

Pubblicato il 07/06/2017

N. 00439/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00013/2017 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 13 del 2017, proposto dalla D.E.S.I. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco De Marini e Barbara Savorelli, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

Comune di Tramutola, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento:

-del provvedimento prot. n. 385 del 12.1.2017 (notificato tramite posta elettronica nella medesima data del 12.1.2017), con il quale il Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Tramutola non ha ammesso la D.E.S.I. S.r.l. alla successiva procedura negoziata per la concessione triennale della gestione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale;

-dell'art. 6 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 e dell'art. 13 della successiva lettera invito del 3.1.2017, nella parte in cui stabiliscono che, per essere ammessi alla procedura negoziata, le ditte interessate devono effettuare, a pena di esclusione, il sopralluogo;

-dell'art. 16 della predetta lettera invito del 3.1.2017, nella parte in cui, nell'ambito della disciplina del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevede, tra gli elementi gestionali dell'offerta tecnica, l'attribuzione di 10 punti per il possesso del rating di qualità, chiedendone: 1) in via principale, la disapplicazione dell'art. 95, comma 13, D.Lg.vo n. 50/2016, per contrasto con il considerando n. 73 e con l'art. 41, comma 2, della Direttiva dell'Unione Europea n. 23/2014 e/o con i principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità oppure, ai sensi dell'art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la rimessione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia del predetto art. 95, comma 13, D.Lg.vo n. 50/2016, in quanto contrastante con la suddetta normativa comunitaria; 2) in via subordinata, la rimessione alla Corte Costituzionale della questione di illegittimità costituzionale sempre dell'art. 95, comma 13, D.Lg.vo n. 50/2016 per contrasto con il principio previsto dalla lett. ff), del comma 1, dell'art. 1 della Legge Delega n. 11/2016;

nonché per la condanna

del Comune di Tramutola al risarcimento:

1) in via principale, in forma specifica, mediante l'ammissione della D.E.S.I. S.r.l. alla suddetta procedura negoziata o mediante rinnovazione dello stesso procedimento, previa declaratoria della

nullità e/o annullamento e/o inefficacia del contratto di concessione, se nelle more già stipulato;

2) in via subordinata, in forma equivalente, “per gli importi che verranno quantificati in corso di causa e/o nella maggiore o minor somma che sarà ritenuta equa e/o secondo i criteri che si chiede a codesto Ecc.mo Tribunale di voler indicare”;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2017 il Cons.

Pasquale Mastrantuono e udito l'avv. Francesco De Marini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La D.E.S.I. S.r.l. è subentrata alla Alfano S.r.l., per averne acquisito il ramo d'azienda in data 14.9.2015, nella gestione del servizio di illuminazione votiva del Cimitero del Comune di Tramutola (cfr. Del. G.M. n. 94 del 29.12.2015, di proroga del servizio fino all'aggiudicazione della nuova gara).

Con Determinazione n. 482 del 2.12.2016 il Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Tramutola ha indetto un'indagine di mercato, al fine di individuare gli operatori economici, da invitare alla successiva procedura negoziata, per l'affidamento della concessione triennale della gestione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale.

L'avviso di indagine di mercato, pubblicato il 6.12.2016, ha previsto:

1) l'importo a base di gara di € 56.734,56; 2) come requisiti di ammissione: a) il possesso della categoria OG10 e/o OS30-OG11,

classifica I, o in alternativa i requisiti di ordine tecnico-organizzativo contemplati dalla normativa vigente; b) l'aver realizzato nel triennio 2013-2015 un fatturato non inferiore a € 85.000,00, di cui un fatturato annuo minimo di € 6.500,00; c) l'aver svolto negli ultimi 10 anni servizi analoghi; 3) l'obbligo, per essere ammessi alla procedura negoziata, di effettuare, a pena di esclusione, il sopralluogo; 4) il termine perentorio delle ore 13,00 del 22.12.2016 per la presentazione delle domande di partecipazione.

Con provvedimento prot. n. 385 del 12.1.2017 (notificato tramite posta elettronica nella medesima data del 12.1.2017) il Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Tramutola non ha ammesso la D.E.S.I. S.r.l. alla procedura negoziata, in quanto non aveva allegato alla domanda di partecipazione l'attestazione dell'avvenuto sopralluogo.

Pertanto, il Comune di Tramutola spediva alle ditte ammesse la lettera invito del 3.1.2017, prevedendo: 1) che non era richiesto un ulteriore sopralluogo; 2) il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di: A) massimo 70 punti alle offerte tecniche, così suddiviso: a1) massimo 10 punti per le "Modalità organizzative e gestionali di svolgimento del servizio"; a2) massimo 5 punti per la "Dotazione organica e tecnica da assicurare nella gestione del servizio"; a3) massimo 5 punti per il possesso della "Certificazione del sistema di qualità"; a4) massimo 5 per il possesso della "Certificazione del sistema di qualità ambientale e di sicurezza (ISO 14001 e ISO 18001)"; a5) massimo 5 punti per il possesso della "Certificazioni di responsabilità sociale dell'impresa (SA 8000); a6) massimo 10 punti per il possesso del "Rating di legalità"; a7) massimo 15 punti per gli "Interventi volti al risparmio

energetico”; a8) massimo 10 punti per gli “Interventi di razionalizzazione/ammodernamento degli impianti”; a9) e massimo 5 punti per la “Tempistica di esecuzione dei lavori”; B) massimo 30 punti per l’offerta economica, da corrispondere al Comune, che non poteva essere inferiore al 10% del corrispettivo annuale di € 17,13 oltre IVA, pagato dagli utenti; 3) il termine perentorio per la presentazione delle offerte delle ore 13,00 del 13.1.2017, poi prorogato al 23.1.2017, con la fissazione della prima seduta pubblica in data 17.1.2017, poi prorogato al 27.1.2017.

La D.E.S.I. S.r.l. con il presente ricorso, notificato il 16/19.1.2017 e depositato il 16.1.2017, ha impugnato:

1) il suddetto provvedimento di esclusione dalla gara prot. n. 385 del 12.1.2017, deducendo la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto, poiché la ricorrente gestiva attualmente il servizio, conosceva lo stato dei luoghi, per cui risultava inutile nei suoi confronti l’obbligo del sopralluogo, ed anche che gli artt. 6 dell’avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 e 13 della lettera invito del 3.1.2017 dovevano essere interpretati nel senso che l’attestato di avvenuto sopralluogo doveva essere presentato nell’ambito della successiva fase della procedura negoziata, in allegato all’offerta; deducendo pure la nullità ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016 degli artt. 6 dell’avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 e 13 della lettera invito del 3.1.2017, sia perché l’obbligo di sopralluogo era previsto dal previgente art. 106, comma 2, DPR n. 207/2010 soltanto con riferimento agli appalti pubblici di lavori, sia perché tale norma era stata abrogata dall’art. 217 del nuovo Codice degli appalti ex D.Lg.vo n. 50/2016, che non lo contemplava più al proprio interno;

2) l'art. 16 della predetta lettera invito del 3.1.2017, nella parte in cui, nell'ambito della disciplina del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevede, tra gli elementi gestionali dell'offerta tecnica, l'attribuzione di 10 punti per il possesso del rating di qualità, chiedendone: A) in via principale, la disapplicazione dell'art. 95, comma 13, D.Lg.vo n. 50/2016, per contrasto con il considerando n. 73 e con l'art. 41, comma 2, della Direttiva dell'Unione Europea n. 23/2014 e/o con i principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità oppure, ai sensi dell'art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la rimessione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia del predetto art. 95, comma 13, D.Lg.vo n. 50/2016, in quanto contrastante con la suddetta normativa comunitaria; B) in via subordinata, la rimessione alla Corte Costituzionale della questione di illegittimità costituzionale sempre dell'art. 95, comma 13, D.Lg.vo n. 50/2016 per contrasto con il principio previsto dalla lett. ff), del comma 1, dell'art. 1 della Legge Delega n. 11/2016.

Con Ordinanza n. 28 dell'8.2.2017 questo Tribunale ha fissato l'Udienza Pubblica del 22.3.2017 ed, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., ha rilevato l'inammissibilità per difetto di interesse dell'impugnazione dell'art. 16 della lettera invito del 3.1.2017, nella parte in cui, nell'ambito della disciplina il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevede, tra gli elementi gestionali dell'offerta tecnica, l'attribuzione di 10 punti per il possesso del rating di qualità.

All'Udienza Pubblica del 22.3.2017 il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso risulta infondato nella parte relativa all'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara prot. n. 385 del 12.1.2017 e

degli artt. 6 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 e 13 della lettera invito del 3.1.2017, mentre va dichiarato inammissibile per difetto di interesse con riferimento all'impugnazione dell'art. 16 della lettera invito del 3.1.2017, nella parte in cui, nell'ambito della disciplina il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevede, tra gli elementi gestionali dell'offerta tecnica, l'attribuzione di 10 punti per il possesso del rating di qualità. Infatti, l'art. 6 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016, rubricato "Sopralluogo assistito in sito", statuisce che "è obbligatoria la visita di sopralluogo" e che "il sopralluogo deve essere effettuato a pena di inammissibilità", specificando in modo analitico le persone che lo dovevano eseguire, con la puntualizzazione che "la mancata attestazione di avvenuto sopralluogo è motivo di esclusione dalla eventuale successiva fase relativa alla procedura negoziata"; mentre l'art. 13 della successiva lettera invito del 3.1.2017, rubricato "Sopralluoghi", precisa: "Non è richiesto ulteriore sopralluogo. Le ditte interessate a partecipare alla gara non sono tenute a presentare l'attestato di presa visione già avvenuta in fase di avviso esplorativo". Pertanto, da tali disposizioni si evince chiaramente l'obbligo, per essere ammessi alla procedura negoziata, di effettuare, a pena di esclusione, il sopralluogo, per cui non può assolutamente essere condivisa la tesi della società ricorrente, secondo cui i predetti artt. 6 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 e 13 della lettera invito del 3.1.2017 dovevano essere interpretati nel senso che l'attestato di avvenuto sopralluogo doveva essere presentato nell'ambito della successiva fase della procedura negoziata, in allegato all'offerta.

Va disattesa anche l'eccezione di la nullità ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016 dei citati artt. 6 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 e 13 della lettera invito del 3.1.2017.

Infatti, il suindicato obbligo di sopralluogo non rientra nell'ambito oggettivo dell'art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016, il quale, come il previgente art. 46, comma 1 bis, D.Lg.vo n. 163/2006, statuisce la nullità delle prescrizioni a pena di esclusione, contemplate dalle lex specialis di gara, "ulteriori" rispetto a quelle previste dal Codice degli Appalti e dalle altre vigenti disposizioni di legge, attesoche, sebbene l'art. 106, comma 2, DPR n. 207/2010 sia stato abrogato dall'art. 217 del nuovo Codice degli Appalti, l'art. 79, comma 2, D.Lg.vo n. 50/2016, nel disciplinare i termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, contempla i casi in cui "le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo la consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati", riferendosi a tutti le tipologie di pubblici appalti e perciò anche agli appalti di servizi e/o alle concessioni di servizi e non solo agli appalti ed alle concessione di lavori pubblici, come il previgente art. 106 DPR n. 207/2010.

Pertanto, non può ritenersi nullo l'obbligo del sopralluogo, statuito dagli impugnati artt. 6 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 e 13 della lettera invito del 3.1.2017, anche perché la concessione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale in questione comprende l'esecuzione di lavori agli impianti elettrici, finalizzati al risparmio energetico ed alla loro razionalizzazione e/o ammodernamento (cfr. gli elementi di valutazione B1, B2 e B3 dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indicati nell'art. 16

della lettera invito del 3.1.2017), per la cui offerta risultava necessario il sopralluogo: a riprova di ciò, va pure evidenziato che l'art. 4 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 prevedeva, tra i requisiti di ammissione, il possesso della categoria OG10 e/o OS30-OG11, classifica I, o in alternativa i requisiti di ordine tecnico-organizzativo contemplati dalla normativa vigente.

Comunque, anche per la formulazione di un'offerta, relativa alla gestione del servizio di illuminazione votiva, risulta necessario verificare con sopralluogo la reale consistenza e stato di conservazione degli impianti elettrici cimiteriali.

Il provvedimento di esclusione dalla gara prot. n. 385 del 12.1.2017 ed i suindicati artt. 6 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 e 13 della lettera invito del 3.1.2017 non violano anche i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Infatti, non può essere condivisa la tesi della società ricorrente, secondo cui la sanzione dell'esclusione dalla gara non poteva essere applicata alla ditta, che attualmente gestiva il servizio, in quanto già conosceva bene lo stato dei luoghi, per cui risultava inutile nei suoi confronti l'obbligo del sopralluogo, atteso che, in virtù del fondamentale principio della par condicio in tutti i procedimenti di evidenza pubblica, le regole, stabilite dalla lex specialis di gara, devono essere applicate a tutti i concorrenti, non potendo ricevere un trattamento privilegiato e/o differenziato il gestore uscente del servizio.

Il rispetto del predetto principio della par condicio non consentiva anche, come preteso dalla società ricorrente, la previsione nell'ambito dell'avviso di indagine di mercato e/o della lettera invito di un'espressa deroga nei suoi confronti dall'obbligo del sopralluogo,

anche perché l'attuale espletamento del servizio di illuminazione votiva avrebbe consentito alla società ricorrente di adempiere più facilmente alla prescrizione di effettuare il sopralluogo nel cimitero di Tramutola.

Va anche precisato che non risulta pertinente la Giurisprudenza (C.d.S. Sez. V n. 3729 del 7.7.2005; TAR Palermo Sez. I n. 398 del 27.3.2008; TAR Sardegna Sez. I n. 827 del 4.12.2013) ed i pareri precontenzioso ANAC n. 105 del 9.6.2011 e n. 50 del 30.9.2014, citati dalla società ricorrente, in quanto si riferiscono a fattispecie in cui le *lex specialis* di gara, ritenute legittime dal Giudice Amministrativo, contemplavano soltanto l'obbligo della dichiarazione sostitutiva di essersi recati sul posto e non anche il verbale di sopralluogo, mentre, nella specie, la ricorrente non ha nemmeno allegato alla domanda di partecipazione la dichiarazione di conoscere i luoghi di esecuzione e tutte le circostanze suscettibili di influire sulla decisione di partecipare alla procedura negoziata e di ritenere remunerativo il canone minimo, da corrispondere al Comune, del 10% del corrispettivo annuale di € 17,13 oltre IVA, pagato dagli utenti, già indicato dall'art. 5 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016.

Al riguardo, va evidenziato che la Giurisprudenza (Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia n. 901 del 27.11.2013 e n. 511 del 28.7.2011; C.d.S. Sez. V n. 3729 del 7.7.2005; C.d.S. Sez. IV n. 3063 del 6.6.2001; TAR Bari Sez. I n. 2605 del 3.11.2009) ed anche la Sentenza TAR Palermo Sez. I n. 398 del 27.3.2008, citata dalla ricorrente, ha sempre tenuto distinti la dichiarazione di sopralluogo del partecipante alla gara ed il verbale di sopralluogo, redatto dalla stazione appaltante, aventi entrambi le finalità di consapevoli

determinazioni in relazione ai prezzi offerti e di tutelare l'Amministrazione committente da successive ed ulteriori pretese e/o integrazioni dell'appaltatore, giustificate con la non perfetta conoscenza dei luoghi, statuendo la legittimità sia dei bandi, che prevedono l'obbligo della sola dichiarazione, sia le *lex specialis* di gara, che contemplano soltanto il verbale di sopralluogo o entrambi.

Sul punto, va richiamata la condivisibile Sentenza C.d.S. Sez. V n. 2668 del 9.5.2000, ai sensi della quale “in una gara d'appalto pubblico, qualora il bando prescriva l'obbligo per l'impresa partecipante di prender diretta visione dei luoghi, il verbale di sopralluogo non può esser surrogato dalla dichiarazione di presa visione di tutti gli elementi che possono influire nella determinazione del prezzo, in quanto quest'ultimo svolge una funzione meramente formale e serve a rendere più agevole l'emersione della responsabilità dell'appaltatore in caso d'inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con il contratto, mentre il verbale di sopralluogo impone il compimento di un'attività materiale diretta a ridurre il rischio dell'inconsapevole presentazione di offerte non sufficientemente motivate, onde le due formalità sono diverse ed infungibili”.

Al riguardo, va, altresì, richiamato l'orientamento giurisprudenziale (cfr. TAR Bari Sez. I Sent. n. 148 del 10.2.2016), secondo cui la mancata effettuazione del sopralluogo determina l'esclusione dalla gara, in quanto costituisce un adempimento essenziale ed insostituibile, non suscettibile di regolarizzazione ai sensi dell'art. 38, comma 2 bis, D.Lg.vo n. 163/2006 (ora sostituito dall'art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016).

Per completezza, va precisato che non risulta irragionevole anche la scelta della stazione appaltante di aver anticipato l'obbligo del

sopralluogo alla fase dell'indagine di mercato, in quanto in tal modo la successiva procedura negoziata sarebbe stata più veloce.

Pertanto, va respinta l'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara prot. n. 385 del 12.1.2017 e degli artt. 6 dell'avviso di indagine di mercato del 6.12.2016 e 13 della lettera invito del 3.1.2017.

Conseguentemente, va dichiarata inammissibile per difetto di interesse l'impugnazione dell'art. 16 della lettera invito del 3.1.2017, nella parte in cui, nell'ambito della disciplina del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevede, tra gli elementi gestionali dell'offerta tecnica, l'attribuzione di 10 punti per il possesso del rating di qualità, in quanto, poiché la ricorrente non è stata ammessa alla procedura negoziata, non ha interesse a contestare la legittimità della predetta disposizione della *lex specialis* di gara.

Comunque, il predetto art. 16 della lettera invito avrebbe potuto essere impugnato soltanto all'esito della procedura negoziata, in caso di mancata aggiudicazione, in quanto non impediva la partecipazione alla gara.

A quanto sopra consegue che il ricorso in esame va in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile, nei sensi sopra indicati.

Poiché il Comune di Tramutola non si è costituito in giudizio, non occorre provvedere sulle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe, nei sensi indicati in motivazione.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

Benedetto Nappi, Referendario

L'ESTENSORE
Pasquale Mastrantuono

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO