

N. 01434/2013 REG.PROV.COLL.

N. 02775/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2775 del 2012, proposto da: Impresa Edile Cimiteriale di Faccendini Natalia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Tiziano Ugoccioni, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Boccaccio 19;

contro

Comune di Canegrate, rappresentato e difeso dall'avv. Adriano Pilia, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Bianca Maria, 10;

per l'annullamento

del bando di gara con procedura aperta (pubblicato per estratto sulla GURI il 29 ottobre 2012) avente per oggetto l'affidamento dei servizi cimiteriali 2013/2015 nella parte in cui lo stesso (al punto 14 lett. b) dispone quanto segue: "i partecipanti dovranno aver preso visione dei luoghi cimiteriali. Il sopralluogo è fissato dalle h. 12.00 del giorno 07.11.2012. Luogo di ritrovo: ingresso civico cimitero di via Damiano Chiesa. Non sono ammesse richieste di sopralluogo individualizzate": del relativo disciplinare di gara nella parte in cui lo stesso prevede che, a pena di esclusione, i concorrenti debbano presentare una attestazione rilasciata dal Comune di Canegrate dalla quale risulti che il titolare o il legale rappresentante dell'impresa o il procuratore ha effettuato il sopralluogo presso il Civico Cimitero nel giorno fissato nel bando, di aver preso conoscenza della situazione dei luoghi, degli impianti e di aver valutato ogni circostanza utile ai fini della formulazione dell'offerta"; del relativo capitolato dei servizi e di ogni altro eventuale atto di lex specialis nella parte in cui gli stessi eventualmente prevedano, a pena di esclusione, gli adempimenti preliminari di sopralluogo stabiliti dal bando e dal disciplinare; del provvedimento prot. 14448 dell'8 novembre 2011 con il quale il Capo Area Servizi al Cittadino del Comune di Canegrate ha respinto la richiesta in data 8 novembre 2012 con la quale la ricorrente aveva chiesto di essere ammessa ad effettuare un sopralluogo individuale; della decisione, assunta dalla Commissione di gara in data 16 novembre 2012, di disporre la non ammissione della ricorrente e del successivo provvedimento prot. 14944 del 19 novembre 2012 con il quale il RUP informava la ricorrente stessa "che, nella seduta del 16 novembre 2012, la Commissione di gara ha disposto la non ammissione per carenza di documentazione in quanto non è stata presentata l'attestazione di avvenuto sopralluogo secondo le modalità previste dal bando e dal disciplinare di gara".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Canegrate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2013 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha impugnato il bando e l'esclusione dalla gara per l'affidamento dei servizi cimiteriali, disposta per la mancata presentazione dell'attestazione di avvenuto sopralluogo, per i seguenti motivi.

I) Violazione, travisamento e omessa applicazione dell'art. 46 comma 1 bis e 64 del Dlgs. n. 163/2006 in quanto non vi sarebbe nessuna norma del codice dei contratti né, tantomeno, del regolamento ovvero di altre leggi speciali che - in relazione agli appalti di servizi come è, appunto, quello di cui si discute - impongano, a pena di esclusione, di allegare all'offerta la dichiarazione di aver visione dei luoghi ove deve essere svolto il servizio ovvero di produrre una attestazione da parte della Stazione Appaltante che certifichi l'effettivo svolgimento di detto sopralluogo.

In particolare l'art. 106 del DPR n. 207/2010, recante il nuovo regolamento degli appalti pubblici nell'imporre ai concorrenti di produrre, unitamente alla propria offerta, una dichiarazione di sopralluogo si riferirebbe unicamente agli appalti di lavori e concessioni e non prevederebbe, in ogni caso, tale adempimento a pena di esclusione.

Nel caso in questione, pur non producendo l'attestazione del Comune la ricorrente, in persona del suo amministratore, ha comunque autodichiarato "di essersi recato sul luogo di esecuzione dei servizi e delle prestazioni, di aver preso conoscenza delle condizioni strutturali ed infrastruttura/i, nonché di tutte le circostanze generali particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei servizi e delle prestazioni e di aver giudicato gli stessi realizzabili".

II) Violazione dell'art. 1 comma 2 della legge n. 241/90. Eccesso di potere per illogicità ed inutile aggravio del procedimento in quanto non vi sarebbe motivo per non considerare sufficiente, ai fini dell'ammissione alla gara, la sola dichiarazione di sopralluogo del concorrente a prescindere dal modo (individuale o collettivo, con o senza l'assistenza di un tecnico della P.A.) con cui lo stesso è stato svolto.

La difesa dell'amministrazione ha chiesto la reiezione del ricorso. A seguito dell'accoglimento dell'istanza cautelare la ricorrente è risultata aggiudicataria della gara.

All'udienza del 21 maggio 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il ricorso è fondato.

2.1 Dall'esame degli atti risulta che il bando di gara, al punto 14 lett. b, prevedeva che "i partecipanti dovranno aver preso visione dei luoghi cimiteriali. Il sopralluogo è fissato dalle h. 12.00 del giorno 07.11.2012. Luogo di ritrovo: ingresso civico cimitero di via Damiano Chiesa. Non sono ammesse richieste di sopralluogo individualizzate". Tale adempimento era antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande, prevista per le ore 12.00 del 14.11.2012.

L'art. 3 del disciplinare, a sua volta, prevedeva che i concorrenti, a pena di esclusione, avrebbero dovuto presentare (all'interno della busta n. 1 recante l'istanza di partecipazione e la documentazione amministrativa) una "attestazione rilasciata dal Comune di Canegrate dalla quale risulti che il titolare o il legale rappresentante dell'impresa o il procuratore (la mandatario in

caso di imprese riunite) ha effettuato il sopralluogo presso il Civico Cimitero nel giorno fissato nel bando, di aver preso conoscenza della situazione dei luoghi, degli impianti e di aver valutato ogni circostanza utile ai fini della formulazione dell'offerta".

Tale attestazione doveva essere accompagnata dall'autodichiarazione "di essersi recato sul luogo di esecuzione dei servizi e delle prestazioni, di aver preso conoscenza delle condizioni strutturali ed infrastruttura/i, nonché di tutte le circostanze generali particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei servizi e delle prestazioni e di aver giudicato gli stessi realizzabili".

2.2 In merito ai requisiti richiesti dal bando di gara per la partecipazione, la giurisprudenza ha già avuto modo di precisare come anche dopo le modifiche introdotte dal c.d. decreto sviluppo di cui al d.l. n.70/2011, sia rimasta inalterata la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere, a pena di esclusione, tutti i documenti e gli elementi ritenuti necessari o utili per identificare e selezionare i partecipanti ad una procedura concorsuale nel rispetto del principio di proporzionalità, ai sensi degli art. 73 e 74 del Codice dei contratti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3884).

Con riferimento in particolare all'attestazione del r.u.p. di presa visione dei luoghi dove devono eseguirsi i lavori, imposta dal disciplinare di gara, un orientamento ha affermato che con il richiedere tale attestazione "la stazione appaltante pone a carico dell'appaltatore un preciso dovere cognitivo, cui corrisponde una altrettanto precisa responsabilità contrattuale di quest'ultimo. La provenienza di detto documento dall'amministrazione aggiudicatrice assicura a quest'ultima maggiore tutela, a presidio dell'interesse, di ordine imperativo, all'individuazione del contraente più idoneo nonché alla correttezza e regolarità della gara, in un'ottica dunque di rafforzamento degli adempimenti dichiarativi imposti dall'art. 71, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999 e dunque in coerenza con l'interesse pubblico sotteso a tale norma di azione".

2.3 Venendo al caso in questione occorre rilevare che il Comune di Canegrate ha introdotto un requisito di partecipazione ingiustamente limitativo della concorrenza in quanto ha imposto alle imprese di partecipare ad un sopralluogo prima della scadenza del termine di presentazione delle istanze di partecipazione.

In questo modo le imprese che hanno conosciuto all'ultimo momento il bando od hanno deciso di partecipare alla gara nel periodo intercorrente tra il giorno del sopralluogo e la scadenza del termine per la partecipazione, erano in sostanza già escluse dalla gara in quanto non in grado di presentare la suddetta attestazione del r.u.p.

L'adempimento richiesto viola quindi il principio di proporzionalità ed il termine di partecipazione alla gara, in quanto imponendo l'obbligo di maturare requisiti di partecipazione alla gara in data anteriore al termine finale di partecipazione, ha sostanzialmente ridotto i termini di partecipazione ed ha introdotto un adempimento non assolvibile dalle imprese che venivano a conoscenza del bando in data successiva alla data del sopralluogo ma prima della scadenza dei termini di partecipazione alla gara.

2.4 A ciò si aggiunge, secondo il Collegio, che l'attestazione del r.u.p. di presa visione dei luoghi dove devono eseguirsi i lavori è requisito che non trova adeguato supporto normativo in quanto l'art. 106 del D.P.R. 207/2010, nell'intento evidente di semplificare le modalità di partecipazione alla gara, si limita a prevedere la

dichiarazione di sopralluogo a cura del partecipante e la richiede esclusivamente per gli appalti e le concessioni di lavori pubblici.

Occorre rammentare in merito che lo scopo della riforma delle cause di esclusione è stata quella di porre un freno al proliferare delle cause di esclusione inventate dall'amministrazione e giungere a rendere più omogenei e prevedibili i bandi, ottenendo così un freno al proliferare della litigiosità giudiziaria.

Con riferimento alla conoscenza dei luoghi occorre rammentare che la giurisprudenza amministrativa precedente la riforma considerava generalmente sufficiente ai fini dell'ammissione alla gara la dichiarazione di sopralluogo a prescindere dalle modalità con cui esso sia stato eseguito, a meno che non fosse espressamente richiesto anche uno specifico verbale di sopralluogo sulle relative modalità (Cons. St., sez. V, 7 luglio 2005 n. 3729).

La prescrizione del bando di gara che richiede, tra i documenti da allegare all'offerta, la certificazione, con la quale la stazione appaltante, e per essa il responsabile del procedimento, attesti l'effettiva presa visione del progetto e dei luoghi in cui debbono eseguirsi i lavori, è stata sempre considerata una previsione derivante da una scelta discrezionale della stazione appaltante ispirata all'intento di integrare e rafforzare, ma soprattutto verificare, con apposita certificazione del responsabile del procedimento, la dichiarazione prevista dall'art. 71, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999 già resa dai concorrenti (TAR Lazio, Latina, 24 ottobre 2003 n. 868; cfr., altresì, Cons. St., sez. IV, 13 settembre 2001 n. 4805; TAR Basilicata, Potenza, 5 novembre 2004 n. 742).

Si tratta quindi in sostanza dell'introduzione di un adempimento formale, privo di base normativa e con funzione esclusivamente rafforzativa delle garanzie di legge, che si pone in contrasto con le esigenze di semplificazione e standardizzazione dei bandi perseguita dal c.d. decreto sviluppo e da altre disposizioni normative, quali quelle introduttive dei bandi tipo.

Ne consegue che deve ritenersi sufficiente ai fini dell'ammissione ad una gara la dichiarazione di sopralluogo a prescindere dalle modalità con cui esso sia stato eseguito, e deve escludersi che la mancanza dell'attestazione del r.u.p. possa costituire causa di esclusione, avendo il legislatore già disciplinato la materia della conoscenza dei luoghi senza prevedere tale adempimento meramente formale.

3. In definitiva quindi il ricorso va accolto.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto di esclusione dalla gara ed il bando in parte qua.

Condanna il Comune al pagamento delle spese processuali a favore della ricorrente che liquida in euro 2.500,00 oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

Antonio De Vita, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 31/05/2013

IL SEGRETARIO
(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)