

## **Parere n. 131 del 07/07/2011**

### **PREC 86/11/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 Edile Lupo Costanzo Giovanni – “*Procedura aperta per l'appalto dei lavori di realizzazione di un centro polimuseale - Halitè*” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 370.796,83 – S.A.: Comune di Margherita di Savoia (Barletta-Andria-Trani).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

Con istanza pervenuta in data 4 aprile 2011, l'Impresa Lupo Costanzo Giovanni ha segnalato l'illegittimità dell'intera procedura di gara indetta dal Comune di Margherita di Savoia, dovuta alla apertura dei plichi in seduta non pubblica per la mancata comunicazione, alle imprese offerenti, della data e del luogo di apertura degli stessi e delle offerte economiche, così come previsto a pagina 10 del disciplinare di appalto (“*L'apertura della busta contenente l'offerta economica e la lettura della medesima avverrà in seduta pubblica, la data della quale sarà comunicata ai concorrenti, concluso l'esame dell'offerta tecnica*”).

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 28 aprile 2011, la S.A., con memoria prodotta in data 29 aprile 2011, non ha contraddetto sul punto, limitandosi a produrre il verbale di gara del 2 marzo 2011, nominalmente assertivo della pubblicità della seduta nella quale si è proceduto all'apertura dei plichi delle quattro offerte pervenute.

Viceversa, l'impresa istante ha evidenziato che il bando in oggetto aveva inizialmente indicato il termine ultimo della consegna delle offerte per le ore 12,30 del 24.11.2010, fissando la data di apertura delle stesse alle ore 10,00 del 25.11.2010 e che, con successivo avviso pubblicato sul sito ufficiale della stazione appaltante, il bando di gara in oggetto era stato “prorogato con scadenza al 13.12.2010”, ma nessuna indicazione era stata fornita circa il luogo e la data di apertura delle offerte. L'istante ha poi specificato di aver presentato la propria offerta in data 10.12.2010 e di non aver mai ricevuto alcuna comunicazione in ordine alle operazioni di gara, nemmeno a seguito di espressa richiesta rivolta alla stazione appaltante. Solo in data 25 marzo 2011 veniva pubblicata sul sito ufficiale della S.A. la determinazione n.245 del 21.3.2011, avente ad oggetto l'approvazione del verbale di gara e l'aggiudicazione provvisoria alla ditta Capacchione Carmela.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto di esame concerne la legittimità della procedura di gara indetta dal Comune di Margherita di Savoia (Barletta-Andria-Trani) in ragione della mancata comunicazione alle imprese offerenti della data e del luogo di apertura dei plichi e delle offerte economiche, così come previsto a pagina 10 del disciplinare d'appalto.

Al riguardo vale rilevare che la censura mossa dall'istante è potenzialmente idonea a travolgere gli atti di gara nella loro globalità, attualizzando un interesse strumentale meritevole di tutela alla riedizione della procedura (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 11/1/2010 n. 11; TAR Lazio, Roma, Sez. III ter, 30 gennaio 2009, n. 896).

Come, infatti, è stato ripetutamente precisato, il principio di pubblicità delle sedute della Commissione, *“quanto meno per ciò che riguarda la fase di verifica della integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e di apertura dei plichi stessi, è inderogabile”* (Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2006, n.6529). Ne deriva che *“è principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa sia che si tratti di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica e, conseguentemente, è illegittima l'apertura in segreto dei plichi* (Cons. Stato: sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5217; sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369; sez. V, 27 aprile 2006, n. 2370, 11 gennaio 2006, n. 28 e 30 agosto 2005, n. 3966; sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030; sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077, 11 febbraio 2005, n. 388, 18 marzo 2004, n. 1427 e 9 ottobre 2002, n. 5421; Cons. Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Nel caso di specie non risulta, né tantomeno è stato contraddetto dalla stazione appaltante, che le ditte interessate siano state convocate, giacché dall'esame della documentazione di gara non risulta che queste abbiano ricevuto alcuna comunicazione della seduta di gara nella quale si è proceduto all'apertura dei plichi delle offerte pervenute (verbale del 2 marzo 2011).

Sotto tale profilo l'operato dell'amministrazione va senzaltro censurato, in quanto, a prescindere dal criterio qualitativo-quantitativo di aggiudicazione utilizzato in concreto – offerta economicamente più vantaggiosa –, la tutela che viene garantita dall'ordinamento è tutela oggettiva e preventiva, essendo funzionale la pubblicità degli atti di gara non solo al rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i concorrenti, ma anche a presidio della correttezza, della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 13 luglio 2010 n. 4520; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 11/11/2010 n. 2581; T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 29/10/2010 n. 3937; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 25 febbraio 2010 n. 224). L'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara è, in ogni caso, a prescindere cioè da una esplicita previsione del bando di gara, inderogabile per quanto riguarda la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 13 ottobre 2010 , n. 7470).

L'unico tratto differenziale di rilievo è costituito dal fatto che nelle gare pubbliche, per l'applicazione del principio di pubblicità delle sedute, occorre distinguere tra le procedure di aggiudicazione automatica e quelle che richiedano una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione; per le prime, la pubblicità delle sedute è generalmente totale, e ciò al fine di consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo, in tale caso, alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare (Consiglio Stato, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939); per le seconde, invece, la pubblicità non si estende alla sedute della Commissione giudicatrice riservate all'esame tecnico delle offerte pervenute. In ogni caso, però, la verifica pubblica dell'integrità dei plichi contenenti le buste con le offerte e la loro conseguenziale apertura è adempimento doveroso e prodromico all'attività valutativa del seggio di gara, sia che si svolga in seduta riservata sia pubblica (Consiglio Stato , sez. VI, 3 dicembre 2008 n. 5943).

Pertanto, la mancata pubblicità delle sedute di gara per l'aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, compreso il provvedimento finale di aggiudicazione.

La regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte (economiche), implica, peraltro, necessariamente l'obbligo del seggio di gara di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante, atteso che tale adempimento risulta implicitamente necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (in termini Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3471).

È palese, dunque, che nel caso di specie la mancata convocazione delle ditte ha di fatto precluso il perfezionamento, in modo compiuto, della pubblicità della seduta, indipendentemente da tale attribuzione nominale nel verbale di gara.

Non può, a questo riguardo, convenirsi con l'Amministrazione resistente che parrebbe sottintendere tale pubblicità, essendo stata riscontrata a verbale – con attestazione facente fede fino a querela di falso – ed essendo risultato presente alla medesima un rappresentante di un altro concorrente.

Una tale prospettazione non potrebbe essere in alcun modo condivisa: la rilevante finalità delle disposizioni in materia di pubblicità delle operazioni di gara rischierebbe di restare compromessa qualora si consentisse alle Amministrazioni di aggirare, eludere o, comunque, svuotare di significato ed applicazione l'obbligo (necessario per il perfezionamento della pubblicità) di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti data, ora e luogo di svolgimento delle sedute pubbliche.

Inoltre, secondo un persuasivo orientamento giurisprudenziale, pubblicità e verbalizzazione delle sedute di gara sono adempimenti procedurali distinti, che rispondono a finalità diverse e come tali non sono fungibili, ma complementari (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 3166/05; Tar Sicilia, Palermo, n. 741/06; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 28 marzo 2008, n. 72; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 16 ottobre 2008, n. 1329).

La pubblicità è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e costituisce un'essenziale garanzia partecipativa dei concorrenti, la quale contribuisce a qualificare un procedimento di evidenza pubblica come “giusto” e rispettoso della *par condicio*, mentre la verbalizzazione opera su un piano eminentemente probatorio, derivandone l'irrelevanza di quest'ultima in tutte le ipotesi in cui, come nella specie, sia stato violato il principio di pubblicità.

Ne deriva che la violazione del principio di pubblicità costituisce vizio insanabile della procedura, il quale si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti o manipolazione della documentazione prodotta (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. VI, 4 marzo - 22 aprile 2008, n. 1856; Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2006, n. 1445; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 28 marzo 2008, n. 72; Tar Lombardia Brescia, sez. I, 16 ottobre 2008, n. 1329).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura della gara in oggetto non sia conforme ai principi di pubblicità e trasparenza ed alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 luglio 2011

Il Segretario: Maria esposito