



## DELIBERA N. 576

1 luglio 2020.

### Oggetto

Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Unione di Comuni della Romagna Forlivese – Unione Montana – Procedura aperta telematica ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. per l'affidamento delle forniture e allestimenti necessari all'attuazione degli eventi del Comune di Bertinoro - Importo a base di gara euro: 58.500,00. Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - S.A.: Unione di Comuni della Romagna Forlivese – Unione Montana.

PREC 113/2020/F

### Riferimenti normativi

Articolo 79, comma 2, d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

Sopralluogo obbligatorio – Mancato adempimento - Esclusione

### Massima

Appalto di forniture – Sopralluogo obbligatorio – Ammissibilità – Conseguenze mancata effettuazione – Esclusione – Atto vincolato.

La formulazione letterale dell'art. 79 riconosce alle Stazioni appaltanti la facoltà di richiedere, negli atti di gara, la presa visione dei luoghi. Trattasi di scelta discrezionale, da esercitare secondo i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, in modo da imporre l'obbligo del sopralluogo solo qualora lo stesso sia indispensabile ai fini della formulazione di un'offerta adeguata. Una volta effettuata la scelta, il rispetto del fondamentale canone della *par condicio*, quale indispensabile argine a difesa dell'imparzialità dell'azione amministrativa e della trasparenza, non consente all'amministrazione di esercitare alcun ulteriore potere discrezionale volto a valutare, di volta in volta, la scelta più conveniente da adottare.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 1 luglio 2020

## DELIBERA

### RILEVATO IN FATTO

Con istanza di parere acquisita al prot. n. 39043 del 27 maggio 2020, l'Unione dei Comuni della Romagna Forlivese – Unione Montana ha chiesto un parere all'Autorità sui provvedimenti da adottare nei confronti dell'impresa Bucaneve S.r.l. ed, in particolare, sulla legittimità della sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto, in ragione della mancata effettuazione del sopralluogo obbligatorio. La Stazione appaltante ha rappresentato che nel disciplinare di gara era previsto, a pena di esclusione, l'obbligo del sopralluogo assistito dal RUP, con il quale le Imprese avrebbero dovuto prendere contatti via email o telefonicamente per fissare l'appuntamento. Alle imprese che hanno chiesto l'appuntamento, a causa dell'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del COVID19, il RUP ha ritenuto di far svolgere un sopralluogo per via telematica, a mezzo condivisione di una cartella con foto e un video a cui è stata aggiunta una video chiamata per mostrare gli elementi essenziali che l'Ente Committente riteneva importante far conoscere, al termine del quale veniva rilasciato l'attestato di avvenuto sopralluogo. La diversa modalità di effettuazione non era stata pubblicizzata sul sito e portale per le gare telematiche della Stazione appaltante e neppure sul sito dell'Ente committente, ritenendo di intercettare gli operatori economici al momento della richiesta dell'appuntamento.

Dall'esame della documentazione allegata all'offerta della Soc. Bucaneve S.r.l., la Commissione rilevava l'assenza dell'attestato di sopralluogo; l'impresa dichiarava, infatti, che, a causa della emergenza sanitaria in corso, non aveva potuto recarsi personalmente nel Comune in cui si svolgeranno gli eventi, ma di essere a conoscenza dei luoghi in cui si eseguiranno i servizi e di avere nel complesso conoscenza di tutte le circostanze generali, particolari e locali, che possono influire sia sulla esecuzione dei servizi stessi, sia sulle condizioni contrattuali, sia sulla determinazione dell'offerta economica presentata. La Commissione di gara decideva di attivare il soccorso istruttorio per verificare se l'Impresa avesse preso contatti con il RUP ai fini dell'effettuazione del sopralluogo e la Soc. Bucaneve S.r.l., richiamando la delibera 312/2020 dell'Autorità, dichiarava di aver ritenuto superato l'obbligo del sopralluogo in forza dell'art. 103 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, così come modificato dall'articolo 37 del decreto-legge n. 23 dell'8/4/2020 e, pertanto, di aver provveduto direttamente ad allegare una dichiarazione di conoscenza dei luoghi senza inviare l'email per il sopralluogo.

Con note prot. n. 39888 del 29 maggio 2020 e prot. n. 41579 del 5 giugno 2020 è stato comunicato l'avvio del procedimento e sono pervenute memorie.

### CONSIDERATO IN DIRITTO



La questione che l'Autorità è chiamata a decidere concerne le conseguenze dell'omessa effettuazione del sopralluogo obbligatorio.

Nonostante il d.lgs. 50/2016 non contenga una disposizione analoga all'art. 106 del d.lgs. 163/2006, l'Autorità, in linea con ampia parte della giurisprudenza, ha ritenuto che è la formulazione dell'art. 79, comma 2, del Codice, laddove prevede che "quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo la consultazione sul posto dei documenti di gara (...)", a dare atto della legittimità della eventuale clausola del bando che preveda il sopralluogo come obbligatorio. Conformemente, deve ritenersi ancora attuale l'orientamento del Consiglio di Stato, formatosi sulla disciplina delle precedenti cause tassative di esclusione (art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006) a mente del quale è legittima la clausola del bando che preveda adempimenti a pena di esclusione non solo nelle ipotesi in cui detta "sanzione" sia espressamente prevista da disposizioni di legge o del Codice ma in tutti i casi in cui un dato comportamento sia previsto come doveroso ovvero come vietato (v. Consiglio di Stato, Adunanze Plenarie n. 21/2012 e n. 7/2014) (Delibera Anac n. 1363/2017; Delibera Anac n. 765 del 4 settembre 2019). In tale contesto, qualora la *lex specialis* preveda espressamente – come nel caso di specie – l'obbligatorietà del sopralluogo ai fini della presentazione dell'offerta, l'omissione di tale adempimento si configura, dunque, come una carenza dell'offerta e del suo contenuto, come tale insanabile, stante il valore sostanziale e non formale del sopralluogo obbligatoriamente richiesto alle imprese partecipanti, riconosciuto dal prevalente orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 4778/2015; sez. VI, sentenza n. 2800/2016; sez. V, sentenza n. 1037/2018 e sez. V, sentenza n. 4597/2018).

Per completezza, va dato atto di una recente pronuncia del Consiglio di Stato che ha ritenuto legittima la scelta della Stazione appaltante di non escludere dalla gara l'impresa che non aveva effettuato il sopralluogo obbligatorio. In particolare, il Collegio ha evidenziato che l'art. 79, comma 2, del Codice 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". La sentenza precisa, inoltre, che l'eventuale clausola che sanziona con l'esclusione la mancata effettuazione del sopralluogo si porrebbe in contrasto con l'art. 83, comma 8, ultimo periodo del d.lgs. 50/2016, in base al quale "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." (Cons. Stato, sez. V, n. 3581/2019).

Benchè tale pronuncia si ponga nel solco dei condivisibili principi di non aggravio del procedimento amministrativo e di massima partecipazione alle gare, si ritiene, tuttavia, di non potersi discostare dal proprio orientamento: la formulazione letterale dell'art. 79 riconosce alle Stazioni appaltanti la facoltà di richiedere, negli atti di gara, la presa visione dei luoghi. Trattasi di scelta discrezionale, da esercitare secondo i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, in modo da imporre l'obbligo del sopralluogo solo qualora lo stesso sia indispensabile ai fini della formulazione di un'offerta adeguata. Una volta effettuata la scelta, il rispetto del fondamentale canone della *par condicio*, quale indispensabile argine a difesa dell'imparzialità dell'azione amministrativa e della trasparenza, non consente all'amministrazione di esercitare alcun ulteriore potere discrezionale volto a valutare, di volta in volta, la scelta più conveniente da adottare.

Sotto altro profilo, va rilevato che il sopralluogo può essere imposto non solo nelle procedure di affidamento di lavori ma anche negli appalti di servizi e forniture. Nel bando tipo n. 1, approvato



dall'Autorità con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, è stata riconosciuta la facoltà delle Stazioni appaltanti di prevedere l'obbligo del sopralluogo. Nella nota illustrativa, è stato infatti chiarito che *"La Stazione appaltante può prescrivere l'effettuazione del sopralluogo a pena di esclusione, qualora l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con le strutture edilizie* (Determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4, ove era precisato che *"In particolare, la stazione appaltante può prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione qualora l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con gli organismi edilizi – come, ad esempio, avviene per il global service – ovvero qualora la prestazione debba essere eseguita in ambienti specifici e particolari (si pensi al caso di forniture biomedicali da installare in ambienti ospedalieri)."*

Anche la giurisprudenza ha riconosciuto come negli appalti di servizi, la clausola di *lex specialis*, con la quale il sopralluogo è prescritto a pena di esclusione, non può di per sé dirsi contraria alla legge o non prevista dalla legge, sempreché detto adempimento venga ad assumere *"un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 26 luglio 2018, n. 4597). Nei casi in cui detta proiezione funzionale non ricorra, la prescrizione escludente viene a porsi in contrasto con i principi di massima partecipazione alle gare e divieto di aggravio del procedimento, ponendo in capo all'operatore economico in maniera irragionevole un onere formale sproporzionato e ingiustificato e quindi in violazione dell'art. 83, co. 8, del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto la sua inosservanza non precluderebbe in alcun modo il perseguimento dei risultati verso cui è diretta l'azione amministrativa ovvero il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara (TAR Potenza, sent. n. 544/2019).

Nel caso di specie, si ritiene che la scelta operata dall'Amministrazione nel senso di imporre la presa visione dei luoghi sia esente da vizi di illogicità e irragionevolezza: l'appalto ha, infatti, ad oggetto la fornitura di materiali necessari all'allestimento degli eventi presso il Comune di Bertinoro e la presa visione delle vie di accesso e delle altre circostanze locali può incidere sulla formulazione dell'offerta nei termini dei mezzi da utilizzare (ad esempio la larghezza di eventuali furgoni) e di altre possibili limitazioni od ostacoli all'accesso all'area (ad esempio zone ZTL, cancelli, o altri ostacoli), che potrebbero incidere sui costi della fornitura.

Acclarato, pertanto, che è possibile prevedere, anche in un appalto di forniture, l'obbligo del sopralluogo e che, nel caso di specie, per le ragioni anzidette, la scelta operata dall'Amministrazione non appare irragionevole, si ritiene che la dichiarazione resa dalla Soc. Bucaneve S.r.l. di aver preso contezza delle circostanze che possono influire sulla formulazione dell'offerta non possa sostituire o ritenersi equivalente alla presa visione dei luoghi assistita dal RUP, anche in ragione del rispetto del canone della *par condicio* nei confronti degli altri partecipanti alla gara.

Le motivazioni addotte dall'Impresa a sostegno del mancato sopralluogo non risultano fondate.

Quanto alla situazione emergenziale in corso, va rilevato, per un verso, che gli spostamenti per motivi di lavoro sono stati sempre consentiti, anche nella cd. Fase 1. Peraltro, laddove l'Impresa avesse avuto difficoltà personali legate all'emergenza, avrebbe potuto segnalarlo all'Amministrazione, chiedendo contestualmente la concessione di una proroga dei termini endoprocedimentali e finali. Sotto altro aspetto, né l'art. 103 del d.l. 18/2020 né la Delibera dell'Autorità n. 312/2020 avrebbero potuto spiegare effetti diretti sulla procedura di gara in mancanza di un atto formale della Stazione appaltante che, recependone il contenuto, modificasse l'obbligo del sopralluogo (rendendolo facoltativo) o prorogasse i termini per la presentazione delle offerte. In particolare, nella Delibera n. 312/2020, l'Autorità, dopo aver precisato che *"Le stazioni appaltanti assicurano la massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni*



adottate in conseguenza dell'emergenza sanitaria", ha suggerito, con specifico riferimento al sopralluogo, una valutazione sull'opportunità di conservarne l'obbligatorietà ovvero di prorogare termini per la presentazione delle offerte, sottolineando sempre la necessità di una adeguata pubblicità delle determinazioni assunte.

Pertanto, in mancanza di una formale modifica degli atti di gara, la Soc. Bucaneve S.r.l. non aveva ragioni per ritenere che fosse venuto meno l'obbligo del sopralluogo e, in ogni caso, la diligenza professionale che caratterizza ogni operatore economico avrebbe quantomeno imposto di prendere contatti con la Stazione appaltante sia per chiedere chiarimenti sull'obbligatorietà del sopralluogo sia per rappresentare eventuali difficoltà logistiche derivanti dall'adempimento.

Neppure può condurre a diverse valutazioni la circostanza che l'Amministrazione non abbia reso pubblica la modifica delle modalità di effettuazione del sopralluogo (da fisico/materiale a virtuale). Ed infatti, se è vero che ogni modifica degli atti di gara soggiace al principio del *contrarius actus* e quindi va pubblicata, va tenuto presente che la modifica non ha riguardato l'obbligo del sopralluogo né le modalità per prendere appuntamento ma solo la forma della presa visione, con la conseguenza che la scelta di comunicare la modifica ai soli operatori economici che avessero preso contatti con il RUP non appare irragionevole. Soprattutto, risulta decisivo che la contestazione mossa nei confronti della Soc. Bucaneve S.r.l. concerne l'inosservanza delle prescrizioni della *lex specialis* e non il mancato rispetto delle decisioni assunte unilateralmente dalla Stazione appaltante e non pubblicate.

In altri termini, mentre non sarebbe stato possibile imputare all'operatore economico l'inosservanza di modalità per l'effettuazione del sopralluogo diverse da quelle previste negli atti di gara e non rese pubbliche, l'operatore risponde delle conseguenze connesse all'omesso rispetto delle previsioni del bando di gara di prendere contatti con il RUP.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che nel caso di specie ricorrano i presupposti per disporre l'esclusione dalla gara della Soc. Bucaneve S.r.l.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 luglio 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente