegio ritiene che: **"nella vigenza del d. lgs. n. 36/23, il sopralluogo non possa essere previsto dalla stazione appaltante come**

***adempimento a pena di esclusione dalla gara”.***

Sul tema è di recente intervenuto **Cons. Stato, Sez. V, ord., 14 giugno 2024, n. 2225** il quale, in sede di appello avverso l’ordinanza cautelare del TAR Calabria (Sez. I), n. 295/2024, ha accolto lo stesso e, conseguentemente, l’istanza cautelare proposta in primo grado, con sospensione dell’atto impugnato, sulla base delle seguenti considerazioni: ***“La giurisprudenza di questa Sezione è consolidata nel senso di ritenere 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 essendo esso strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (Consiglio di Stato sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575).***

***L’esclusione non può essere comminata neppure in caso di sopralluogo ritardato, trattandosi di circostanza che non può riverberarsi sulla partecipazione del concorrente alla procedura di gara.”.***

Interessante notare come la medesima posizione della giurisprudenza amministrativa, formatasi sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (e in specie la decisione del Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575), sia stata richiamata dalle diverse Corti, sebbene in modo diametralmente opposto, al fine di sostenere tesi contrastanti.