

Parere n. 96 del 08 ottobre 2009

Protocollo PREC 53/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società C.S.B. S.r.l. - Costruzioni Stradali Bagalà S.r.l. - Lavori occorrenti per il consolidamento della Galleria Cappuccini e Ierecari I, II, nonché adeguamento degli impianti elettrici relativi - Importo a base d'asta: €1.830.000 - S.A.: ANAS S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 19 maggio 2009 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale la società C.S.B. S.r.l. (Costruzioni Stradali Bagalà S.r.l.) ha rappresentato di aver partecipato alla procedura di gara di cui all'oggetto, indetta dall'ANAS S.p.A., ed ha contestato la legittimità dell'operato della Stazione Appaltante che ha ammesso alla procedura di gara una concorrente, la Effeser S.r.l., nonostante la stessa non avesse presentato la domanda di partecipazione secondo le prescrizioni indicate nella *lex specialis*.

In particolare, la società istante ha rappresentato che secondo le indicazioni del disciplinare di gara, nella sezione "modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte", il plico inviato da ciascun concorrente doveva contenere tre buste distinte, a pena di esclusione (Busta A – "Documentazione amministrativa", Busta B – "Offerta Economica", Busta C - "Giustificazioni").

In particolare, è stato evidenziato che nel corso delle operazioni di gara, la Commissione, aperto il plico presentato dalla società Effeser S.r.l. e constatato che al suo interno erano contenute solo due buste, mancando la Busta B contenente l'offerta economica, non ha escluso l'impresa ma si è limitata a sospendere le operazioni di gara, che venivano riprese solo dopo trentacinque giorni.

Alla riapertura delle operazioni, la Commissione non solo non ha escluso la società Effeser S.r.l. per la mancata presentazione della Busta B, ma la ha ammessa alla gara, procedendo all'apertura della Busta A, al solo fine di verificare l'eventuale presenza della Busta B al suo interno. Tale verifica ha sortito esito positivo ed ha peraltro determinato l'aggiudicazione del contratto proprio alla Effeser S.r.l.

In relazione ai fatti rappresentati, la società C.B.S. S.r.l. ha presentato istanza di parere all'Autorità, al fine di conoscere la posizione della stessa in ordine alla legittimità dell'operato della Stazione Appaltante.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale l'ANAS S.p.A., facendo rinvio ai verbali di gara, ha rappresentato che la Commissione ha provveduto ad aprire la busta A contenente la documentazione amministrativa, pur in assenza della Busta B contenente l'offerta economica, in quanto il bando di gara non imponeva a pena di esclusione la presenza di tre plichi distinti; mentre le prescrizioni del bando previste a pena di esclusione riguardavano le modalità di confezionamento delle buste, sancendo che le stesse dovevano essere "tutte sigillate con ceralacca e controfirmate sui lembi di chiusura, recanti l'intestazione del mittente e l'indicazione del numero di codice appalto".

L'ANAS ha peraltro rilevato che la Busta B, rinvenuta all'interno della Busta A, era perfettamente integra e sigillata e che, come risulta dal verbale di gara, l'apertura della busta A è stata sollecitata dal rappresentante legale dell'impresa Effeser s.r.l., presente in sala, che riteneva che la Busta B relativa all'offerta economica si trovasse all'interno della Busta A, come effettivamente accaduto.

Nel procedimento è intervenuta anche la società Effeser s.r.l., aggiudicataria provvisoria, che ritenendo legittimo l'operato della Stazione Appaltante ha precisato quanto verificatosi in sede di espletamento delle operazioni di gara, sottolineando che la decisione adottata dall'ANAS di aprire la Busta A, al fine di accertare che al suo interno ci fosse la Busta B, come ipotizzato dal rappresentante legale della Effeser medesima presente alle operazioni, è stata presa in seduta pubblica, in presenza dei rappresentanti legali delle altre imprese concorrenti e dunque senza violare il principio di trasparenza dell'attività amministrativa.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati, attiene alla valutazione della correttezza dell'operato di una Stazione Appaltante che ammetta alle successive fasi della procedura di gara un concorrente che, ai fini della partecipazione alla gara, non abbia presentato tre buste distinte, ma abbia presentato la busta contenente l'offerta economica, chiusa e sigillata, all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa.

Al riguardo, occorre preliminarmente accertare il contenuto delle statuizioni della *lex specialis* in ordine alle modalità di presentazione della domanda di partecipazione, al fine di verificare l'eventuale sussistenza di prescrizioni di oneri formali, la cui violazione sia sanzionata con l'esclusione e la cui portata vincolante ne imponga una esecuzione puntuale nel corso delle operazioni di gara.

Ciò in quanto è principio consolidato quello secondo cui la portata vincolante delle prescrizioni contenute nella *lex specialis* produce l'effetto di esigere che ad esse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura di gara, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento (cfr. ex multis parere AVCP n. 42 del 2 aprile 2009; Consiglio di Stato sez. V sentenza n. 349 del 31 gennaio 2006; TAR Veneto, Venezia, sez. I, sentenza 31 marzo 2009 n. 1029).

A ciò consegue che nel caso in cui un bando di gara prescriva in capo ai partecipanti determinati oneri formali deve ritenersi che si è inteso dare prevalenza al principio di formalità collegato alla garanzia della *par condicio*, che per l'effetto non può essere superato dall'opposto principio del *favor participationis* (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1822 del 27 marzo 2009).

Allo stesso modo occorrerà accertare se, nonostante il fatto che le prescrizioni del bando di gara non siano sanzionate con l'esclusione, ad esse la Stazione Appaltante non abbia in qualche modo voluto attribuire una funzione a tutela di interessi essenziali o che le stesse intendano tutelare la *par condicio* dei concorrenti, dal momento che in tale caso, l'eventuale mancata indicazione della sanzione dell'esclusione in caso di violazione di specifiche prescrizioni all'interno del bando di gara, non impedisce alla Stazione Appaltante medesima di procedere comunque all'esclusione del concorrente che ad esse non abbia ottemperato.

Nel caso di specie la disciplina di gara, nella sezione relativa alle “*modalità di presentazione e ai criteri di ammissibilità delle offerte*” prevede espressamente che i plichi contenenti la documentazione amministrativa e la busta contenente l'offerta economica, pena l'esclusione dalla

gara, devono pervenire esclusivamente tramite raccomandata/posta celere del servizio Poste Italiane entro e non oltre le 13.00 del giorno 29 gennaio 2009. E' inoltre previsto che i plichi devono essere idoneamente sigillati con ceralacca, controfirmati sui lembi di chiusura e devono recare all'esterno – oltre all'esatta ragione sociale del mittente e al suo indirizzo – il numero di telefono, fax, in numero di codice dell'appalto, l'oggetto dell'appalto, l'importo, il numero di codice fiscale, il codice attività e la partita iva dell'impresa concorrente, il giorno e l'ora dell'espletamento della gara.

Essi devono contenere al loro interno tre buste, “a pena di esclusione tutte sigillate con ceralacca e controfirmate sui lembi di chiusura, recanti l'intestazione del mittente e l'indicazione del numero di codice dell'appalto”, di cui una contenente la documentazione amministrativa (Busta A), una contenente l'offerta economica (Busta B) e una contenente i giustificativi dell'offerta economica (Busta C).

Dalla lettura delle prescrizioni della *lex specialis* appare dunque chiaro che le condizioni da rispettare a pena di esclusione sono riferite unicamente all'utilizzo del solo mezzo postale per far pervenire i plichi e alla modalità di presentazione dei plichi e delle buste in essi contenute, appositamente sigillati e controfirmati a tutela della segretezza del loro contenuto e riportanti il nominativo del concorrente e il codice dell'appalto, ai fini dell'imputabilità delle stesse ad un unico soggetto e alla gara cui esso partecipa.

Con specifico riferimento alla buste, quindi, l'unica prescrizione prevista a pena di esclusione consiste nel fatto che le stesse siano sigillate e controfirmate e riportino la dicitura specifica al fine di riconoscerne il contenuto.

Pertanto, la scelta operata dalla Stazione Appaltante di ammettere alle successive fasi della procedura un concorrente che apparentemente aveva presentato solo due buste anziché tre, ovvero la busta A e la busta C, in quanto aveva per errore inserito la busta B, comunque presente nel plico, all'interno della Busta A, avendo in ogni caso avuto cura di firmarla, sigillarla e intestarla al mittente, imputarla al codice gara e denominarla con la dicitura busta B - Offerta Economica, non sembra configgere con le specifiche prescrizioni di gara poste a pena di esclusione.

Occorre, pertanto, accertare l'eventualità che tale mancata esclusione possa aver leso la tutela di specifici interessi essenziali perseguiti dalla Stazione Appaltante o violi il principio di *par condicio* tra i concorrenti.

Al riguardo e alla luce dei fatti rappresentati anche dai verbali di gara, si evince che in seduta pubblica, al momento dell'apertura dei plichi presentati dalla Effeser S.r.l., la Commissione di gara, accertava la mancanza della Busta B e, considerato che il rappresentante legale della società medesima, toccando con mano la Busta A sosteneva che la Busta B, contenente l'offerta economica, si trovava nella Busta A e chiedeva di fermare le operazioni di gara e far verificare quanto sostenuto alla competenti autorità, decideva di sospendere l'intera procedura provvedendo a sigillare tutti i plichi pervenuti.

Quindi, alla riapertura delle operazioni di gara, alla quale erano presenti i rappresentanti legali delle imprese partecipanti, la Commissione, in relazione all'offerta presentata dalla Effeser S.r.l., decideva di aprire la Busta A contenente la documentazione amministrativa, ritrovava in essa la Busta B ed ammetteva, pertanto, la Effeser S.r.l. alle successive fasi della procedura.

Ebbene, la scelta operata dalla Stazione Appaltante, finalizzata ad ampliare il più possibile la partecipazione alla procedura di gara, non appare in conflitto con il principio di *par condicio* dei

concorrenti, dal momento che non solo la verifica della presenza della Busta B all'interno della Busta A è avvenuta in seduta pubblica e quindi nel pieno rispetto del principio di trasparenza dell'attività amministrativa, ma è stato anche accertato che i plichi custoditi durante la sospensione delle operazioni di gara non erano stati manomessi e che la Busta B, estratta dalla Busta A, al pari delle buste presentate dagli altri concorrenti, rispettava le prescrizioni di sigillatura e controfirmatura prescritti dal bando, salvaguardando in tal modo il rischio di integrare una disparità di trattamento rispetto agli altri concorrenti.

Né si è così realizzata una lesione di uno specifico interesse sostanziale dell'Amministrazione, dal momento che la segretezza delle offerte e la relativa imputabilità al concorrente era stata preservata e salvaguardata e, pur avendo aperto la Busta A al fine di verificarne il contenuto ed accertare l'eventuale presenza della Busta B, la Commissione di gara non ha in tal modo invertito la normale sequenza di svolgimento della procedura, dal momento che, una volta rinvenuta la Busta B e verificatane l'integrità, l'ha messa da parte procedendo ad accertare le dichiarazioni contenute nella Busta A ed ammettere la società Effeser S.r.l. alla gara.

E' stata pertanto preservata la fondamentale sequenza procedimentale di eseguire la valutazione dell'offerta in due tempi, separando il momento valutativo della documentazione amministrativa da quello dell'offerta economica, lasciando l'offerta segreta fino all'esame dei documenti prescritti dalla *lex specialis*, evitando, in tal modo, possibili influenze della Commissione di gara, dovute alla preventiva conoscenza dell'offerta, tutelando, così, l'imparzialità dell'azione e la *par condicio* dei concorrenti.

Pertanto, l'operato dell'ANAS, volto a dare un'interpretazione finalistica alle prescrizioni del bando, piuttosto che una lettura formalistica, appare conforme alla *ratio* della procedura ed è in ogni caso ispirata al principio del *favor participationis*, senza incorrere in alcun caso nella violazione del principio di *par condicio* e trasparenza (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 3000 del 15 maggio 2009).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento adottato dall'ANAS di ammettere alla gara la società Effeser S.r.l. è conforme ai principi in materia di contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2009