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 Bandotipo 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

 $\frac{https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeR}{ef=\&schema=cds\&nrg=202003216\&nomeFile=202102355_11.html\&subDir=Provvedimenti}$