Appalti pubblici: il mancato sopralluogo non è causa di esclusione automatica

9 Aprile 2021

Il **sopralluogo dell'impresa concorrente serve a garantire la valutazione dei luoghi** al fine di prendere conoscenza delle modalità di esecuzione dell'appalto e per consentire una attenta ponderazione circa i mezzi da utilizzare.

Tuttavia**, è comunque illegittima la mancata esclusione dalla gara di un concorrente che**, contravvenendo alla legge di gara, non ha eseguito il dovuto sopralluogo e comunque deve essere consentito il soccorso procedimentale o istruttrorio.

E' quanto stabilito dal Consiglio di Stato chiamato a pronunciarsi su un **sopralluogo svolto dalla mandataria del raggruppamento temporaneo**, in virtù del regime di solidarietà prescritto dall'art. 48, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, espressamente richiamato dalla *lex specialis*, al fine di chiarire se questa avesse ottemperato alla prescrizione di gara anche per gli altri componenti del raggruppamento (*cfr.* sez. V, 18 marzo 2021, n. 2355).

1. **Giurisprudenza pregressa**

Prima dell'introduzione del Codice dei contratti, l'istituto del sopralluogo era disciplinato dall'articolo 106 del DPR 207/2010, secondo cui **l'offerta doveva essere accompagnata dalla dichiarazione** con la quale il concorrente attestava di **aver preso conoscenza dello stato dei luoghi** e delle circostanze suscettibili di influire sul deposito dell'offerta.

Di contro, nell'**art. 79, comma 2, del Codice dei contratti**, d.lgs. 50/2016, attualmente in vigore, **manca la suddetta dichiarazione** e il sopralluogo viene citato unicamente per specificare che è finalizzato a prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte.

In giurisprudenza, tale prescrizione ha ingenerato **dubbi sugli eventuali effetti espulsivi** automatici conseguenti al mancato adempimento del sopralluogo, poiché il provvedimento di esclusione ben potrebbe risultare nei fatti "*ingiustificabile, sproporzionato e non rispondente ad alcun pubblico interesse o ad alcuna utilità dell'ente committente*" (*cfr.* Tar Sardegna, Sez. II, 30 novembre 2020, n. 665).

Sotto tale profilo, la giurisprudenza – in linea con una interpretazione sostanziale, e non formale, dell'istituto – ha ritenuto legittima la clausola che prevede il sopralluogo **a pena di esclusione, laddove strettamente indispensabile** in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare (*cfr.* Tar Lazio, Latina, Sezione I, 19 ottobre 2020, n. 380, ma anche ANAC Bando-tipo n. 1/2017 che conferma la Determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4).

Per cui, tale giurisprudenza, è arrivata ad ammettere – laddove comunque necessario – la possibilità di **anticipare l'adempimento dell'obbligo del sopralluogo** alla fase della selezione dei concorrenti da invitare, espletata attraverso l'avviso di indagine di mercato (*cfr.* Consiglio di Stato, sez. V, 26 luglio 2018, n. 4597*, contra* Comunicato del Presidente dell'ANAC del 18 luglio 2018).

Per altro verso, è stato osservato che l'eventuale ***obbligo di sopralluogo*** *– in mancanza di una specifica previsione –* ***non può essere inteso a carico di tutti i componenti del***

raggruppamento *temporaneo di imprese, essendo sufficiente l'adempimento della sola impresa mandataria* (*cfr.* Tar Lazio, Sez. I, 2 aprile 2019, n. 4304 **e** Delibera ANAC n. 714 del 31 luglio 2018 secondo cui, anche prima della costituzione dell'dell'ATI, il sopralluogo può essere effettuato da un rappresentante legale/procuratore/direttore tecnico di uno dei raggruppati, aggregati in rete o consorziati o da soggetto diverso, purché munito della delega di tutte le imprese interessate)**.**

Infine, è stato definitivamente chiarito che dal mancato sopralluogo deve essere distinto il sopralluogo in ritardo, che non può riverberarsi sulla adeguata formulazione dell'offerta (*cfr.* Tar Lazio n. 4304/2019 ***cit.*** **e** Consiglio di Stato, sez. V, 19 gennaio 2021 n. 575).

2. **Analisi dell'obbligo di sopralluogo**

Nella sentenza in esame, il Consiglio di Stato individua la presenza di **due diversi orientamenti** che si sono succeduti in merito all'obbligatorietà del sopralluogo.

Un **primo orientamento** interpretativo, a **favore della sanzione espulsiva**, individua la chiave di lettura nella *ratio* posta a base dell'art. 79 citato: se il Codice evidenzia l'esigenza di presentare un'offerta seria e affidabile, il mancato sopralluogo deve comportare l'esclusione del concorrente inadempiente, senza che ciò contrasti col principio di tassatività delle cause di esclusione e senza che sia applicabile il soccorso istruttorio (*cfr.* Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1037; Id. sez. V, n. 29 maggio 2019, n. 3581).

Di contro, in base a una **seconda** e più recente **soluzione** interpretativa, occorre rileggere l'istituto alla luce dei **principi di massima partecipazione** alle gare e di **divieto di aggravio del procedimento**, da cui si deduce che **non possono esservi effetti espulsivi** per il mancato sopralluogo.

Infatti, **il Codice dei contratti pubblici non esplicita effetti espulsivi automatici** in caso di mancato adempimento, ma si limita a sancire che «*le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara*»; ciò, al solo fine di **evidenziare 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*» (*cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 gennaio 2021 n. 575*).

Aderendo a quest'ultimo orientamento, il Consiglio di Stato ha ritenuto **che l'eventuale causa escludente del bando debba essere interpretata in senso restrittivo**, attribuendole un significato conforme al principio di massima partecipazione alla gara, per cui può anche essere **utilizzato il soccorso procedimentale** previsto dall'ordinamento in materia di affidamento dei contratti pubblici di cui all'art. 83, comma 8, del Codice.

A tale proposito, la sentenza in esame sembrerebbe richiamare un indirizzo interpretativo, di recente ribadito dallo stesso Consiglio, secondo cui l'art. 83 citato consente alla stazione appaltante di attivare **un 'soccorso procedimentale'**, nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio'.

Infatti, come noto, il 'soccorso procedimentale' rappresenta uno strumento utile **per risolvere dubbi riguardanti "*gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica*"**, tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità (*cfr.* **Consiglio di Stato, sez. III, 09 febbraio 2020, n. 1225** e id. **sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680**).

3. **Conclusioni sul caso in esame**

Tanto ricostruito, il Consiglio di Stato ha concluso che **il riferimento al ruolo e alle funzioni della mandataria nell'ambito del raggruppamento era sufficiente** all'adempimento della prescrizione posta dal disciplinare di gara e liberatorio anche per le imprese mandanti.

Avverso tale conclusione, **non poteva essere opposta la mancata documentazione delle deleghe** da parte delle mandanti, sia perché il disciplinare non imponeva il rilascio di deleghe scritte, sia perché **le stesse potevano eventualmente essere acquisite** dalla stazione appaltante **attivando il soccorso istruttorio**.

Fonte: Ance

https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202003216&nomeFile=202102355_11.html&subDir=Provvedimenti