

Pubblicato il 29/05/2019

N. 03581/2019REG.PROV.COLL.
N. 05917/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5917 del 2018,
proposto da:

My Dreams s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Riccio, con domicilio digitale
come da PEC egistri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio
dell'avvocato Alessandro Valletta in Roma, viale XXI Aprile, n. 38 b;

contro

Comune di Montignoso, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'avvocato Giuseppe Morbidelli, con domicilio digitale come da
PEC Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Carrara, Aulla e Montignoso,
non costituita in giudizio;

nei confronti

Skikki Beach s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Cristiana Carcelli, con domicilio digitale

come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Emanuele Li Puma in Roma, Largo di Torre Argentina, n. 11;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana – Firenze, Sezione III, n. 00476/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montignoso e della Skikki Beach s.r.l.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Eugenio Riccio, Orsola Cortesini su delega dell'avvocato Giuseppe Morbidelli, Cristiana Carcelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 5 dicembre 2017 il Comune di Montignoso (nel prosieguo *“il Comune”*), a mezzo della Centrale Unica di Committenza costituita tra i Comuni di Carrara, Aulla e Montignoso (di seguito *“CUC”*), indicava la procedura aperta per l'affidamento in concessione della gestione tecnica della spiaggia libera attrezzata lotto "A e B" e del relativo punto di ristoro (facente parte della concessione demaniale n. 15/2005 di cui è titolare il Comune), del valore determinato in euro 3.025.000,00, per la durata di undici anni.

Venivano ammesse alla gara le offerte di quattro operatori economici, tra cui quelle presentate dalla Skikki Beach s.r.l.s. (*“Skikki Beach”*) e dalla My Dreams s.r.l. (*“My Dreams”*), risultate rispettivamente, all'esito delle operazioni, aggiudicataria della concessione (con il prezzo offerto di euro 1.454.200,00, corrispondente al rialzo di € 464.200,00 sull'importo del canone a base di gara di euro 900.000,00) e seconda classificata.

2. Con nota del 9 febbraio 2018, My Dreams sollecitava la stazione appaltante ad annullare in autotutela l'aggiudicazione della concessione alla Skikki Beach, assumendone l'illegittimità dell'ammissione in ragione della mancata effettuazione del sopralluogo, previsto dal bando di gara (all'art. 1.10) come obbligatorio, e del conseguente omesso rilascio alla concorrente della prescritta attestazione: in particolare, secondo l'istante, il sopralluogo doveva ritenersi come mai avvenuto in quanto eseguito prima della data di registrazione della società sicché non poteva dirsi *"effettuato né dalla concorrente, né dal suo rappresentante legale, né da un suo delegato"*.

3. A seguito del riscontro negativo della predetta istanza My Dreams impugnava dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana la determina del Responsabile dell'Area 5 Tutela dell'Ambiente-Patrimonio n. 60 del 2 febbraio 2018, con cui era stata disposta l'aggiudicazione della concessione, nonché ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, comunque lesivo dei suoi interessi.

Il ricorso era affidato a tre motivi di censura: I) Violazione ed erronea applicazione degli artt. 79, comma 2 e 83, commi 8 e 9 del D.Lgs. 50/2016 e art.1.10 del bando di gara; II) Eccesso di potere per presupposto erroneo e difetto assoluto di istruttoria; III) Eccesso di potere per violazione della *par condicio* tra i concorrenti e carenza di un presupposto ed elemento essenziale dell'offerta. Veniva inoltre chiesta la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica, mediante conseguimento dell'aggiudicazione della concessione, previa declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato, o in subordine per equivalente monetario.

4. Con la sentenza in epigrafe, resa nelle forme di cui all'art. 60 Cod. proc. amm., nella resistenza del Comune e della controinteressata (che, costitutesi in giudizio, avevano dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso ricorso), il T.a.r. adito ha respinto il ricorso, ritenendo infondati i motivi di censura, in quanto alla pretesa violazione del prescritto obbligo di sopralluogo e della presentazione della relativa attestazione non poteva conseguire

l'esclusione dalla procedura dell'impresa concorrente (ipotesi neppure prevista dalla *lex specialis*), pena la violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione alle gare pubbliche; ciò senza contare che il predetto obbligo era stato comunque soddisfatto dall'aggiudicataria, risultando dagli atti che il sopralluogo, sebbene non attestato, era stato finanche ripetuto dopo la costituzione della società e prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

5. Avverso tale sentenza la ricorrente in primo grado ha proposto appello, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia per: *"1) Error in iudicando: per violazione e falsa applicazione dell'art. 30 D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1.10 del bando di gara; 2) Error in iudicando: per violazione e falsa applicazione dell'art. 83, commi 8 e 9 del D.Lgs. n. 50/2016 (sul punto in cui statuisce in ordine alla mancata produzione dell'attestazione di sopralluogo; 3) Error in procedendo e in iudicando: per violazione e falsa applicazione dell'art. 83, commi 8 e 9 del D.lgs. n. 50/2016 e violazione del principio della par condicio tra i concorrenti. Omessa pronunzia in ordine alle conseguenze legate al difetto di un elemento essenziale dell'offerta economica (motivo di ricorso in primo grado sub A.3). Carenza di motivazione (con riferimento all'obbligo di sopralluogo); 4) Error in iudicando: per violazione e falsa applicazione dell'art.1.10 del bando di gara. Travisamento e omissione di fatti rilevanti, erroneità e falsa rappresentazione dei presupposti. Carenza di istruttoria."*

Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto con puntuali memorie difensive, Skikki Beach ed il Comune di Montignoso, il quale ha altresì riproposto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 101, comma 2, c.p.a. l'eccezione di inammissibilità e improcedibilità del ricorso di primo grado, non esaminata dal tribunale, non mancando di evidenziare che, nelle more, l'aggiudicataria ha preso in consegna l'area oggetto della concessione ed è stata pure sottoscritta la relativa convenzione (con decorrenza dall'11 aprile 2018 al 31 dicembre 2028).

6. Con ordinanza n. 3294 del 31 agosto 2018 è stata respinta la domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata per difetto

dei relativi presupposti.

7. All'udienza pubblica del 28 febbraio 2019, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. Viene in decisione l'appello con cui My Dreams ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe, che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Skikki Beach della gestione della spiaggia libera attrezzata e del relativo punto di ristoro nel Comune di Montignoso.

Riproponendo sostanzialmente i motivi di doglianza formulati in primo grado, l'appellante, richiamate le previsioni di cui all'art. 1.10. del bando (rubricato *"Sopralluogo obbligatorio"*), secondo cui *"E' obbligatoria la visita di sopralluogo da parte del concorrente, di un suo rappresentante legale o di un suo delegato; il concorrente deve concordare con l'Ufficio competente la data e l'ora della visita di sopralluogo e munirsi, dopo la visita, di apposita attestazione rilasciata dalla stazione appaltante"*, sopralluogo da effettuarsi *"non oltre le ore 12:30 del quinto giorno antecedente la scadenza per la presentazione delle offerte"*, e sottolineato che lo stesso bando (pag. 9) prevedeva espressamente che l'attestazione dell'avvenuto sopralluogo dovesse essere prodotta con la documentazione amministrativa dell'offerta telematica, ha rilevato il macroscopico errore in cui sarebbe caduto il tribunale nel ritenere che l'omissione del sopralluogo non determinasse l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara, non potendo dubitarsi che quell'adempimento fosse stato previsto al fine di assicurare la formulazione di una ponderata offerta economica da parte delle imprese partecipanti e di rispettare il principio della parità di trattamento, il che avrebbe reso irrilevante la circostanza, invece valorizzata dal primo giudice, secondo cui alla gara *de qua*, avente ad oggetto l'affidamento di una concessione, non si applicherebbero, a mente dell'art. 30 del D.Lgs. n. 50 del 2016, le disposizioni riferite ai contratti pubblici, ma i soli principi generali relativi a questi ultimi.

L'appellante ha aggiunto che l'omissione *de quanon* sarebbe stata neppure sanabile mediante soccorso istruttorio (pena un'inammissibile integrazione postuma dell'offerta), trattandosi di una carenza non meramente formale, ma sostanziale, tanto più che il sopralluogo era stato fatto dal futuro socio il 28 dicembre 2017, prima della costituzione della società e della sua iscrizione al registro delle imprese (risalenti, rispettivamente, al 2 e al 4 gennaio 2018) e quindi non era neppure riferibile alla società (non essendo stato effettuato da parte del concorrente, di un suo rappresentante legale o di un suo delegato ed avendo pure errato la stazione appaltante nel ritenere che la società fosse già costituita con atto notarile del 27 dicembre 2017); inoltre l'omessa esclusione dalla gara della controinteressata avrebbe determinato la palese violazione del principio di *par condicio*, essendo appena il caso di aggiungere che la ricordata previsione sull'obbligo del sopralluogo non sarebbe rientrata nell'ambito oggettivo dell'art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lgs. n. 50 del 2016 (che statuisce la nullità delle prescrizioni ulteriori rispetto a quelle previste dal Codice degli Appalti e delle altre vigenti disposizioni di legge), ma nell'ambito oggettivo dell'art. 83, comma 9.

Infine l'appellante ha evidenziato che, a tutto voler concedere, il secondo sopralluogo, effettuato dalla controinteressata in data 3 gennaio 2018 (termine ultimo entro il quale esso doveva avvenire) e attestato inammissibilmente con dichiarazioni di fatto notorio solo in sede di giudizio, era comunque inidoneo a sanare la carenza di un elemento essenziale dell'offerta, essendo intervenuto prima dell'iscrizione della società, avente efficacia costitutiva, nel registro delle imprese.

9. L'appello, i cui motivi possono essere trattati congiuntamente, è infondato, così che si può prescindere dall'esame dell'eccezione preliminare di inammissibilità e improcedibilità del ricorso di primo grado, riproposta dall'amministrazione appellata.

9.1. E' sicuramente corretta la premessa, condivisa anche dal primo giudice, da cui muove l'appellante: è, infatti, vero che la giurisprudenza più volte ha

evidenziato che l'obbligo di sopralluogo abbia valenza sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto, essendo esso strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (cfr. Cons. Stato, VI, n. 2800 del 23 giugno 2016; IV, 19 ottobre 2015, 4778).

E' stato così ritenuto (Cons. Stato, V, 19 febbraio 2018, n. 1037) non censurabile l'operato della stazione appaltante che aveva disposto l'esclusione dalla gara (bandita nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) per non essere stato il sopralluogo effettuato da tutte le imprese di un raggruppamento costituendo (ed in mancanza di deleghe rilasciate da alcune di esse) rilevando che in quel caso specifico (in cui era la stessa *lex specialis* a richiedere alle concorrenti *"pena la non ammissione alla gara"* di effettuare *"preliminarmente...la presa visione degli elaborati progettuali a base di gara di appalto"* ed eseguire apposito sopralluogo assistito in prossimità dei siti oggetto dell'intervento) venisse in rilievo *"un adempimento che costituiva un elemento essenziale per la serietà e adeguatezza dell'offerta (in applicazione del principio di autoreponsabilità) e non una mera incompletezza o irregolarità documentale"*; in quel caso è stato osservato altresì che la specifica previsione della *lex* di gara (che espressamente comminava l'esclusione nell'ipotesi in cui l'offerta economica non contenesse l'attestazione di presa visione e di avvenuto sopralluogo) non fosse contraria alla normativa di settore o contraria al principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione alle gare (oltre che di parità di trattamento, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa) in quanto funzionale a mettere la stazione appaltante al riparo da contestazioni postume e a garantire anche il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara (oggetto dell'affidamento in quel caso era la progettazione esecutiva,

previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, e l' esecuzione dei lavori di dragaggio di fondali portuali).

9.2. Sennonché tali principi non sono applicabili *tout court* al caso di specie.

9.2.1. Innanzitutto deve rilevarsi che l'oggetto stesso della procedura di gara (concernente la concessione della gestione tecnica della spiaggia libera attrezzata "lotto A e B" del relativo punto di ristoro, facente parte della concessione demaniale n. 15/2005 di cui è titolare il Comune e quindi in alcun modo comparabile con quella di cui al ricordato precedente giurisprudenziale) e le specifiche previsioni della legge di gara non consentono di ritenere che lo svolgimento del sopralluogo (ed il relativo attestato) avesse un valore sostanziale e fosse cioè indispensabile per la corretta formulazione dell'offerta.

E' significativo che la carenza dell'obbligo di sopralluogo di cui si discute (pure astrattamente strumentale ad assicurare una piena ed esaustiva conoscenza dei luoghi) non è stato sanzionato con l'esclusione dalla gara dalla concorrente; né la previsione escludente può implicitamente ricavarsi dalla disciplina normativa *ratione temporis* applicabile alla fattispecie in oggetto: trattasi, infatti, di gara bandita nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, disciplina che, da un lato, ha abrogato (con l'art. 217, comma 1, lettera u, punto 2) l'art. 106 del d.P.R. 207 del 2010 (relativo all'obbligo di sopralluogo nei luoghi dell'appalto), senza sostituirlo con ulteriori previsioni a riguardo, dall'altro all'art. 79, comma 2, fa sì riferimento alle ipotesi in cui "*le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara*", ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo che gli operatori interessati "*possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte*".

9.2.2. Pertanto corrette risultano le statuizioni della sentenza impugnata che hanno ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante la quale, in virtù del divieto di aggravio del procedimento e del principio di massima

partecipazione alle gare pubbliche, non poteva, in assenza di valide ragioni oggettive e immediatamente percepibili legate all'oggetto della gara, subordinare la partecipazione all'effettuazione del sopralluogo (e ricavarne l'estromissione della concorrente nel caso di sua inosservanza).

Non può di conseguenza ravvisarsi in concreto nel comportamento tenuto dall'amministrazione appellata alcuna violazione della *par condicio competitorum*.

Infatti il bando di gara non prevedeva l'obbligo di sopralluogo a pena di esclusione, in piena conformità alle statuizioni dell'art. 83, comma 8, ultimo periodo in base al quale *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”*

A ciò aggiungasi che una simile clausola, ove prevista nella fattispecie, avrebbe violato, come rilevato dal giudice di prime cure, 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, in quanto la sua inosservanza in alcun modo impediva il perseguimento dei risultati verso cui era diretta l'azione amministrativa, né il suo adempimento poteva dirsi funzionale a garantire il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara (sul punto del resto alcuna prova è stata fornita al riguardo).

9.2.3. Neppure era richiesta a pena di esclusione la presentazione, all'interno della documentazione amministrativa, della *“attestazione di avvenuto sopralluogo”* di cui al punto A.6 del bando di gara: ciò anche in ragione del fatto che si trattava di un documento formato nel contraddittorio con l'Amministrazione comunale e da questa rilasciato e dunque già in possesso della stazione appaltante, risultandone perciò l'inserimento nella detta documentazione meramente facoltativo e comunque soccorribile.

In definitiva, l'esclusione della concorrente, invocata dall'appellante, non poteva essere disposta neppure in forza di un'eventuale eterointegrazione del bando poiché nessun principio generale, né alcuna norma imperativa,

prevedono l'obbligatorietà del sopralluogo nelle procedure di affidamento in concessione della gestione di un bene pubblico, né la presentazione della relativa attestazione.

9.3. A tali valutazioni, già di per sé idonee a fondare il rigetto del gravame, deve poi aggiungersi che nel caso concreto l'obbligo di sopralluogo deve ritenersi assolto pienamente dall'aggiudicataria, non risultando le formalistiche censure di parte appellante idonee a sovvertire le motivazioni rese a riguardo dalla sentenza di primo grado.

Il Comune ha, infatti, prodotto in giudizio la documentazione attestante la legittimazione dei soggetti che avevano eseguito il sopralluogo, i quali, al di là della costituzione formale della società (intervenuta comunque prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte), avevano dichiarato di agire nell'interesse della società ai fini della partecipazione alla gara: in particolare, è stata versata in atti la bozza dell'atto costitutivo recante la data del 27 dicembre 2017 recante tutti i dati identificativi della società con indicazione dei soci, presentata in occasione del sopralluogo al fine di dimostrare la legittimazione del soggetto che lo avrebbe effettuato.

Deve altresì rilevarsi che i soggetti intervenuti al sopralluogo non soltanto avevano dichiarato di agire per conto e nell'interesse della società, ma di quella compagine societaria facevano parte, in quanto soci e amministratori.

Alla luce di tali risultanze pienamente valida ed efficace, ai fini che interessano, deve ritenersi l'attestazione di presa visione dei luoghi in data 29 dicembre 2017.

Non è poi affatto priva di rilievo, come sostiene parte appellante, la circostanza che il sopralluogo sia stato ripetuto alla presenza di funzionari del Comune il 3 gennaio 2018, in data successiva alla costituzione della società (avvenuta il 2 gennaio 2018) e prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte: sebbene l'amministrazione legittimamente non abbia inteso rinnovare l'attestazione (in presenza di quella, pienamente valida ed efficace, relativa al primo sopralluogo), l'appellata ha fornito elementi

indiziari, gravi, precisi e concordanti (sostanzialmente non contestati dall'appellante), ragionevolmente idonei e sufficiente a comprovare l'effettivo avvenuto sopralluogo to (al solo fine di confermare la riferibilità ad essa del sopralluogo del 29 dicembre 2017).

10. Alla stregua delle considerazioni svolte l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio sono liquidate in dispositivo secondo il generale principio di soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante My Dream s.r.l al pagamento delle spese di giudizio a favore del Comune di Montignoso e della Skikki Beach s.r.l.s. che liquida forfettariamente in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00) per ciascuna parte (e quindi in totale €. 6.000,00), oltre I.V.A., CPA e altri oneri accessori se dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO