

APPALTI: Esecuzione di un sopralluogo - Clausola del disciplinare a pena di esclusione - Ammissibilità.

Tar Calabria - Catanzaro, Sez. I, 10 novembre 2020, n. 1772

- in *Urb. e appalti*, 1, 2021, pag. 117, con nota di Samuele Miedico, *Sull'ammissibilità di una clausola che impone l'esecuzione del sopralluogo a pena di esclusione*.

"[...] A differenza del previgente regime (art. 106, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010), il d.lgs. n. 50 del 2016 non impone l'effettuazione di un sopralluogo. Non di meno, una clausola che lo preveda, anche se a pena di esclusione, non è di per sé contraria alla legge, avendo tale obbligo una funzione sostanziale, e non meramente formale, nel senso di consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 7.2.2018, n. 258) [...]"

FATTO

1-La CO.GE.FOR s.r.l., odierna ricorrente, aveva partecipato alla procedura indetta dal Comune di San Pietro Apostolo con determina dirigenziale del 23.12.2019 per i lavori di completamento collettori fognari e adeguamento funzionale depuratore sotto chiesa – realizzazione di un impianto a fanghi attivi della capacità di 250 A.E. in Contrada Colla e Fitodepuratore di 50 A.E. a servizio della Contrada Bivio Zeta.

2-Espletate le operazioni, con verbale del 14.5.2020 la Commissione proponeva l'aggiudicazione in favore della Savatteri Costruzioni s.r.l., seguita al secondo posto dall'odierna ricorrente.

3-Con successiva determina dirigenziale del 14.5.2020, sono stati approvati i verbali di gara e la suddetta proposta di aggiudicazione, ferme restando le verifiche di cui all'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016.

4-Successivamente, a seguito di accesso agli atti (richiesto il 19.5.2020 ed accolto il 12.6.2020), la CO.GE.FOR. segnalava all'Amministrazione irregolarità procedurali ritenute tali da inficiare la legittimità dell'aggiudicazione.

5-Con determina dirigenziale del 18.8.2020, comunicata in data 24.8.2020, l'Amministrazione, effettuate le verifiche di legge, si determinava sull'aggiudicazione della gara in favore della Savatteri s.r.l.

6-Avverso detto provvedimento, con atto notificato alle controparti il 23.9.2020 e depositato il 6.10.2020 la CO.GE.FOR. s.r.l. ha spiegato ricorso per i seguenti motivi:

a) *violazione della lex specialis di gara - violazione del capo 3 art 3.1.3, capo 6 art 6.2.2, capo 9 art 9.4.2 del disciplinare di gara - violazione dell'art. 79 comma 2 d.lgs. 50/2016 - eccesso di*

potere in tutte le sue figure sintomatiche – violazione dei principi di libera concorrenza non discriminazione e trasparenza in materia di procedure di evidenza pubblica- violazione del principio di buon andamento di cui all’art 97 Cost.

b) violazione e falsa applicazione art 80 comma 5 lett. f) bis d.lgs. 50/2016 - Violazione dei principi di libera concorrenza non discriminazione e trasparenza in materia di procedure di evidenza pubblica - Violazione del principio di buon andamento di cui all’art. 97 Cost. - Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche.

7-Con atto depositato il 15.10.2020 si è costituita la controinteressata Savatteri Costruzioni s.r.l., contestando il dedotto avversario e formulando riserva espressa di promuovere ricorso incidentale.

8-Con successivo atto, notificato alle controparti il 20.10.2020 e depositato il successivo 21.10.2020, la Savatteri s.r.l. ha ribadito le eccezioni di infondatezza del ricorso principale e ha altresì spiegato ricorso incidentale condizionato, articolato sul seguente motivo: *“Nullità delle clausole del disciplinare contenute nel capo 3, art. 3.1.3., capo 6, art. 6.2.2., lett. c), e capo 9, art. 9.4.2. - Violazione degli artt. 79, comma 2, e 83, comma 8, D.lgs. 50/2016 - violazione dei principi di tassatività delle clausole di esclusione, favor participationis, libertà delle forme, concorrenza e divieto di aggravio del procedimento”*.

9-Alla camera di consiglio del 4.11.2020 la causa veniva trattenuta in decisione ai sensi dell’art. 60 c.p.a.

DIRITTO

10-I ricorsi vengono esaminati congiuntamente.

11- Le censure poste dalla CO.GE.FOR. s.r.l. nel ricorso principale possono essere esaminate congiuntamente, risolvendosi i motivi nella contestazione dell’illegittimità dell’operato dell’amministrazione, che avrebbe dovuto escludere la Savatteri Costruzioni s.r.l. per l’invalidità del sopralluogo da essa espletato.

12- È da premettere che il disciplinare di gara, in tema di sopralluogo assistito, prevede:

-al § 6.2.2 che: *“Sono esclusi, senza che si proceda all’apertura della busta telematica dell’Offerta Economica, gli offerenti: [...] c) che non hanno assolto al sopralluogo assistito in sito, richiesto all’articolo 3.1.3, lettera a), punto sub a.2), oppure il sopralluogo è stato effettuato da soggetto diverso da quelli ammessi”*;

- al § 3.1.3 che deve essere allegata: *“a) dichiarazione e attestazione di avvenuto sopralluogo e presa visione degli atti come segue: (...) a.2) attestazione della Stazione appaltante di avvenuto sopralluogo assistito in sito, con le modalità di cui all’articolo 9.4.2, autonoma rispetto alla dichiarazione di cui al precedente punto a.1); l’assenza di tale attestazione non è causa di*

esclusione se il sopralluogo assistito è accertato d'ufficio e risulta agli atti della Stazione appaltante”;

- il § 9.4.2, rubricato “*Sopralluogo assistito in sito e presa visione degli atti*”, che: “*Fermo restando quanto previsto dall'art. 3.1.3 lettera a), punto sub a.1) del presente Disciplinare di gara, vista la particolarità dell'intervento in relazione alle condizioni di particolarità degli interventi, è obbligatoria la visita di sopralluogo assistito e la presa visione degli atti progettuali da parte dell'offerente, ai sensi dell'articolo 3.1.3, lettera a), punto sub. A.2), del presente Disciplinare di gara, alle seguenti condizioni: a) il sopralluogo deve essere effettuato, a pena di inammissibilità: - dal titolare, da un rappresentante legale o da un direttore tecnico dell'impresa, come risultanti da certificato C.C.I.A.A. o da attestazione SOA; - da un dipendente dell'impresa, se munito di apposita delega conferita dal titolare o da un rappresentante legale; - da soggetto diverso solo se munito di apposita procura notarile*”.

13- Nel caso controverso, il sopralluogo è stato posto in essere da un soggetto, munito di atto di delega del titolare dell'impresa, che, sebbene qualificato dalla delegante come dipendente, per sua stessa ammissione in sede di controricorso è avvinto alla ditta da contratto di prestazione d'opera professionale con esclusiva.

14- La giurisprudenza ha osservato che non possono essere considerati equipollenti i rapporti di lavoro dipendente e i rapporti di prestazione d'opera professionale, quantunque con vincolo di esclusiva: “*Le due figure, infatti, si distinguono nettamente atteso che l'articolo 2094 del codice civile definisce prestatore di lavoro subordinato chi "si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro, intellettuale o manuale, alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore". Nel rapporto di lavoro subordinato, l'intensità di questo vincolo è particolarmente forte, tanto da caratterizzarsi per la continuità con la quale il lavoratore mette a disposizione del datore di lavoro le sue energie e le sue capacità, inserendosi all'interno dell'organizzazione produttiva. Diversamente, l'articolo 2222 c.c., sotto la rubrica contratto d'opera, sancisce che "quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV"* (T.A.R. Molise, Sez. I, 28/04/2017, n.150).

15- Si aggiunge, per completezza, che non si rinviene alcuna ambiguità nelle citate prescrizioni del bando, risultando invece esse di lineare interpretazione, sia in ordine alle prescrizioni imposte sia in merito alle conseguenze scaturenti dalla loro violazione.

16- Pertanto, da una piana lettura delle succitate disposizioni del disciplinare di gara discenderebbe l'errore dell'amministrazione che, una volta avuta adeguata contezza dell'effettiva qualifica del delegato, non aveva adottato i conseguenti provvedimenti di esclusione la Savatteri Costruzioni s.r.l. dalla gara.

17- Le conclusioni ora rassegnate, in sé favorevoli alla ricorrente CO.GE.FOR. s.r.l., determinano la disamina del ricorso incidentale condizionato, con il quale la controinteressata Savatteri Costruzioni s.r.l. censura l'illegittimità dei succitati artt. 6.2.2, 3.1.3, 9.4.2 del disciplinare, ritenuti irragionevoli e sproporzionati, nella misura in cui ledono i principi del *favor participationis*, di tassatività delle clausole di esclusione, libertà delle forme, divieto di aggravio del procedimento e del principio, nazionale e comunitario, di concorrenza.

18- L'art. 80, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che: *“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”*.

19- Come è noto, già con il precedente codice dei contratti pubblici era stato chiarito che *“...nelle gare pubbliche il principio di tassatività delle cause di esclusione non solo rappresenta la specificazione dei principi di proporzionalità e del favor participationis, propri delle procedure ad evidenza pubblica, ma contemporaneamente costituisce anche un limite intrinseco alla discrezionalità dell'Amministrazione appaltante, atteso che il principio di tassatività ha carattere cogente, con conseguente illegittimità delle clausole della lex specialis con esso contrastante”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 22.1.2015, n. 255).

20- A differenza del previgente regime (art. 106, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010), il d.lgs. n. 50 del 2016 non impone l'effettuazione di un sopralluogo. Non di meno, una clausola che lo preveda, anche se a pena di esclusione, non è di per sé contraria alla legge, avendo tale obbligo una funzione sostanziale, e non meramente formale, nel senso di consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 7.2.2018, n, 258).

21- Posta l'astratta non censurabilità di una previsione di tal fatta, ciò che risulta invece censurabile è la prescrizione, sanzionata con l'esclusione dalla gara, di uno specifico adempimento formale, costituito dalla necessità di munirsi di procura rilasciata per atto notarile nel caso in cui il sopralluogo venga espletato da persona non dipendente dell'impresa (formalità, invece, non prevista nel caso in cui il delegato sia dipendente, essendo in tal caso sufficiente una delega rilasciata per scrittura privata).

22- Una prescrizione di tal fatta – per di più laddove, come nel caso controverso, sia prevista a pena di esclusione – risulta anzitutto in sé ingiustificabile e sproporzionata in termini di oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti alla gara; peraltro, un onere di tal fatta non risponde ad alcun pubblico interesse o ad alcuna utilità dell'ente committente, sia perché non attiene all'offerta (né in termini sostanziali né formali) ma solo a segmenti meramente procedurali sia perché non costituisce indice di affidabilità del concorrente. D'altronde, a prescindere dalle modalità di formalizzazione dell'atto di delega, la presenza del delegato, che agisce in nome e per conto del delegante, equivale, sotto un profilo giuridico, alla presenza di quest'ultimo al sopralluogo, ragion per cui che deve ritenersi realizzato il fine cui l'incombente tende, ossia la miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica; per tale ragione, neanche sotto tale aspetto è giustificabile l'aggravio costituito dall'imprescindibilità della forma pubblica, per atto notarile, della procura in favore del delegato non dipendente dell'impresa concorrente.

23- Discende da quanto sopra esposto anzitutto l'accoglimento del ricorso incidentale, con la conseguenza che l'invalidazione delle clausole del disciplinare di gara ivi impugnate (quantunque correttamente applicate dall'amministrazione) determina l'infondatezza del ricorso principale.

24- La peculiarità e l'esito della controversia giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

-accoglie il ricorso incidentale e annulla le clausole del bando impugnate.

-rigetta il ricorso principale.

Compensa integralmente le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore