

Publicato il 27/06/2023

N. 03871/2023 REG.PROV.COLL.
N. 02601/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2601 del 2023, proposto da:

Conpat S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Zaccone e Francesco Mollica, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Caserta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Rachele Barbarano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

degli atti e dei provvedimenti assunti dall'Amministrazione resistente per l'affidamento dei lavori aventi ad oggetto i “Lavori di completamento capping e ripristino della funzionalità delle opere di estrazione biogas e di regimazione delle acque meteoriche della discarica sita in località Maruzzella” – C.I.G: 9407957BB5 – CUP: D25F21002210003”, nella misura in cui a mezzo degli stessi si è disposta l'esclusione dell'esponente dal prosieguo della gara e, in particolare:

- della nota del 3.5.2023, nonché della nota integrativa del 22.5.2023, recanti la comunicazione di esclusione del ricorrente dalla procedura di gara;
- dei verbali di gara (anche se non conosciuti), nella misura in cui, a mezzo degli stessi, la S.A. ha escluso l'odierno esponente dalla procedura;
- del disciplinare di gara (punto X.2.2 lett. P), ove inteso a richiedere la presentazione dell'attestazione di avvenuto sopralluogo a pena di esclusione dalla procedura;
- del capitolato di gara e di ogni altra previsione concorsuale recata dalla *lex specialis*, ove da intendersi nel senso di richiedere oltre all'attestazione SOA, quale requisito ulteriore ai fini della partecipazione, anche il possesso dell'iscrizione all'ANGA;
- del diniego tacitamente frapposto dalla S.A. all'istanza di riesame avanzata dall' esponente;
- di ogni altro atto, operazione o valutazione adottati o posti in essere dall'Amministrazione in dipendenza ed in relazione alle valutazioni, verifiche e determinazioni sottese all'esclusione;
- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente;

nonché per l'accertamento e la declaratoria della nullità del disciplinare di gara (punto X.2.2 lett. P) ove inteso a richiedere l'espletamento del sopralluogo e la presentazione dell'attestazione di avvenuto sopralluogo a pena di esclusione, nonché delle previsioni del CSA, ove intese a richiedere il possesso di iscrizione all'ANGA quale requisito di ammissione alla procedura;

con richiesta, in subordine, ove l'interesse primario all'aggiudicazione ed all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata possibilità di concorrere all'aggiudicazione della gara *de quo* e, quindi, all'esecuzione dell'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Caserta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2023 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La ricorrente impugna l'esclusione dalla gara in epigrafe, dall'importo di € 5.550.985,89, che è stata formulata per la mancanza (come indicato nel provvedimento del 22/5/2023):

a) *“dell'attestato di avvenuto sopralluogo così come previsto, pena esclusione, dal Bando di gara alla Sezione X- X 2.2 - Punto P”;*

b) *“dell'iscrizione all'ALBO NAZIONALE GESTORI AMBIENTALI di cui all'art. 212 del D.Lgs. 152/2006 così come previsto peraltro nel Capitolato Speciale di Appalto”, precisando che: “L'iscrizione all' ANGA è un requisito soggettivo che va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte e non al momento di espletare il servizio”.*

Deduce (in sintesi) che l'effettuazione del sopralluogo non è normativamente imposta e, in ogni caso, che la richiamata prescrizione del bando non poteva essere interpretata rigidamente, a scapito del principio della massima partecipazione; quanto all'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali, fa valere che essa è richiesta per l'esecuzione e non ai fini della partecipazione.

Sono denunciate le nullità del disciplinare e del CSA (laddove interpretati, rispettivamente, nel senso di richiedere a pena di esclusione l'espletamento del sopralluogo e l'iscrizione all'ANGA quale requisito di ammissione), formulando in via subordinata una domanda di risarcimento del danno.

L'Amministrazione si è costituita in giudizio, eccependo l'inammissibilità del motivo rivolto avverso l'esclusione per mancata allegazione del certificato dell'avvenuto sopralluogo (in quanto l'interessato avrebbe dovuto

tempestivamente impugnare la clausola prevedente l'esclusione), confutando entrambe le censure con la memoria depositata.

All'udienza in camera di consiglio del 21 giugno 2023 è stato formulato l'avviso ex art. 60 c.p.a. e il ricorso è stato assegnato in decisione.

2.- Sussistono le condizioni per la definizione del presente giudizio con una sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sentite sul punto le parti costituite, trascorso il termine dimezzato di dieci giorni dalla notificazione del ricorso, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, in assenza della volontà delle parti di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione.

Il ricorso è meritevole di accoglimento, nei seguenti termini.

2.1. Relativamente all'esclusione per la mancata effettuazione del sopralluogo, preme al Collegio rilevare che l'adempimento assolve all'esigenza di preservare dalle contestazioni che potrebbero essere mosse o dalle controversie insorgenti con l'esecutore dei lavori, garantendo la serietà dell'offerta dell'operatore economico che, avendo effettuato il sopralluogo, dimostri di ben conoscere lo stato dei luoghi e le condizioni per le lavorazioni.

Tuttavia, occorre tener conto dell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle gare, nello stesso interesse della Stazione appaltante a prescegliere il concorrente la cui offerta sia maggiormente qualificata.

Il contemperamento tra queste esigenze comporta che l'esclusione possa essere comminata solo allorché il concorrente rifiuti ingiustificatamente di attestare l'avvenuto sopralluogo, alla cui effettuazione sia stato all'occorrenza compulsato, attraverso il rimedio del soccorso procedimentale.

Tali aspetti sono stati messi in luce dalla giurisprudenza amministrativa, considerando che la comminatoria di esclusione è contrastante con i principi di massima partecipazione e di divieto di aggravio del procedimento, esulando

inoltre dalla configurazione dell'adempimento, delineata dall'art. 79, secondo comma, del d.lgs. n. 50/2016.

Il riferimento è alla pronuncia del Consiglio di Stato - sez. V del 18/3/2021 n. 2355, invocata da parte ricorrente, con cui si è statuito che: *“la prescrizione dell'obbligo di sopralluogo non costituisce una specifica causa di esclusione contemplata dal Codice dei contratti pubblici (arg. dall'art. 79, comma 2, cit.) o da altre disposizioni di legge vigenti. In secondo luogo, se ne deduce che la clausola del bando deve essere interpretata in senso restrittivo, attribuendo alla prescrizione quel significato che sia maggiormente conforme al principio di massima partecipazione alla gara (ed eventualmente utilizzando, a tali fini, gli strumenti di soccorso procedimentale previsti dall'ordinamento in materia di affidamento dei contratti pubblici: art. 83, comma 8, Cod. contr. pub.)”*.

In tal senso, è stato precisato che il soccorso procedimentale *“consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta”* (Cons. Stato - sez. V, 9/1/2023 n. 290, da ultimo).

Venendo alla fattispecie all'esame, ne discende che all'esclusione potrà pervenirsi all'esito dell'iter attivato con il soccorso in questione, nel caso in cui il concorrente ometta o rifiuti di effettuare il sopralluogo e di attestare la conoscenza dello stato dei luoghi.

Essendo interpretabile alla luce di quanto chiarito, per un verso la clausola del disciplinare non può essere tacciata di nullità e, per altro verso, non può essere eccepito che essa dovesse essere tempestivamente impugnata.

Quanto al richiamo, da parte della Provincia, all'art. 8, co. 1, lett. b), del DL 76/2020, convertito con legge n. 120/2020, va detto che la sanzione espulsiva, per l'inadempimento all'obbligo di procedere alla visita dei luoghi, è posta *“esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto della complessità dell'appalto da affidare”*.

Orbene, pur non disconoscendosi la rilevanza dell'appalto in questione, ai fini di poter configurare in via diretta e automatica la legittimità dell'esclusione, in base alla disposizione di legge citata, la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere ad una qualificazione in via espressa della speciale natura delle prestazioni e della correlata essenzialità dell'adempimento, non regolarizzabile, in mancanza della quale giova il ricorso all'interpretazione del bando nel senso anzidetto e all'attivazione del soccorso procedimentale.

Conclusivamente, alla stregua delle considerazioni che precedono, deve ritenersi illegittima l'esclusione della ricorrente, spettando alla Stazione appaltante di attivare il soccorso procedimentale e solo all'esito disporre l'esclusione del concorrente, che ometta o rifiuti di effettuare il sopralluogo.

A tale ultimo proposito, è bene precisare che il concorrente non può addurre a scusante la mancata previsione dei tempi e delle modalità per effettuare il sopralluogo, incombendo sullo stesso l'onere di diligenza e di cooperazione con la Stazione appaltante, connaturato del resto proprio al rimedio del soccorso procedimentale.

2.2. In ordine all'esclusione comminata per la mancata iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, è sufficiente rilevare che l'art. 5, comma 3, del Capitolato speciale d'appalto dispone che:

<<Il soggetto aggiudicatario esecutore dei lavori dovrà essere in possesso, ai fini della stipulazione del contratto di appalto a pena di decadenza dall'aggiudicazione, dell'iscrizione all'ALBO NAZIONALE GESTORI AMBIENTALI di cui all'art. 212 del D.Lgs. 152/2006, per la categoria 9 ("bonifica dei siti"), nella classe indicata nel Disciplinare di gara. Tale requisito dovrà essere mantenuto per tutta la durata dei lavori>>.

Gli espliciti riferimenti al soggetto "aggiudicatario", al preordinato fine "della stipulazione del contratto di appalto" e alla comminatoria di "decadenza" dall'aggiudicazione postulano che la mancanza dell'iscrizione non possa essere sanzionata per la partecipazione alla gara.

È pacifico che, a fronte di disposizioni inequivoche della legge di gara, non possa la Stazione appaltante farne applicazione in maniera difforme dal senso letterale (cfr., di recente, Cons. Stato - sez. IV, 16/6/2023 n. 5925: *“Il bando, costituendo la lex specialis del concorso, deve essere interpretato in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esse contenute vincolano rigidamente l’operato dell’amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità”*).

3.- Per le motivazioni che precedono il ricorso va dunque accolto e va annullata l’impugnata esclusione, con conseguente ammissione della ricorrente al prosieguo della procedura, nei termini di cui innanzi, quanto alla necessità di attivare il soccorso procedimentale prima di sanzionare il comportamento del concorrente che ometti o rifiuti di effettuare e attestare il sopralluogo.

L’esistenza di oscillazioni giurisprudenziali sui profili attinenti a quest’ultimo (cfr. Cons. St. n. 2355/2021, cit.), con conseguente incertezza sull’interpretazione della legge di gara, giustifica la compensazione per l’intero delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, pertanto, annulla l’impugnata esclusione, agli effetti che ne conseguono e nei termini illustrati in motivazione.

Compensa per l’intero le spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2023 con l’intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO