

Parere n. 82 del 29/04/2010

Protocollo PREC 166/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa CODRA MEDITERRANEA s.r.l., in qualità di capogruppo dell'A.T.I. con l'impresa A.GE.COS S.p.A. mandante – Affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di ripristino dell'efficienza idraulica lungo l'asse principale del fiume Fortore, a valle della diga di Occhito – Importo a base d'asta €9.621.577,15 – S.A.: Regione Puglia - Ufficio Struttura Tecnica Provinciale di Foggia

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 7 ottobre 2009, perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Codra Mediterranea s.r.l., in qualità di capogruppo dell'A.T.I. con l'impresa A.GE.COS S.p.A. mandante, chiedeva l'annullamento della procedura di gara in oggetto – dalla quale l'A.T.I. concorrente risultava poi essere stata esclusa come da comunicazione del 3 novembre 2009 – per la lamentata violazione del principio generale secondo cui i plichi contenenti le offerte devono essere integri sino al momento della loro apertura da parte della Commissione. Risultava, infatti, dal primo verbale di gara del 9 settembre 2009 che il plico della predetta A.T.I. concorrente era stato involontariamente ed erroneamente aperto da una impiegata dell'ufficio protocollo della Regione (che lo aveva confuso con posta ordinaria indirizzata all'Ente) e poi immediatamente risigillato con il nastro adesivo.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Regione Puglia, in data 4 dicembre 2009, rappresentava, richiamando gli allegati verbali di gara, che il fatto cui faceva riferimento l'impresa istante Codra Mediterranea s.r.l. era effettivamente avvenuto ed era stato rilevato nella prima seduta di gara, come poteva constatarsi dalla lettura del verbale n. 1 del 9 settembre 2009.

Nella successiva seconda seduta del 28 settembre 2009 – come specificato nel verbale n. 2 – la Commissione di gara, a seguito della richiesta pervenuta dal legale dell'istante Codra Mediterranea s.r.l. in merito ai provvedimenti che la stazione appaltante intendeva adottare in considerazione del fatto medesimo, riteneva unanimemente che “nel caso in cui a causa di un errore dell'ufficio protocollo il plico contenente l'offerta è stato erroneamente aperto e protocollato e quindi immediatamente richiuso [ciò] non possa comportare l'annullamento della gara per violazione del principio di segretezza” ed evidenziava che l'eccezione sollevata dalla Codra Mediterranea s.r.l. era da ritenersi tardiva, atteso che i plichi originari inviati dai concorrenti erano stati oggetto di specifico momento procedimentale di verifica nella fase di gara già espletata, come riportato nel verbale n. 1. Inoltre, preso atto dell'assenza di alcune imprese concorrenti, tra cui la medesima società odierna istante Codra Mediterranea s.r.l., la Commissione di gara nella medesima seconda seduta decideva prudenzialmente di trasmettere ai concorrenti copia dei verbali di gara, invitandoli a presenziare alla successiva terza seduta, per potere constatare l'integrità dei cinque plichi interni contenuti nel plico offerta del concorrente n. 1 (l'A.T.I Codra Mediterranea s.r.l. - A.GE.COS

S.p.A.) e dichiarare che essi non risultano manomessi e che sono quindi integri tanto da garantire la segretezza e la *par condicio* di tutti i concorrenti.

Nella terza seduta del 2 ottobre 2009 – come specificato nel verbale n. 3 – alla presenza dei rappresentanti delle ditte concorrenti veniva sentita l'impiegata dell'ufficio protocollo della stazione appaltante che era incorsa nell'errore in questione, la quale riferiva di avere aperto per errore – in data 28 agosto 2009 – il plico della concorrente n. 1 (l'A.T.I Codra Mediterranea s.r.l. - A.GE.COS S.p.A.) scambiandolo per posta ordinaria dell'Ente, poiché il lato con i sigilli di ceralacca era nella parte retrostante il plico stesso e non immediatamente visibile; di avere strappato la busta solo nella parte anteriore; di avere cominciato a porre in timbro del protocollo in arrivo e la propria firma sui plichi contenuti all'interno di quella busta; di essersi quasi subito accorta dell'errore e quindi di avere proceduto alla immediata richiusura della busta risigillandola con nastro adesivo. La predetta impiegata riferiva, in particolare, che nessuno oltre a lei aveva visto o toccato i plichi contenuti nella busta erroneamente aperta. Nella medesima terza seduta veniva altresì sentito il RUP Geom. Sergio Gasparelli, il quale rappresentava di avere ricevuto il plico nella stessa data predetta e di averlo conservato blindato sino alla consegna alla Commissione di gara in occasione della prima seduta pubblica e precisava che il plico era ancora inalterato rispetto al giorno dell'accaduto. Acquisite le suddette informazioni dai soggetti direttamente coinvolti nell'erronea apertura della busta, la Commissione – ribadito che non parevano nella fattispecie violate le garanzie legate all'autenticità della chiusura originaria del plico e dunque la riservatezza dell'offerta, invitava tutti i presenti, compreso il rappresentante dell'istante Codra Mediterranea s.r.l., a constatare la integrità dei cinque plichi contenuti nel plico offerta della concorrente n. 1 (l'A.T.I Codra Mediterranea s.r.l. - A.GE.COS S.p.A.) e ad apporre conseguentemente una firma a conferma sui plichi medesimi, ciò che veniva fatto senza alcuna contestazione. Quindi si procedeva a risigillare i plichi in una nuova busta, siglata da tutti i componenti della Commissione nonché dal rappresentante dell'impresa Codra Mediterranea s.r.l., odierna istante, procedendo di seguito nelle operazioni di gara.

L'A.T.I Codra Mediterranea s.r.l. - A.GE.COS S.p.A. veniva, tuttavia, esclusa nella successiva seduta del 12 ottobre 2009, poiché la documentazione era priva dell'impegno fidejussorio relativo ai progettisti, in violazione di quanto previsto dal bando di gara e dal connesso documento descrittivo.

Ritenuto in diritto

In disparte la circostanza che l'istante, concorrente in A.T.I. con l'impresa A.GE.COS S.p.A., veniva successivamente esclusa per la mancanza di un requisito previsto dal bando di gara (l'impegno fidejussorio relativo ai progettisti), al fine di rendere il richiesto parere deve accertarsi se, nel caso di specie, il descritto evento, frutto di un errore involontario dell'impiegata dell'ufficio protocollo della stazione appaltante, abbia anche astrattamente posto in pericolo o violato il principio della segretezza così inficiando il regolare svolgimento della procedura di gara per l'affidamento dell'appalto in oggetto.

Invero, quanto contenuto nei verbali di gara prodotti in atti dalla stazione appaltante e dettagliatamente riferito nella narrativa in fatto porta ad escludere che l'apertura della busta contenente i plichi dell'offerta del concorrente n. 1, ossia l'A.T.I Codra Mediterranea s.r.l. - A.GE.COS S.p.A. abbia potuto inficiare la segretezza dell'offerta stessa e così incidere, pregiudicandola, sulla *par condicio* dei concorrenti.

Ed infatti emerge: - che l'apertura della busta era stata frutto di un mero errore materiale; - che l'autrice dell'errore rimediava immediatamente risigillando la busta contenente i plichi con il nastro adesivo; - che nessun altro soggetto aveva la possibilità di visionare o anche solo toccare i plichi

contenuti nella busta erroneamente aperta; - che comunque già nella prima seduta pubblica del 9 settembre 2009 i plichi originari inviati dai concorrenti erano stati oggetto di specifico momento procedimentale di verifica (come riportato nel verbale n. 1); - che nella terza seduta del 2 ottobre 2009 (come riportato nel verbale n. 3); i rappresentanti delle ditte partecipanti, compreso quello dell'istante Codra Mediterranea s.r.l., erano direttamente coinvolti nella concreta constatazione della integrità e non manomissione dei plichi contenuti nella busta erroneamente aperta e che tutti i predetti rappresentanti, compreso quello della società istante, ponevano una sigla sui plichi rinvenuti, ad attestazione della verificata integrità degli stessi.

Nel caso di specie, pertanto, vi è stata una acquiescenza "consapevole" da parte di tutti i partecipanti alla gara, compresa l'odierna istante Codra Mediterranea s.r.l., affinché la procedura proseguisse, nonostante il problema che si era verificato e del quale si era accertata l'assenza di conseguenze pregiudizievoli per la segretezza dell'offerta e dunque per la *par condicio* dei concorrenti.

Conseguentemente si ritiene che in presenza di siffatte condizioni non possa considerarsi fondata la censura della società istante proprio con riguardo alla presunta violazione del principio di segretezza dei plichi. A conferma dell'assunto si segnala che anche il giudice amministrativo ha recentemente affermato che, nel caso in cui, a causa di un errore dell'ufficio protocollo, il plico contenente l'offerta è stato erroneamente aperto e protocollato e quindi immediatamente richiuso, tale circostanza non comporta l'annullamento della gara per violazione del principio di segretezza, se tutte le partecipanti hanno acconsentito a proseguire i lavori, facendo così acquiescenza alla irregolarità commessa dall'ufficio medesimo (T.A.R. Sardegna sez. I 3 ottobre 2006 n. 2084).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la stazione appaltante non sia incorsa nella violazione del principio di segretezza e di *par condicio* tra i concorrenti.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 Maggio 2010