

Parere n. 63 del 7 aprile 2011

PREC 259/10/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 G.P.A. Ingegneria s.r.l. – Servizi di progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori, misura e contabilità, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori per l'ampliamento del Centro Direzionale e Formativo dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie di Legnaro – Importo a base d'asta: € 312.724,09 – S.A.: Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie di Legnaro (PD).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 ottobre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa G.P.A. Ingegneria s.r.l., in qualità di capogruppo del R.T.P. concorrente alla procedura di gara per l'affidamento dei servizi in oggetto, ha contestato l'esclusione dalla gara di che trattasi, per aver consegnato il plico-offerta "a mano" presso l'Ufficio protocollo dell'Istituto appaltante, contrariamente a quanto disposto dal disciplinare di gara che prevedeva altre modalità di recapito dei plichi: raccomandata del servizio postale, agenzia di recapito autorizzata, ovvero autoprestazione, ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. n. 261/1999.

Al riguardo l'impresa istante ha sostenuto che la dicitura "*autopresentazione*", anziché "*autoprestazione*", utilizzata nel disciplinare di gara, ha ingenerato confusione e che comunque una forma diversa di consegna a mano non era indicata come causa di esclusione dalla *lex specialis*.

In sede di istruttoria procedimentale, avviata da questa Autorità in data 18 novembre 2010, la stazione appaltante, con nota pervenuta in data 26 novembre 2010, ha rappresentato che l'esclusione è giustificata dalla prescrizione del disciplinare di gara (punto 6) che esplicitamente disponeva, a pena di esclusione, tre diverse modalità di recapito dei plichi e che, tra queste, la consegna a mano era ammessa esclusivamente nella forma dell'autoprestazione ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. n. 261/1999, per cui la mera "*consegna a mano*" non poteva considerarsi equipollente all'"*autoprestazione*", che è una modalità di spedizione postale espressamente disciplinata dalla Legge.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto attiene alla legittimità dell'esclusione, disposta per aver consegnato il plico-offerta "a mano" presso l'Ufficio protocollo dell'Istituto appaltante anziché nella forma di "autoprestazione", ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. n. 261/1999.

In merito si deve rilevare che il disciplinare di gara stabilisce, al punto 6 "*Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte*", che il plico contenente le buste interne con la documentazione richiesta per la partecipazione alla gara "*deve pervenire, a pena di esclusione dalla gara, a mezzo raccomandata del servizio postale, oppure mediante agenzia di recapito autorizzata, entro il termine perentorio indicato nel bando di gara...*" e che "*la consegna a mano del plico...è ammessa esclusivamente nella forma di autopresentazione ai sensi dell'art. 8 D.Lgs. n.261/99...fanno fede la data e l'ora di presentazione apposte sul plico a cura dell'addetto alla ricezione che rilascerà apposita ricevuta*".

Il citato art. 8 del D.Lgs. n. 261/1999, recante l'attuazione della Direttiva 97/67/CE sulle regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio, dispone che "*è consentita senza autorizzazione la prestazione di servizi postali da parte di persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza (autoprestazione) oppure da parte di un terzo che agisce esclusivamente in nome e nell'interesse dell'autoprodotto*".

Tale modalità di invio consiste nella consegna diretta al ricevente previa affrancatura del plico in base alle vigenti tariffe del "*corriere prioritario*", annullata con "*bollo a data*" da un qualsiasi Ufficio postale.

La norma permette di fruire delle garanzie caratteristiche della prestazione del servizio postale, analoghe a quelle rese dal fornitore del servizio universale, nei particolari casi in cui l'autoprodotto intenda non avvalersi del servizio di "*trasporto della corrispondenza*", sia pur conservando la particolare certezza della data di invio e del contenuto del plico (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 5 settembre 2005, n. 4485 che cita, al riguardo la direttiva delle Poste Italiane n. XXXIX prot. 10005/dir in data 5 ottobre 1999).

Anche questa Autorità – proprio con riferimento a questa "*particolare e specifica modalità di trasmissione del plico riconosciuta dalla norma di recepimento della Direttiva comunitaria*" – ha avuto occasione di rilevare che tale modalità "*consente di ritenere la consegna in autoprestazione equivalente alla trasmissione a mezzo del servizio postale*", aggiungendo che "*diversamente interpretando si contravviene al disposto normativo di cui al citato articolo 8 del d. Lgs. n. 261/1999*" (deliberazione 30 maggio 2007, n. 175).

La procedura richiesta per il suo utilizzo, soprattutto per quanto attiene all'annullamento con "*bollo a data*" da parte dell'Ufficio postale, distingue tale modalità di inoltro dei plichi dalla "*consegna a mano*" e garantisce l'amministrazione in ordine alla integrità e provenienza del plico. L'istituto della cd. "*autoprestazione*" non può, infatti, essere associato all'ipotesi in cui la presentazione dell'offerta di gara avvenga mediante "*consegna a mano*" della stessa da parte della ditta concorrente, distinguendosi per la previa attestazione della data da parte dell'Ufficio postale, con la conseguenza che la norma del disciplinare di gara non è suscettibile di interpretazione estensiva.

Pertanto, qualora la disciplina di gara non preveda, come nel caso di specie, fra le modalità di recapito dei plichi-offerta, la possibilità di effettuare la mera "*consegna a mano*", svincolata da una

specifica forma, correttamente la Commissione di gara, in attuazione di quanto prescritto dal disciplinare medesimo, procede all'esclusione del concorrente che ha utilizzato una modalità di recapito diversa da quelle consentite (cfr. in tal senso il parere di questa Autorità n. 99 dell'8 novembre 2007).

Alla luce di quanto sopra, se si considera il riferimento *expressis verbis* del disciplinare alla normativa sopra citata, appare del tutto pretestuoso rilevare, come fa l'istante, che il disciplinare di gara prevedeva la possibilità di consegna a mano del plico esclusivamente nella forma di "autopresentazione" – non contemplata dall'art. 8 del suddetto decreto legislativo che parla di "autoprestazione" – per inferirne la responsabilità della stazione appaltante nell'aver generato una sorta di errore scusabile dipendente dall'equivoca terminologia adoperata.

Come, altrettanto pretestuosa e priva di pregio, appare l'argomentazione dell'istante, che asserisce di non rinvenire nella clausola della *lex specialis* l'univoca previsione che il mancato utilizzo della forma – peraltro "esclusivamente ammessa" – di autoprestazione comportasse inderogabilmente l'esclusione dalla gara. Invero, la suddetta forma viene ammessa come "esclusiva" e l'opzione relativa segue – nel contesto delle "MODALITA' DI PRESENTAZIONE E CRITERI DI AMMISSIBILITA' DELLE OFFERTE" di cui al punto 6 del disciplinare della gara – le altre modalità principalmente previste, "a pena di esclusione dalla gara", per la produzione del plico-offerta.

Nel caso in esame, oltretutto, non può rinvenirsi alcuna limitazione al principio del *favor participationis*, in quanto a tutti i partecipanti era stata data la possibilità di scegliere tra diverse modalità di recapito.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara del R.T.P. concorrente con l'impresa G.P.A. Ingegneria s.r.l. capogruppo mandataria sia conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 aprile 2011

Il Segretario: Maria Esposito