

Appalti

Gare, nulla la clausola che impone il sopralluogo a pena di esclusione

Tar Lazio: nessuna prescrizione del nuovo codice riconosce al Rup la possibilità di imporre il sopralluogo con la sanzione del cartellino rosso

di Stefano Usai
08 Gennaio 2024

Nel nuovo codice, il sopralluogo non può essere imposto a pena di esclusione. La norma del disciplinare che disponesse l'effetto espulsivo in caso di inadempimento deve ritenersi nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. [In questo senso il Tar Lazio, Roma, sez. II-bis n. 140/2023.](#)

La questione del sopralluogo

Il ricorrente, tra le altre, censura il provvedimento di esclusione dalla gara a causa della mancata effettuazione, secondo la stazione appaltante, del sopralluogo che, la legge speciale, imponeva pena di esclusione (si trattava di un appalto integrato, progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori).

Secondo il ricorrente, in realtà, il sopralluogo sarebbe stato effettuato ma non «certificato» secondo le modalità formali imposte dalla stazione appaltante. Aspetto, questo, che avrebbe dovuto legittimare almeno l'intervento in soccorso istruttorio.

In ogni caso, l'appaltatore censura l'esclusione rilevando che la clausola che disponesse in questo modo deve ritenersi nulla «perché violativa del principio di tassatività, dei principi di massima partecipazione e di divieto di aggravamento del procedimento e dell'art. 92 d. lgs. n. 36/23».

Il nuovo codice, sempre secondo la censura, infatti, si «limiterebbe a prevedere la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo tale che gli operatori interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte» senza che, in caso di violazioni, possano derivarne «effetti espulsivi automatici in caso di mancato adempimento.»

Secondo il ricorrente, inoltre, il sopralluogo non sarebbe stato neppure essenziale ai fini della formulazione dell'offerta visto che «i relativi elementi di fatto sarebbero presenti nel progetto definitivo posto dalla stazione appaltante a base di gara»

La sentenza


Il giudice condivide la doglianza precisando, immediatamente, che il nuovo codice non prevede il sopralluogo quale adempimento necessario per la formulazione dell'offerta. L'articolo 92, infatti, - nel citare la possibilità della «visita dei luoghi» nel caso in cui ciò sia necessario per la preparazione dell'offerta -, non può essere interpretato, sottolinea il giudice, nel senso di ammettere che il Rup possa prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione. Il dettato della disposizione, invece, deve essere inteso «semplicemente come precetto» che riguarda la sola stazione appaltante «al fine di vincolarla a parametrare i termini di partecipazione alla gara agli adempimenti propedeutici alla formulazione dell'offerta».

Questa lettura/interpretazione è coerente con uno dei principi fondamentali statuiti dal nuovo codice contenuto nell'articolo 3 in cui si prevede che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti concedenti sono tenute/i a favorire secondo le modalità indicate dallo stesso codice, «l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità». Da ricordare, inoltre, che proprio i primi tre «principi» statuiti nei primi tre articoli (principio di risultato, della fiducia e di accesso al mercato) rappresentano il «criterio primario» per il Rup «per l'applicazione e l'interpretazione delle altre disposizioni del vigente codice degli appalti».

Il nuovo articolo, del resto, si pone in continuità con la pregressa previsione contenuta nell'articolo 79 del codice del 2016 per il quale - e sono parole del Consiglio di Stato (sentenza n. 575/21) -, la richiesta della visita dei luoghi era (ed è) finalizzata a consentire l'acquisizione di una serie di informazioni utili per presentare le offerte «senza, dunque, derivarne effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento».

L'epilogo, pertanto, è che se nessuna prescrizione del codice o, comunque, di altra legge riconosce al Rup la possibilità di imporre il sopralluogo a pena di esclusione ne deriva che lo stesso disciplinare, nella parte in cui preveda l'effetto espulsivo in caso di inadempimento, debba considerarsi nullo «per violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10 commi 1 e 2 d. lgs. n. 36/23».

Tra l'altro, per effetto delle disposizioni in parola il principio di tassatività «ha una valenza ed un ambito applicativo più stringenti rispetto alla disciplina del previgente art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16» in quanto, a differenza del pregresso codice, il principio in parola oggi si trova «tra i principi generali del nuovo codice». Rileva quindi anche la stessa «strumentalità della tassatività rispetto al fondamentale principio dell'accesso al mercato, di cui all'art. 3 d. lgs. n. 36/23»

Il Sole 24 ORE aderisce a  **The Trust Project**

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE