

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 30

del 31.01.2008

PREC 474/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Tennis Tecnica s.r.l. – lavori di ristrutturazione dei campi di calcio nelle frazioni di Montecelio e Villanova.

S.A. Comune di Guidonia Montecelio.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20.9.2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'impresa Tennis Tecnica s.r.l. lamenta che il Comune di Guidonia Montecelio, nella procedura di gara di che trattasi, ha, a suo parere, violato:

- Le disposizioni dettate dall'articolo 122 del d. Lgs. n. 163/2006, in relazione ai termini per la presentazione delle offerte;
- il principio della pubblicità delle sedute di gara relative all'apertura delle offerte economiche.

L'impresa istante contesta, inoltre, il provvedimento di esclusione, operato nei suoi confronti dalla Commissione giudicatrice, per non aver presentato le giustificazioni

anticipate dei prezzi, così come previsto nel punto 3.2. lettera g), del disciplinare di gara.

In sede di istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante, nel contestare le eccezioni sopra riportate, ha rappresentato:

- il pieno rispetto nel bando di gara dei termini prescritti per la presentazione delle offerte (almeno 26 giorni), in quanto il bando in esame ha stabilito 31 giorni per la presentazione delle offerte;
- il rispetto del principio della pubblicità della seduta di gara di apertura delle offerte economiche, in quanto il Presidente della Commissione giudicatrice, nel corso della prima seduta di gara, ha comunicato alle ditte presenti la data della successiva convocazione pubblica di apertura delle offerte;
- la correttezza del provvedimento di esclusione, motivato dalla insufficienza contenutistica del documento giustificativo presentato dal concorrente.

Ritenuto in diritto

Per quanto attiene alla prima delle censure segnalate dall'istante, si fa presente che i termini per la ricezione delle offerte indicati nel bando di che trattasi, sono conformi alle prescrizioni di cui all'articolo 122, comma 6, lettera a), del d. Lgs. n. 163/2006.

In relazione alla violazione della pubblicità della seduta di gara relativa all'apertura delle offerte economiche, si evidenzia quanto segue.

Il punto 3.2. del disciplinare di gara dispone che il Presidente del seggio di gara, con almeno tre giorni lavorativi di anticipo, comunica ai concorrenti ammessi all'apertura delle offerte economiche, la data della relativa seduta pubblica.

Il successivo punto 1 g), Parte Terza, dispone che le comunicazioni della stazione appaltante ai concorrenti, si intendono validamente ed efficacemente effettuate, qualora rese ad uno dei recapiti indicati dagli stessi concorrenti; le medesime comunicazioni possono essere fatte mediante fax, posta elettronica ovvero con qualunque altro mezzo ammesso dall'ordinamento.

La S.A. ha rappresentato che il Presidente di gara, nel corso della prima seduta, ha definito l'iter temporale della procedura concorsuale, comunicando ai rappresentanti delle imprese presenti in gara, la data della successiva seduta di apertura delle offerte economiche.

Al riguardo si deve rilevare che le comunicazioni effettuate in seduta pubblica, possono supplire qualsiasi altro mezzo di trasmissione, esclusivamente nel caso in cui tutti gli operatori economici che hanno presentato offerta siano presenti alla seduta stessa.

Nel caso in esame, atteso che non tutti i partecipanti alla gara erano presenti alla prima seduta, e tenuto conto che non sussiste alcun obbligo, per gli operatori economici, di presenziare alle sedute di gara, la Stazione appaltante ha posto in essere una pubblicità imperfetta, in quanto si è limitata a comunicare esclusivamente ai concorrenti presenti la data della successiva seduta di apertura delle offerte.

Come riportato nella deliberazione n. 25/2007 di questa Autorità, la mancata pubblicità delle sedute di gara rileva sempre come vizio della procedura, senza che occorra dimostrare un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della *par condicio* tra i concorrenti, trattandosi di un aspetto della selezione posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla competizione, ma ancor prima dell'interesse pubblico all'imparzialità dell'azione amministrativa.

Per quanto attiene all'esclusione dell'impresa istante, si precisa quanto segue.

Il punto 3.2. del disciplinare di gara prescrive che nella busta contenente l'offerta, devono essere inserite le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara.

Il disciplinare, inoltre, nell'elencare i criteri cui devono essere informate le predette giustificazioni, individuati sulla base di quanto prescritto dall'articolo 87, comma 2, del d. Lgs. n. 163/2006, dispone, senza sanzione espressa di esclusione, che le giustificazioni "devono essere presentate in forma di relazione analitica e, qualora ritenuto utile dal concorrente, anche in forma di analisi dei prezzi unitari da un proprio computo metrico dettagliato che dimostri eventuali economie nelle quantità, a condizione che non venga modificato in alcun modo il contenuto del progetto." (punto e.7).

Secondo quanto rappresentato dalla Stazione appaltante, il documento prodotto dall'impresa istante, non fornisce concrete giustificazioni sui prezzi offerti, contenendo una generica asserzione in ordine "*alla economicità che abitualmente riscontra nel procedimento di esecuzione dei lavori e nel metodo di prestazione del servizio per la trentennale esperienza maturata nella esecuzione di opere ed impianti simili a quelli in appalto.*"

Con precedente espressione di parere (n. 112/2007) l'Autorità ha evidenziato, che se è vero che la presentazione di giustificazioni preventive è condizione di ammissibilità dell'offerta, ove previste a pena di esclusione, a prescindere da un esame nel merito dell'anomalia dell'offerta stessa, occorre rilevare che i principi generali di partecipazione privata all'azione amministrativa rendono quanto meno opportuna una preventiva contestazione, utile se non altro ad instaurare un contraddittorio sulla effettiva carenza/insufficienza della documentazione obbligatoria. Tanto più in fattispecie quali il caso in esame, laddove il disciplinare non reca una espressa clausola di esclusione in riferimento alle giustificazioni preventive.

In tali casi, il provvedimento di esclusione potrà intervenire solo dopo che la stazione appaltante abbia effettuato un contraddittorio a carattere ricognitivo, volto ad accertare se siano stati prodotti i documenti espressamente richiesti sin dal momento della presentazione dell'offerta.

La semplificazione procedurale sottesa alla presentazione di giustificazioni preventive deve sempre coniugarsi con il rispetto del principio comunitario del contraddittorio.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura di gara, in relazione al mancato rispetto del principio della pubblicità delle sedute di apertura delle offerte economiche ed al provvedimento di esclusione dell'impresa Tennis Tecnica s.r.l., non è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori

Piero Calandra

Guido Moutier

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 febbraio 2008