

Publicato il 28/06/2019

N. 00544/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00139/2019 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 per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 139 del 2019, proposto da Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, domiciliato presso la Segreteria T.A.R. in Potenza, via Rosica, 89;

contro

Comune di Melfi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asmel Consortile S.C.A.R.L. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) del provvedimento di esclusione della ATI Raggio di Sole dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione dell'asilo nido nel Comune di Melfi (CIG 763548598B);

b) dei verbali di gara tutti, con particolare riferimento al verbale n. 1 del 19.11.2018, n. 2 del 3.12.2018, n. 3 del 3.12.2018, n. 4 del 7.12.2018, n. 5 del

- 12.12.2018, n. 6 del 21.12.2018, n. 7 del 2.1.2019 n. 8 dell'11.3.2019 non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti e/o integrativi;
- c) della nota del Comune di Melfi prot. n. 4046 del 13.2.2019;
 - d) della nota del Comune di Melfi prot. n. 4510 del 18.2.2019;
 - e) della determinazione del Comune di Melfi n. 202 del 18.2.2019;
 - f) ove e per quanto lesivo, dell'avviso pubblicato ex art. 29 d.lgs. 50/2016 in ordine all'elenco ammessi/esclusi;
 - g) ove e per quanto lesivi, del bando di gara, del disciplinare di gara e del Capitolato speciale di appalto laddove interpretati ovvero interpretabili così come fatto dalla stazione appaltante con particolare riferimento all'art. 11 del disciplinare di gara;
 - h) ove e per quanto lesivi, di tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali e connessi, anche non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti.

Nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio eventualmente stipulato nelle more del presente giudizio;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Melfi;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2019 il dott. Paolo Mariano e uditi per le parti i difensori Salvatore Zaza per dichiarata delega dell'avv. Tozzi e Lentini per dichiarata delega dell'avv. Pinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe, spedito per la notificazione in data 15/3/2019, Raggio di Sole Soc. Coop., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Senexus Soc. Coop.e Consorzio Terzo Settore Soc. Coop., ha

impugnato il provvedimento con cui è stata disposta l'esclusione della predetta ATI dalla gara di appalto bandita dall'Asmel Consortile, in nome e per conto del Comune di Melfi, per l'affidamento del servizio quinquennale di gestione dell'asilo nido comunale (valore di € 2.477.224,05) e la contestuale aggiudicazione ad Asmel Consortile, odierna controinteressata.

1.1. In fatto, emerge quanto segue:

- l'art. 11 del Disciplinare di gara stabilisce l'obbligatorietà del sopralluogo, precisando che, in caso di ATI, l'adempimento può essere effettuato dal rappresentante di uno degli operatori economici associati *“purché munito della delega di tutti detti operatori”*. La violazione di tale prescrizione è espressamente comminata con l'esclusione dalla procedura;
- con verbale n. 8 dell'11/3/2019, la stazione appaltante ha escluso l'ATI ricorrente in quanto *“agli atti d'ufficio non risulta rilascio di attestato di avvenuto sopralluogo alla società cooperativa Raggio di Sole”*.

1.2. La ricorrente assume l'illegittimità del provvedimento di esclusione in ragione dei seguenti motivi:

- *Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 79, 83 commi 8 e 9 D.lgs. 50/2016, Art. 97 Cost.) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto ovvero carenza di motivazione.*

Il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo in quanto Raggio di Sole Soc. Coop. avrebbe conferito delega al sopralluogo in favore delle altre associate, malgrado ciò non risulti dagli atti del procedimento di gara.

- *Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 79, 83 commi 8 e 9 D.lgs. 50/2016, Artt. 2, 3, 7, L. 241/90, Art. 97 Cost.) – Difetto ovvero carenza di istruttoria – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto ovvero carenza.*

In subordine, la richiamata clausola del disciplinare andrebbe dichiarata nulla per violazione del principio di tassatività delle clausole escludenti, in quanto nessuna norma imperativa consentirebbe di subordinare, negli appalti diversi da quelli per l'affidamento di lavori, la presentazione di un'offerta alla

effettuazione di un sopralluogo, né tale adempimento avrebbe, in specie, carattere sostanziale.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Melfi, resistendo all'accoglimento del ricorso in considerazione della correttezza delle motivazioni poste a fondamento della determinazione espulsiva.

3. Alla camera di consiglio del 5 giugno 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Il ricorso è fondato nei sensi appresso indicati.

5. Non coglie nel segno il primo motivo di ricorso.

Parte ricorrente non ha dimostrato di aver effettivamente adempiuto l'obbligo di sopralluogo prescritto dall'art. 11 del Disciplinare di gara.

Anzitutto, va rilevato che gli attestati di avvenuto sopralluogo rilasciati dal Comune di Melfi in favore delle due associate, Consorzio Terzo Settore Soc. Coop. e Senexus Soc. Coop., non recano alcuna menzione della supposta delega conferita dalla mandataria Raggio di Sole, talché non risulta *ex actis* che il sopralluogo effettuato sia avvenuto anche per conto di quest'ultima società, secondo quanto imposto dalla *lex specialis*. A tali attestati va riconosciuta fede privilegiata, potendo i relativi contenuti essere contrastati, anche per mera erroneità, soltanto in presenza di contrarie evidenze che, tuttavia, in specie, non sono state prodotte.

Peraltro, va altresì evidenziato che parte ricorrente non ha neppure dimostrato l'effettivo e previo conferimento di detta delega, a prescindere dal dirimente profilo della sua mancata acquisizione da parte della stazione appaltante. Invero, quella versata in atti, da un lato non è corredata dalle ricevute di consegna ai recapiti delle società delegate, dall'altro non garantisce data certa riguardo alla sua anteriorità rispetto allo svolgimento del sopralluogo.

6. E', invece, fondato il secondo motivo di ricorso.

Preliminarmente, va richiamato in materia di rapporti tra obbligo di sopralluogo e clausole escludenti, l'orientamento giurisprudenziale secondo

cui, anche 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*” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3581), 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.

In adesione alle richiamate coordinate interpretative, deve ritenersi che la previsione escludente di cui l'art. 11 del Disciplinare di gara si presenta del tutto priva di reale contenuto sostanziale in relazione alle caratteristiche concrete del servizio oggetto della procedura.

Depongono in tal senso i seguenti profili.

Il servizio oggetto di causa non ha nessuna diretta e stretta attinenza con le strutture edilizie in cui viene esercitato, come desumibile dalla descrizione delle prestazioni oggetto dell'affidamento (cfr. art. 10 del Capitolato speciale) e dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica (art. 18.1 del Disciplinare di gara). Nessuna di tali previsioni di *lex specialis* riconnette, infatti, alcuna rilevanza a tale profilo nell'economia dell'affidamento.

A dimostrazione dell'assenza di una stretta connessione tra lo svolgimento del servizio e la sede comunale dell'asilo nido, è persino previsto che il Comune di Melfi possa modificare in corso di rapporto detta sede (cfr. art. 8 del Capitolato speciale). Circostanza che, sia pure indirettamente, testimonia

l'irrelevanza sostanziale del sopralluogo dei locali ai fini della formulazione dell'offerta e, quindi, della successiva prestazione del servizio.

Le planimetrie e la descrizione dell'immobile di proprietà comunale adibito a svolgimento del servizio sono state incluse tra i documenti della *lex specialis*, essendo, dunque, lo stato e la conformazione dei luoghi conoscibili da ciascun offerente, a prescindere dal sopralluogo fisico.

L'ATI esclusa ha, nel suo complesso, comunque acquisito effettiva conoscenza dei luoghi, avendo due delle imprese associate svolto il sopralluogo prima della formulazione dell'offerta unitariamente formulata.

A fronte di tali perspicui elementi fattuali, unitariamente intesi, deve ritenersi che il Comune di Melfi non ha esposto alcuna convincente motivazione riguardo al carattere sostanziale del prescritto sopralluogo e, quindi, alla giustificazione della sanzione escludente. Invero, non può rilevare la dedotta essenzialità del sopralluogo in relazione alla dislocazione del servizio presso due sedi (una comunale e l'altra messa a disposizione dall'aggiudicatario), considerato che trattasi di un profilo meramente estrinseco che non è di per sé stesso in grado di incidere sulle conclusioni cui le considerazioni dianzi esposte conducono.

A ciò consegue il contrasto dell'art. 11 del Disciplinare di gara con l'art. 83, co. 8, del D.Lgs. n. 50/2016, con conseguente nullità della clausola escludente e, dunque, illegittimità del conforme provvedimento di esclusione.

6. Conclusivamente, il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto – previa declaratoria di nullità dell'articolo 11 del Disciplinare di gara - l'annullamento del provvedimento di esclusione impugnato.

7. In ragione della particolarità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Benedetto Nappi, Primo Referendario

Paolo Mariano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Mariano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO