

Parere n. 145 del 3/12/2009

Protocollo PREC 128/09/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Ministero della Difesa – Comando Logistico dell'esercito - Polo di Mantenimento dei mezzi di telecomunicazione, elettronici e optoelettronici – Procedura ristretta per la fornitura di parti di ricambio commerciali per gruppi elettrogeni GE9/765 - Importo a base d'asta: €136.820,78 – S.A: Ministero della Difesa - Polo di Mantenimento dei mezzi di telecomunicazione, elettronici e optoelettronici

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 1 settembre 2009 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Ministero della Difesa – Comando logistico dell'esercito - Polo di Mantenimento dei mezzi di telecomunicazione, elettronici e optoelettronici ha rappresentato di aver indetto la procedura di gara in oggetto invitando a partecipare sei ditte concorrenti e di aver prescritto, nella lettera d'invito, quali modalità di presentazione delle offerte a pena di esclusione, l'obbligo di presentare un plico contenente tre buste, ciascuna sigillata e controfirmata su tutti i lembi di chiusura, recante la specifica dicitura ivi indicata.

Alla luce delle prescrizioni sancite nella *lex specialis*, nel corso delle operazioni di gara, la Commissione ha proceduto ad escludere la società SO.GE.MI. S.r.l. per aver violato le formalità indicate nella lettera di invito relative alla controfirma sui lembi di chiusura, presentando la busta n. 1 controfirmata mediante l'apposizione, sotto il nastro adesivo che sigillava la busta, del timbro della società provvisto della sua ragione sociale ed ha provveduto poi ad aggiudicare provvisoriamente il contratto alla società L.E.M. S.r.l.

L'esclusa società SO.GE.MI. S.r.l. ha chiesto alla Stazione Appaltante di essere riammessa alla gara, contestando la legittimità del provvedimento disposto nei suoi confronti in ragione del fatto che la modalità di controfirma utilizzata mediante l'apposizione del timbro della società provvisto di ragione sociale e collocato sotto il nastro adesivo garantisce, al pari della controfirma sui lembi di chiusura, la certezza della provenienza della busta e la sua intangibilità.

A fronte di tale richiesta, il Ministero della Difesa ha deciso di revocare l'aggiudicazione provvisoria e di riammettere alla procedura la Società SO.GE.MI. S.r.l., aprendo il relativo plico contenente l'offerta.

Dal suo canto, la Società LEM S.r.l., aggiudicataria provvisoria, si è opposta a tale decisione della Stazione Appaltante, sostenendone l'illegittimità.

Da un lato, l'aggiudicataria ha contestato il provvedimento adottato, dal momento che la Società SO.GE.MI. S.r.l. avrebbe violato una prescrizione della lettera d'invito prevista a pena di esclusione: infatti, l'aver apposto del nastro adesivo sui lembi di chiusura, invece della controfirma, prescritta nella lettera d'invito a pena di esclusione quale unico requisito sufficiente ai fini della

validità dell'offerta, non solo costituisce violazione della *lex specialis*, ma non garantisce neppure le esigenze di certezza e segretezza dell'offerta previste dalla legge, considerato che il nastro adesivo può essere facilmente rimosso.

Dall'altro, è stata contestata la legittimità sia del provvedimento di autotutela, in quanto privo di un'ideale motivazione ed emesso senza alcuna comunicazione di avvio del procedimento, sia dell'atto di riammissione alla gara della Società SO.GE.MI. S.r.l. con apertura della relativa offerta, stante il fatto che la riapertura delle operazioni di gara senza procedere alla rinnovazione delle stesse, quando ormai è già intervenuta l'aggiudicazione provvisoria e quindi in un momento in cui la Commissione di gara già conosce le offerte degli altri concorrenti, integra una lesione dei principi di imparzialità e *par condicio*.

In relazione ai fatti rappresentati, il Ministero della Difesa ha presentato istanza di parere all'Autorità, al fine di conoscere la posizione della stessa in ordine alla legittimità del suo operato.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale ha presentato le proprie controdeduzioni esclusivamente la società LEM S.r.l., ribadendo sostanzialmente le già evidenziate contestazioni avanzate in contraddittorio con la Stazione Appaltante.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attiene alla legittimità del provvedimento di autotutela con il quale una Stazione Appaltante ha annullato l'aggiudicazione provvisoria disposta e riammesso alla procedura di gara una impresa concorrente, precedentemente esclusa per aver presentato un'offerta priva delle formalità inerenti la controfirma sulla busta presentata ai fini della partecipazione.

Ai fini della definizione della questione occorre preliminarmente accertare la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti di un concorrente che ha presentato un plico sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura esclusivamente con il timbro provvisto della ragione sociale.

Al riguardo occorre, in via generale, premettere che, in ordine alla chiusura e controfirma sui lembi dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta, è ormai consolidato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, nonché della prassi dell'Autorità che riconosce alle prescrizioni con le quali la Stazione Appaltante impone l'obbligo che la busta contenente l'offerta sia, oltre che chiusa e sigillata, anche controfirmata in tutti i suoi lembi di chiusura, la funzione specifica di garantire l'identità ed immodificabilità della documentazione in essa contenuta, la segretezza, l'identità e l'immodificabilità dell'offerta, nonché la provenienza della documentazione e dell'offerta dal concorrente invitato alla gara (cfr., da ultimo, parere AVCP n. 76 del 9 luglio 2009, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 3599 del 17 luglio 2008).

Allo stesso tempo, è unanimemente riconosciuto che laddove le garanzie essenziali di segretezza del plico, sottese alle prescrizioni formali di presentazione delle offerte, siano comunque assicurate, possa essere data un'interpretazione teleologica ad esse, favorendo in tal modo la partecipazione alle procedure senza integrare alcuna violazione della *par condicio* dei concorrenti.

Nel caso di specie, il fatto che il plico fosse sigillato con del nastro adesivo sotto il quale era stato apposto il timbro della società concorrente non impedisce il perseguimento della finalità di garanzia cui è volta la sigillatura e la controfirma, non potendo il timbro essere contraffatto o apposto

successivamente senza previa rimozione del nastro adesivo, con visibile conseguenza dell'avvenuta effrazione.

Al riguardo, si sostiene che, poiché la controfirma è volta a fornire, insieme al sigillo, una maggiore garanzia dalle possibili violazioni della segretezza delle offerte, impedendo eventuali manomissioni sul contenuto, e la certezza dell'effettiva provenienza delle offerte medesime da parte delle imprese partecipanti, tale finalità viene perseguita anche qualora la controfirma sia sostituita dall'apposizione dei timbri contenenti la denominazione sociale della ditta, non essendo necessaria l'apposizione delle firme del mittente (in tal senso, TAR Lazio, Roma, sez. II ter, sentenza n. 5497 del 6 luglio 2005).

Alla luce di tali considerazioni, la scelta operata dal Ministero della Difesa di annullare il provvedimento di esclusione disposto nei confronti della SO.GE.MI., nonché l'atto di aggiudicazione provvisoria del contratto alla società LEM al fine di riammettere alla procedura l'esclusa società appare conforme all'ordinamento, in quanto la Stazione Appaltante, interpretando teleologicamente la *lex specialis*, ovvero ritenendo che il requisito di controfirma dei lembi fosse stato soddisfatto dall'apposizione del timbro con la denominazione sociale del concorrente sotto il nastro adesivo, ha consentito la massima partecipazione alla procedura di gara senza tuttavia incorrere in una lesione della *par condicio* dei concorrenti.

Pertanto, tale interpretazione trova altresì conferma nella mancanza di una specifica ed analitica prescrizione sulle modalità di sigillatura e controfirma nella *lex specialis*; infatti la lettera di invito alla sezione 2., rubricata "Modalità di presentazione delle offerte", in ordine alle formalità di presentazione della prima busta disponeva che essa dovesse essere "idoneamente sigillata e controfirmata in tutti i lembi di chiusura" senza indicare alcuna specifica modalità di esecuzione della formalità prescritta. Pertanto, stante anche la possibile ambiguità della modalità di confezionamento del plico nelle sue caratteristiche di sigillatura e controfirma, è legittima un'interpretazione della prescrizione della *lex specialis* teleologicamente orientata, volta a privilegiare il *favor participationis* (in tal senso, parere AVCP n. 76 del 9 luglio 2009, parere AVCP n. 208 del 31 luglio 2008).

In ordine alla legittimità dell'esercizio del potere di autotutela mediante l'adozione di un provvedimento di annullamento degli atti posti in essere, ed in particolare del provvedimento di esclusione di un concorrente, nonché del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, occorre premettere che costituisce legittimo esercizio del potere di autotutela di cui una Stazione Appaltante dispone, anche dopo l'aggiudicazione provvisoria, quello di riaprire la procedura di gara riammettendo un'impresa illegittimamente esclusa. Tale potere rappresenta esplicazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa, alla stregua del quale l'Amministrazione, chiamata ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, può pertanto riesaminare i provvedimenti adottati, dando esplicita e puntuale contezza del potere esercitato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1625 del 25 marzo 2004).

Dal momento che ciascuna Stazione Appaltante detiene un potere/dovere di autotutela da esplicarsi in qualunque momento della procedura di gara in cui si sono manifestati vizi determinanti per l'individuazione del contraente e che l'aggiudicazione provvisoria non costituisce atto conclusivo del procedimento, bensì meramente preparatorio, ad effetti prodromici, instabili e interinali, essendo adottato nell'ambito del procedimento, volto all'emanazione dell'aggiudicazione definitiva (che in ogni caso, ai sensi dell'articolo 12 del D.Lgs. n. 163/2006, è espressione di un'ulteriore valutazione della Stazione Appaltante circa la regolarità dello svolgimento della procedura e la convenienza della stipulazione del contratto), rientra nella potestà discrezionale della Stazione Appaltante porre nel nulla con un atto successivo gli atti *medio tempore* adottati e non procedere all'aggiudicazione

definitiva (*ex multis*, TAR Lazio, sez III ter, sentenza n. 11146 del 9 dicembre 2008, parere AVCP n. 74 del 9 luglio 2009).

Ferma restando, pertanto, la sussistenza di un fondamento giuridico al potere di autotutela della Stazione Appaltante giustificato da un nuovo apprezzamento della fattispecie e connesso ad una facoltà dell'Amministrazione che non si inserisce in alcun rapporto contrattuale, ma attiene ancora alla fase di scelta del contraente, tale esercizio deve essere sorretto da adeguata motivazione in ordine allo specifico interesse pubblico che lo giustifica, non riconducibile alla mera esigenza di ripristino della legalità violata, dando conto delle anomalie riscontrate, della loro gravità, della loro incidenza sul procedimento di gara e soprattutto della sussistenza di vizi di legittimità che lo rendano necessario e quindi della presenza di un interesse pubblico giustificativo del sacrificio del privato.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha osservato che l'attualità e la specificità dell'interesse pubblico ad annullare un provvedimento in autotutela devono essere calibrate in funzione della fase procedimentale in cui esso interviene e, in definitiva, dell'affidamento ingenerato nel privato avvantaggiato dal provvedimento ritirato; pertanto, diverso è l'onere motivazionale richiesto per procedere all'annullamento degli atti di gara a seconda che sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, ovvero il procedimento di conclusione della gara non sia giunto completamente a termine (cfr. TAR Lazio, sez. II ter, sentenza n. 11146 del 9 dicembre 2008).

Inoltre, la recente giurisprudenza ha altresì precisato che, stante la natura instabile ed interinale del provvedimento di aggiudicazione provvisoria a fronte del quale non possono configurarsi situazioni di vantaggio stabili in capo al beneficiario, l'Amministrazione ha altresì il potere di provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in via implicita senza obbligo di motivazione (cfr in tal senso la recente sentenza TAR Lazio, sez. II ter, n. 10991 del 9 novembre 2009).

Nel caso di specie, il provvedimento di autotutela è stato adottato a pochi giorni dall'emanazione degli atti annullati ed è stato motivato dall'applicazione dei principi di buon andamento, economicità ed imparzialità dell'azione amministrativa, del principio di libera concorrenza al fine di consentire il massimo confronto concorrenziale e, dunque, permettere all'Amministrazione di avere un maggior numero di offerte tra cui selezionare la migliore, interesse che verrebbe altrimenti sacrificato da un'interpretazione stringente delle disposizioni in materia di formalità di presentazione delle offerte.

In ordine all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, è consolidato l'orientamento che sostiene che l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto atto infraprocedimentale della procedura di gara, non deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, inserendosi nell'unica serie procedimentale della gara, non ancora conclusasi, non essendo ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

Al riguardo si sostiene che, in materia di contratti pubblici, la partecipazione dei soggetti interessati al relativo procedimento è garantita dalla pubblicazione dell'avviso di gara con il quale viene delineato lo svolgimento dell'iter procedimentale che si conclude con la stipula del contratto; dal momento che il riesame delle operazioni già svolte non è configurabile come un nuovo procedimento, l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria non impone l'inoltro all'aggiudicatario di una specifica comunicazione di avvio del procedimento (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6140 del 30 novembre 2007).

Sul punto, la giurisprudenza fa, peraltro, una specifica distinzione tra le ipotesi in cui la rimozione dell'atto implichi valutazioni discrezionali o l'accertamento di circostanze di fatto suscettibili di vario apprezzamento, nelle quali la comunicazione di avvio è comunque obbligatoria, dai casi in cui si tratti di un provvedimento basato su presupposti verificabili in modo immediato ed univoco, per i quali le esigenze di garanzia e trasparenza, sottese a tale formalità, recedono e riprendono in piena espansione i criteri di economicità e speditezza dell'azione amministrativa, rendendo pertanto superflua la comunicazione di avvio del procedimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 904 del 4 marzo 2008).

Alla luce di tali argomentazioni risulta infondata anche la contestazione sollevata in ordine alla mancata comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, stante l'insussistenza di valutazioni discrezionali a fondamento del provvedimento di annullamento emesso dal Ministero della Difesa.

Infine, in relazione alla legittimità della riapertura delle operazioni di gara, senza rinnovazione dell'intero procedimento, il consolidato orientamento giurisprudenziale (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2843 del 9 giugno 2008) sostiene che il potere di autotutela può essere anche esercitato parzialmente, annullando solo alcuni atti del procedimento con l'effetto che, nel caso di invalidità di una gara per illegittima esclusione di alcune ditte offerenti rilevata dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, non occorre disporre la rinnovazione integrale della procedura, mediante la riapertura della fase di presentazione delle offerte, ma può legittimamente mantenersi fermo il subprocedimento di presentazione delle offerte e disporre la rinnovazione solo della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute, qualora si tratti di procedure di aggiudicazione "automatiche", nelle quali l'accertamento dei vizi concernenti l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti non comporta la necessità di rinnovare la procedura sin dal momento di presentazione delle offerte; in tal caso, infatti, il criterio oggettivo e vincolato dell'aggiudicazione priva di qualsiasi rilevanza l'intervenuta conoscenza, da parte della Commissione di gara, dei contenuti delle offerte già ammesse. Diventa, invece, necessario il rinnovo dell'intero procedimento a partire dalla stessa fase di presentazione delle offerte qualora debbano effettuarsi apprezzamenti di discrezionalità tecnica o amministrativa, con attribuzione di punteggi legati a valutazioni di ordine tecnico; in tal caso, infatti, la riammissione dei concorrenti originariamente esclusi impedirebbe di effettuare una valutazione delle loro offerte rispettando i principi della *par condicio* tra i concorrenti e della necessaria contestualità del giudizio comparativo, in quanto la seconda valutazione risulterebbe oggettivamente condizionata dall'intervenuta conoscenza delle precedenti offerte e dall'attribuzione del punteggio.

Alla luce di tali argomentazioni e considerato che per la procedura di gara in questione era previsto come criterio di aggiudicazione il criterio del prezzo più basso, la contestazione relativa all'illegittimità della riapertura delle operazioni di gara senza rinnovazione della procedura, in quanto lesiva dell'imparzialità e della *par condicio* dei concorrenti, è priva di fondamento.

Deve, dunque, ritenersi corretto l'operato del Ministero della Difesa che ha riaperto la procedura di gara ammettendo la società esclusa, senza rinnovare la gara fin dalla fase di presentazione delle offerte, dal momento che il criterio automatico, oggettivo e vincolato di aggiudicazione con il metodo del prezzo più basso non attribuisce alcuna rilevanza al fatto che la Commissione di gara fosse già a conoscenza delle offerte ammesse, dovendo la stessa esclusivamente procedere alla rideterminazione dell'offerta aggiudicataria sulla base di un calcolo matematico.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato del Ministero della Difesa è conforme alla *lex specialis*, nonché ai principi che regolano la disciplina dei contratti pubblici e del procedimento amministrativo.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 dicembre 2009