



DELIBERA N. 151

26 marzo 2024

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata congiuntamente dal Comune di Lizzano, dalla AL.MA. Ecologia S.r.l. e dalla SEA - Soluzioni Eco Ambientali S.r.l.- Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani - CIG: B00EF38A7C - Importo: euro: 3.119.476,25 - S.A.: Comune di Lizzano

UPREC/PRE/0072/2024/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 92 d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Sopralluogo – termine

Massima

Appalto pubblico – In genere – Sopralluogo obbligatorio – Calendarizzazione – Richiesta tardiva – Conseguenze – Inammissibilità

Qualora la Stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità, abbia fissato un termine entro il quale effettuare il sopralluogo e tale termine non appaia lesivo della concorrenza in quanto non manifestamente incongruo, la richiesta della visita dei luoghi tardivamente presentata dall'impresa deve ritenersi inammissibile.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 26 marzo 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 26659 del 23 febbraio 2024, con cui il Comune di Lizzano, AL.MA. Ecologia S.r.l. e SEA - Soluzioni Eco Ambientali S.r.l. hanno chiesto all'Autorità di esprimere un parere circa le conseguenze della richiesta tardiva di effettuazione del sopralluogo obbligatorio e, in particolare, se tale circostanza costituisca causa di esclusione dalla gara;

VISTO quanto rappresentato dalla Stazione appaltante in merito alla situazione, di fatto e di diritto, nella quale è insorta la necessità di avanzare la richiesta di parere. Il bando della procedura di gara in oggetto, pubblicato in data 22 gennaio 2024, con scadenza del termine per la presentazione delle offerte al 21 febbraio 2024, prevedeva l'obbligo del sopralluogo, da effettuare, a pena di esclusione, entro il 7 febbraio 2024. Le imprese AL.MA. Ecologia S.r.l. e SEA - Soluzioni Eco Ambientali S.r.l. trasmettevano la richiesta di sopralluogo in data 15 febbraio 2024, comunicando, da subito, l'esistenza di una pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 575/2021, ove si afferma che il sopralluogo tardivo non può comportare l'esclusione dalla gara. La Stazione Appaltante, nonostante le richieste fossero ampiamente tardive rispetto al termine di scadenza fissato dal disciplinare e ancor di più rispetto alla data di indizione di gara, per favorire la massima partecipazione ed evitare aggravio del procedimento, acconsentiva, con riserva, alle richieste, invitando entrambe le imprese ad effettuare il sopralluogo in data 19 febbraio 2024 e, al contempo, a formulare congiuntamente istanza di parere all'Autorità;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 29022 del 29 febbraio 2024;

PRESO ATTO che le parti non hanno prodotto memorie;

VISTO l'art. 92, comma 1, del d.lgs. 36/2023, secondo il quale "*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*", e il successivo comma 2, lett. a), che prevede che "*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*";

VISTI gli atti di gara e, in particolare, l'art. 11 del disciplinare, rubricato Sopralluogo, a mente del quale "*// sopralluogo sul territorio del Comune di Lizzano è obbligatorio. Il sopralluogo si rende necessario per le seguenti ragioni: si ritiene imprescindibile che le offerte vengano formulate, ai sensi dell'art. 184, comma 2 del Codice, soltanto a seguito di una visita dei luoghi. La mancata effettuazione del sopralluogo è causa di esclusione dalla procedura di gara. Il sopralluogo è effettuato accedendo di persona nelle aree oggetto di sopralluogo. Il sopralluogo può essere effettuato nei soli giorni feriali. Per tale incombenza da effettuarsi, a pena di esclusione, entro il giorno 07 Febbraio 2024 dovrà essere contattato, per concordare un appuntamento, l'ufficio del RUP...Data, ora e luogo del sopralluogo sono comunicati ai concorrenti con almeno 2 giorni di anticipo...*";



CONSIDERATO che in merito alla questione delle conseguenze dell'omessa effettuazione del sopralluogo entro i termini fissati negli atti di gara non si registra un univoco orientamento giurisprudenziale. Secondo un primo indirizzo, il tardivo sopralluogo non può mai costituire causa di esclusione dalla procedura di gara (Cons. Stato, 19 gennaio 2021, n. 575). Perviene a tale conclusione il collegio, constatando che la giurisprudenza amministrativa, pur attribuendo 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, ha anche dubitato della correttezza della sua stessa previsione a pena di esclusione dalla partecipazione alla gara; una simile previsione, infatti, non sarebbe testualmente prevista dal Codice (art. 79, comma 2, del d.lgs. 50/2011, oggi art. 92, comma 1, del d.lgs. 36/2023) ma, soprattutto, si porrebbe in contrasto con i principi di massima partecipazione alle gare e divieto di aggravio del procedimento, ogni qualvolta, per le peculiarità del contratto da affidare, la sua inosservanza in alcun modo impedirebbe il perseguimento dei risultati verso cui era diretta l'azione amministrativa, né il suo adempimento potrebbe dirsi funzionale a garantire il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara. In virtù di tali considerazioni, secondo il Consiglio di Stato, *"il disciplinare di gara – a tutto voler concedere, e cioè senza soffermarsi sulla compatibilità con il principio di tassatività delle cause di esclusione – andava inteso in senso restrittivo, oltre che reso coerente con il favor participationis alle procedure di affidamento di contratti pubblici, come comportante l'esclusione per il solo mancato sopralluogo e non anche in caso di sopralluogo ritardato, come avvenuto nel caso di specie; situazione, questa, che può riverberarsi sulla adeguata formulazione dell'offerta e non sulla partecipazione del concorrente alla procedura di gara"*;

CONSIDERATO che di diverso avviso è una recente pronuncia del giudice siciliano. Chiamato a stabilire se il termine di 8 giorni dalla pubblicazione dell'avviso di gara per l'effettuazione del sopralluogo fosse congruo e se fosse legittimo il diniego opposto dall'Amministrazione alla richiesta di sopralluogo presentata tardivamente dal concorrente, il TAR Catania ha ritenuto che la Stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità e in coerenza con il disposto di cui all'art. 92 del Codice, avesse considerato "indispensabile alla formulazione dell'offerta" fissare un termine per il sopralluogo e che il predetto termine fosse congruo e sottintendesse una valutazione di opportunità, legata alla tempistica dell'intera procedura di affidamento, sindacabile solo ove manifestamente illogica o irragionevole. Infondata è stata ritenuta l'osservazione dell'impresa circa il fatto 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. Secondo il TAR, infatti, *"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 autoreponsabilità, 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."* (TAR Sicilia, Catania, 12 dicembre 2023, n. 3738);

CONSIDERATO che l'Autorità, nella nota illustrativa al bando tipo 1/2021, in ordine alle modalità di svolgimento del sopralluogo, ha avuto modo di osservare che *"rientra nella discrezionalità della stazione appaltante fissare la calendarizzazione del sopralluogo, dovendo la stessa poter organizzare la propria attività in modo da non distogliere i propri dipendenti dalle normali attività per periodi di tempo imprecisati"* e, al riguardo, ha segnalato *«che tale calendarizzazione dovrà essere effettuata nel rispetto della par condicio e dell'anonimato dei partecipanti»* e che *«dovrà contemperare, da un lato, l'esigenza di*



garantire la massima partecipazione alla gara, evitando di fissare date di sopralluogo troppo vicine alla data di pubblicazione del bando (ciò che potrebbe costituire una violazione del principio di proporzionalità e del termine di partecipazione alla gara); dall'altro, l'esigenza di garantire un lasso di tempo dopo lo svolgimento del sopralluogo che possa considerarsi congruo per la formulazione dell'offerta, evitando di fissare date troppo vicine al termine finale per la presentazione della domanda". Tali considerazioni devono ritenersi valide anche per le procedure di gara soggette al d.lgs. 36/2023, attesa l'identica formulazione, in merito al Sopralluogo, dei bandi tipo n. 1/2023 e n. 1/2021;

CONSIDERATO, altresì, che, con particolare riferimento alla tempistica del sopralluogo, l'Autorità ha ritenuto che le informazioni acquisite in sede di sopralluogo obbligatorio, in quanto necessarie ai fini della formulazione di una offerta informata e consapevole, sono da considerarsi alla stregua di informazioni complementari della *lex specialis*, sulle quali ciascun candidato dovrebbe essere posto nella condizione di formulare quesiti e richiedere informazioni supplementari entro il termine ultimo indicato dal bando (delibera n. 22/2021). Sulla scorta di tale principio, in una successiva pronuncia, l'Autorità ha ritenuto che *"la fissazione, con una settimana di preavviso, del sopralluogo in una data antecedente di 12 (dodici) giorni rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte non sia censurabile come contraria ai principi di correttezza, proporzionalità e parità di trattamento, perché avrebbe consentito all'operatore economico di formulare quesiti nel rispetto del termine del bando (pari a 10 giorni prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte) e di ottenere risposte e informazioni supplementari entro 6 (sei) giorni prima del termine stabilito per la ricezione delle offerte, come richiesto dall'art. 79, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 come condizione per evitare la necessità della proroga di detto termine"* (Delibera n. 280/2023);

RITENUTO, sulla scorta dei principi enunciati, che la fissazione del termine entro il quale effettuare il sopralluogo rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione e che, nel caso di specie, tale discrezionalità non appare sindacabile per manifesta illogicità o irragionevolezza atteso che *i)* il termine per la visita dei luoghi (7 febbraio) risulta congruo rispetto alla data di indizione della procedura di gara (risalente a 16 giorni prima) e tale da non limitare la concorrenza; *ii)* il suddetto termine è coerente con la tempistica fissata negli atti di gara per la richiesta di chiarimenti (pari, secondo l'art. 2.2 del disciplinare, a 10 giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte), consentendo l'acquisizione di informazioni complementari della *lex specialis* in tempo utile alla formulazione di quesiti e alla richiesta di informazioni supplementari, evitando per la Stazione appaltante di incorrere nel rischio di una proroga dei termini per la ricezione delle offerte; *iii)* il lasso di tempo che separa la data ultima per l'effettuazione del sopralluogo da quella per la ricezione delle offerte, pari a 14 giorni, garantisce che al sopralluogo sia pienamente riconosciuto quel ruolo sostanziale, e non meramente formale, di adempimento *"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);

RITENUTO, pertanto, che, acclarata la non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà del termine fissato negli atti di gara per l'effettuazione del sopralluogo, le richieste tardivamente presentate dalle imprese ALMA Ecologia S.r.l. e SEA - Soluzioni Eco Ambientali S.r.l. non possono ritenersi ammissibili. Quand'anche volesse riconoscersi la non perentorietà del termine fissato negli atti di gara e accordare discrezionalità alla Stazione appaltante nel valutare lievi scostamenti rispetto al termine previsto, occorre rilevare, per un verso, che le richieste delle imprese sono state avanzate a soli sei giorni dalla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, dunque in un tempo non utile per la presentazione



di eventuali richieste di informazioni supplementari; dall'altro, l'effettuazione del sopralluogo in data 19 febbraio 2024, a soli due giorni di distanza dalla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, svincola la funzione e la *ratio* sottesa alla stessa previsione dell'obbligo del sopralluogo, non garantendo che l'offerta tecnica ed economica siano formulate in modo consapevole ovvero solo dopo un'attenta valutazione delle specifiche modalità esecutive dell'appalto e dei mezzi da utilizzare;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che il sopralluogo effettuato dalle imprese AL.MA. Ecologia S.r.l. e SEA - Soluzioni Eco Ambientali S.r.l. oltre il termine fissato negli atti di gara e, comunque, a soli due giorni dalla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, viola le legittime disposizioni della *lex specialis* di gara in ordine ai tempi per l'effettuazione della visita dei luoghi e svincola la *ratio* sottesa alla previsione del sopralluogo obbligatorio, ovvero quella di garantire una consapevole formulazione dell'offerta tecnica ed economica. Pertanto, la Stazione appaltante è tenuta all'esclusione dalla gara dei predetti operatori economici.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante che non intenda conformarsi al parere comunicato, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che può proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 marzo 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente