

Parere n. 160 del 17/12/2009

Protocollo PREC 131/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla, in qualità di mandataria del costituendo RTI con la Omega S.p.A. - Fornitura di soluzioni e servizi di contact center multicanale per l'erogazione di servizi informatici e dispositivi all'utenza dell'INPS e dell'INAIL - Importo a base d'asta € 148.622.650,00 - S.A.: Istituto Nazionale della Previdenza Sociale

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 11 agosto 2009, l'impresa Auselda Aed Group S.p.A. (capogruppo del costituendo RTI con Omega S.p.A.), ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla regolarità della seconda proroga del termine concesso dalla stazione appaltante per presentare le offerte nell'ambito della procedura ristretta in oggetto.

Al riguardo, l'istante ha rappresentato che con lettera d'invito in data 10 marzo 2009, relativa alla procedura ristretta per la gara indicata in epigrafe, l'INPS ha stabilito un termine per l'inoltro di eventuali richieste di chiarimenti al 30 marzo 2009 e per la relativa risposta da parte dell'Amministrazione al 15 aprile 2009, nonché un termine ultimo per la presentazione delle offerte al successivo 4 maggio 2009. In corso di procedura l'Istituto, in considerazione della mole di richieste di chiarimenti e informazioni pervenute, ha disposto lo slittamento del termine di presentazione delle offerte all'11 maggio 2009, ore 13.00. In tale data l'ATI Auselda Aed Group S.p.A. ha presentato la propria offerta e, nella stessa giornata, dopo l'avvenuto deposito dell'offerta, l'istante ha avuto conoscenza di un fax, apparentemente inviato alle ore 11,45, con il quale l'INPS aveva disposto un ulteriore differimento del termine di presentazione delle offerte al giorno 15 maggio 2009. Nella nota dell'Istituto si chiedeva la restituzione della stessa "debitamente firmata per accettazione" e tale comunicazione è stata seguita da un telegramma inviato dall'INPS nella medesima giornata alle ore 12.36, ricevuto in data 12 Maggio 2009 ore 11,00, con il quale, nel ribadire quanto contenuto nel citato fax, l'INPS ha precisato che, qualora nelle more fossero state presentate offerte, le stesse avrebbero potuto essere ritirate e ripresentate entro il nuovo termine. A giudizio dell'ATI istante Auselda Aed Group S.p.A. le comunicazioni dell'INPS non potevano incidere sulla procedura, né potevano avere l'effetto di riaprire *ex post* i termini della procedura stessa, poiché, nel momento in cui è stata disposta la proroga, l'istante aveva già presentato la propria offerta; le comunicazioni di proroga, inoltre, erano, a suo dire, generiche, immotivate, tardive e sottoposte alla condizione di una espressa accettazione dei concorrenti, mai intervenuta da parte del RTI Auselda Aed Group S.p.A.. In sostanza, l'ulteriore differimento del termine di presentazione delle offerte è intervenuto, secondo l'istante, in maniera irregolare e violando il principio di *par condicio* e di correttezza dell'azione Amministrativa. Né si può considerare legittima la sostanziale riapertura dei termini di consegna delle offerte perché qualche concorrente ha scelto di non depositare tempestivamente la propria offerta. Al riguardo l'istante, in particolare, evidenzia che due concorrenti che hanno presentato offerta hanno chiesto una proroga all'INPS il giorno venerdì 8 maggio 2009 e l'INPS ha deliberato in senso favorevole il giorno 11 maggio 2009 (la stessa data fissata per la scadenza della presentazione delle offerte); entrambi i

predetti concorrenti hanno presentato offerta successivamente all'11 maggio 2009, classificandosi, all'esito della valutazione delle offerte, al primo e secondo posto della graduatoria provvisoria di gara, redatta nella seduta del 31 luglio 2009.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, hanno depositato osservazioni e documenti l'INPS, con nota in data 29 settembre 2009, la Transcom Worldwide S.p.A. con memoria in data 6 ottobre 2009 e la Post Link s.c.ar.l. con memoria in data 8 ottobre 2009.

In relazione alle contestazioni del RTI Auselda Aed Group S.p.A. - Omega S.p.A., l'INPS ha rilevato che, a seguito dell'invio della lettera d'invito del 10 marzo 2009 a partecipare alla procedura ristretta indicata (inviata a quattro operatori economici e, precisamente: 1. Auselda Aed Gropup S.p.A. in ATI con Omega S.p.A.; 2. Poste Link s.c.ar.l. in ATI con Almaviva S.p.A., Almaviva Contact S.p.A., Ed Contact S.p.A. e IBM Italia S.p.A.; 3. Telecom Italia S.p.A. in ATI con Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. e Comdata S.p.A.; 4. Transcom Worldwide S.p.A. in ATI con Visiant Contact Center S.p.A. e Visiant Galyleo S.p.A.), il termine di consegna delle offerte fissato per il giorno 4 maggio 2009, è stato prorogato all'11 maggio 2009, in ragione dell'entità e della complessità delle richieste di chiarimenti pervenute (152 quesiti) e dei tempi necessari per fornire le relative risposte. Allo scadere del termine prorogato ha presentato offerta solo l'ATI Auselda Aed Group S.p.A., mentre due dei quattro operatori economici invitati hanno chiesto una ulteriore proroga del termine di presentazione dell'offerta e, quindi, la stazione appaltante, al fine di garantire la concorrenzialità della procedura, ha motivatamente disposto un ulteriore differimento al 15 maggio 2009, informandone immediatamente i quattro operatori economici interessati. Trattandosi di provvedimento autoritativo, l'atto di proroga non richiede accettazione, sicché con l'inciso riportato nei fax di comunicazione della proroga, con il quale è stata chiesta la restituzione del fax "debitamente firmata per accettazione", si intendeva avere certezza che la comunicazione fosse pervenuta e a piena conoscenza di tutti i Raggruppamenti concorrenti. La stazione appaltante ha, infine, reso noto che la Commissione giudicatrice, nel corso della seduta pubblica del 3 settembre 2009, ha approvato la graduatoria, dalla quale emerge che si è classificata prima la Transcom Worldwide S.p.A. in ATI con Visiant Contact Center S.p.A. e Visiant Galyleo S.p.A., seconda la Poste Link s.c.ar.l. in ATI con Almaviva S.p.A., Almaviva Contact S.p.A. Ed Contact S.p.A. e IBM Italia S.p.A., e terza la Auselda Aed Group S.p.A. in ATI con Omega S.p.A..

Sempre in relazione alle doglianze del RTI Auselda Aed Group S.p.A. - Omega S.p.A. sia la Transcom Worldwide S.p.A. sia la Post Link s.c.ar.l. hanno, sostanzialmente, condiviso la posizione dell'INPS. In particolare, la Transcom Worldwide S.p.A. ha ribadito che la proroga in questione è intervenuta prima della scadenza del termine assegnato per la consegna dei plichi (ore 13.00 dell'11 maggio 2009) e che la stessa rientra tra le scelte discrezionali dell'Amministrazione, non potendosi ritenere - neanche in via ipotetica - che la proroga sia sottoposta all'autorizzazione dei partecipanti ad una gara. La Post Link s.c.ar.l. ha affermato di aver presentato la propria offerta nel termine fissato dall'INPS precisando, altresì, che l'eventuale illegittimità della proroga del termine giammai potrebbe determinare l'esclusione dalla procedura del costituendo RTI Poste Link s.c.ar.l. poiché lo stesso ha operato in pedissequa osservanza delle regole dettate dalla stazione appaltante, consegnando l'offerta entro il termine del 15 maggio 2009 solo perché detto termine era stato statuito dall'Istituto.

Ritenuto in diritto

Per la definizione della questione oggetto della controversia in esame, occorre, preliminarmente, osservare che l'art. 70, comma 10, del D.Lgs. n. 163/2006, in tema di termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte, stabilisce che "Se, per qualunque motivo, il capitolato d'oneri o i documenti e le informazioni complementari, sebbene richiesti in tempo utile da parte degli operatori economici, non sono stati forniti entro i termini di cui agli articoli 71 e 72, o se le offerte possono essere formulate solo a seguito di una visita dei luoghi o previa consultazione sul posto dei documenti allegati al capitolato d'oneri, i termini per la ricezione delle offerte sono prorogati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte".

Questa è l'unica disposizione contenuta nel codice dei contratti pubblici che prevede ipotesi di proroga del termine di presentazione delle offerte. Ma, ciò non vuol dire che sia precluso – in casi particolari e con provvedimento motivato – disporre la proroga del termine di ricezione delle offerte, quando, per circostanze indipendenti dalla volontà degli operatori economici, ciò sia necessario al fine di garantire un corretto esito della procedura selettiva, in conformità alla *ratio* rinvenibile nella richiamata disposizione del Codice dei contratti pubblici di garantire ai partecipanti la tempestiva conoscenza di tutte le informazioni necessarie per la formulazione delle offerte.

Per tali ragioni, è da ritenersi senz'altro legittima la prima proroga del termine di presentazione delle offerte, non contestata nel presente procedimento e motivata dalla stazione appaltante in ragione della sensibile entità e complessità delle richieste di chiarimento pervenute (152 quesiti) e della tempistica necessaria per l'elaborazione delle risposte, in quanto appare conseguente la necessità di concedere ai candidati un congruo periodo di tempo per consentire loro di prendere conoscenza delle repliche pubblicate e, quindi, di predisporre correttamente l'offerta.

Non appare invece adeguatamente motivata la seconda proroga concessa, di cui si controverte, con la quale l'INPS ha dichiarato di differire al giorno 15 maggio 2009, ore 13.00 il termine di presentazione delle offerte – già prorogato all'11 maggio 2009, ore 13.00 – "tenuto conto della complessità dell'appalto ed al fine di garantire una sufficiente partecipazione da parte dei concorrenti invitati", comunicando, peraltro, il suddetto secondo provvedimento di proroga all'impresa istante Auselda Aed Group S.p.A. soltanto alle ore 11.45 del 11 maggio 2009, ossia 1 ora e 15 minuti prima della scadenza prevista e quando ormai l'istante aveva già depositato la propria offerta.

Infatti, il riferimento alla "complessità dell'appalto" appare generico e altresì ingiustificato, considerato che era già stata concessa ampia proroga ai concorrenti al fine di ottenere tutti i chiarimenti resisi necessari per predisporre correttamente l'offerta, mentre l'utilizzo dello strumento di un'ulteriore proroga – richiesta da due dei quattro RTI concorrenti – al dichiarato fine di "garantire una sufficiente partecipazione da parte dei concorrenti invitati" e, quindi, la concorrenzialità nella procedura, appare ultroneo e inadeguato rispetto agli strumenti di cui l'ordinamento interno già dispone per assicurare che all'aggiudicazione del contratto di appalto si pervenga solo in esito ad un confronto tra più offerte, nel rispetto del principio comunitario della garanzia della concorrenza nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici.

La seconda proroga in questione, inoltre, intervenendo soltanto 1 ora e 15 minuti prima della scadenza prevista per la presentazione delle offerte e quando ormai l'istante Auselda Aed Group S.p.A. aveva già depositato la propria offerta (dimostrando che il termine era congruo in relazione alla fattispecie), appare perciò stesso lesiva della *par condicio*, in quanto incide positivamente solo sulla posizione di alcuni concorrenti alla procedura in esame, quelli che l'avevano richiesta manifestando difficoltà a depositare tempestivamente l'offerta, né tale beneficio ad essi concesso

può essere compensato dalla possibilità, riconosciuta anche all'unico concorrente che aveva già adempiuto, di ritirare l'offerta e ripresentarla entro il nuovo termine.

Infine, con specifico riferimento al fatto che è stato chiesto agli operatori economici di restituire le note recanti le proroghe debitamente firmate per accettazione, è ragionevole ritenere che la stazione appaltante intendesse avere certezza che la comunicazione fosse pervenuta ai destinatari e fosse a piena conoscenza di tutti i Raggruppamenti concorrenti, in quanto l'adozione del provvedimento di proroga del termine di presentazione delle offerte non può essere condizionato dall'accettazione da parte dei concorrenti, trattandosi di provvedimento autoritativo di natura discrezionale.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la seconda proroga del termine di presentazione delle offerte, disposta dalla stazione appaltante, è illegittima e che, quindi, il termine ultimo di presentazione delle offerte è da considerarsi quello già fissato per l'11 maggio 2009, ore 13.00.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2010