

Parere n. 64 del 7 aprile 2011

PREC 271/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da COS.MA. srl – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di ingegneria naturalistica per il recupero paesaggistico delle scarpate, mediante opere di presidio strutturale e mitigazione ambientale in ordine ai lavori di ammodernamento della S.P. IV nel tratto Tormini Barghe – Importo a base d'asta €498.500,00 – S.A.: Anas spa.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 ottobre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la COS.MA srl ha richiesto l'avviso di questa Autorità circa la sua esclusione dalla gara in oggetto, *“per non aver indicato sul plico il proprio indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) come richiesto al punto 1 del disciplinare di gara (sul plico risulta indicato un indirizzo di posta elettronica non certificata)”*.

Secondo l'istante, tale esclusione, sebbene motivata con riferimento alla previsione della *lex specialis*, non considera, da un lato, che l'art. 79, comma 5 bis, del D. Lgs. n.163/2006 fissa il principio di alternatività dei mezzi di comunicazione tra stazione appaltante e concorrenti e, dall'altro, che in virtù del D.L. n. 185/2008, convertito in L. n.2/2009 le imprese costituite in forma societaria alla data del 28.11.2008 sono tenute a munirsi di un indirizzo PEC entro novembre 2011. Conseguentemente la disposizione del disciplinare di gara in questione, risulterebbe gravosa ed ingiustificata. L'istante, inoltre, richiama l'ordinanza del TAR Puglia, Lecce del 30.9.2010 n. 736, secondo cui: *“la clausola del bando di gara che impone la contestuale disponibilità di più forme di ricezione concernenti le comunicazioni di gara (ossia domicilio, fax e posta elettronica certificata), si pone in contrasto con le previsioni di cui all'art. 79 del codice degli appalti, come da ultimo modificato dal decreto legislativo n. 53 del 2010, il quale individua mezzi alternativi (e non cumulativi) di comunicazione, e ciò anche alla luce della normativa di settore (cfr. decreto-legge n. 185 del 2008) che impone alle società già operanti di munirsi di un indirizzo PEC non prima del mese di novembre 2011”*, ritenendo il principio di diritto ivi stabilito applicabile anche al caso in esame.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la stazione appaltante ha confermato la legittimità dell'esclusione, sottolineando che il bando di gara, con richiamo agli artt. 77, 79, 253, comma 2, del D. Lgs. n. 163/2006, richiedeva ai concorrenti a

pena di esclusione di indicare l'indirizzo di posta elettronica certificata, a cui inviare tutte le comunicazioni inerenti alla procedura in oggetto, e giustificava tale previsione in considerazione delle peculiarità dello strumento in esame: facilità di attivazione e certezza della data di ricezione delle comunicazioni, anche ai fini di eventuali impugnazioni. La stazione appaltante, inoltre, ha precisato che la scelta della posta elettronica certificata è funzionale ad una maggiore efficienza ed economicità del procedimento, dato l'alto numero di comunicazione che gli uffici debbono rendere per ogni gara.

La società, infine, ha dato atto di aver respinto l'istanza di riammissione alla gara presentata dalla COS.MA srl, non condividendo le argomentazioni su cui la stessa si fondava. Più precisamente sul punto l'Anas rileva che l'obbligo per i concorrenti di munirsi di posta elettronica certificata non sarebbe inutilmente gravoso ed ingiustificato, dato che il servizio è disponibile gratuitamente o a fronte di un costo molto basso, né potrebbe essere invocata nel caso di specie la giurisprudenza del TAR Puglia, richiamata dall'istante, la quale censura la condotta di una stazione appaltante che ha imposto più forme di ricezione delle comunicazioni di gara, dato che nel caso in esame il bando indicava in via esclusiva quale unica forma di comunicazione la PEC e motivata la relativa scelta.

Non ha partecipato al contraddittorio documentale l'aggiudicatario della gara in esame.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in epigrafe indicata riguarda la legittimità del provvedimento di esclusione disposto da Anas spa nei confronti di COS.MA srl in applicazione del disciplinare di gara, in virtù del quale *“all'esterno il plico deve riportare, a pena di esclusione, l'indirizzo di PEC – posta elettronica certificata dell'impresa concorrente, ciò al fine di eseguire eventuali comunicazioni laddove non vi sia stata apertura dei plichi”* (art.1). L'istante è stata esclusa per mancata comunicazione della PEC.

Al riguardo occorre preliminarmente ricordare che le formalità prescritte dalla *lex specialis* sono dirette a garantire la parità di trattamento dei concorrenti, l'imparzialità e la trasparenza dei comportamenti imputabili alla stazione appaltante. Pertanto le stesse, specie quando sono disposte a pena di esclusione, debbono essere conformi alla specifica normativa di settore e rispondere al comune canone di ragionevolezza in stretta relazione con i principi su richiamati.

Nel caso in esame si osserva che la previsione del disciplinare di gara sopra ricordata contrasta con quanto disposto dall'art. 77 D.Lgs. n.163/2006, in virtù del quale *“il mezzo di comunicazione scelto (tra stazione appaltante e operatore economico) deve essere comunemente disponibile, in modo da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione (...) quando le stazioni appaltanti chiedano o acconsentano alle comunicazioni per via elettronica gli strumenti da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono essere di carattere non discriminatorio, comunemente disponibili al pubblico e compatibili con i prodotti della tecnologia dell'informazione e della comunicazione generalmente in uso”*. Nel caso in esame, infatti, la stazione appaltante ha richiesto a pena di esclusione l'indicazione di un mezzo di comunicazione – posta elettronica certificata – non ancora generalizzato, atteso che il D.L. n. 185/2008, art.16, convertito con L. n. 2/2009, e pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 280 del 29.11.2008, impone alle società già operanti di munirsi di un indirizzo PEC solo da novembre 2011.

Sotto altro profilo, si osserva che l'Anas spa ha finito per violare anche la previsione dell'art. 79 D.Lgs, che, nell'elencare i diversi strumenti di comunicazione tra stazione appaltante e concorrente (domicilio, fax, posta elettronica), considera questi ultimi alternativi e non cumulativi (cfr. AVCP parere n. 23 del 9.2.2011, TAR Puglia, Lecce, Sez. III, n. 15 del 13.1.2011). La stazione appaltante, invece, li ha disciplinati come se fossero cumulativi prevedendo, oltre a quanto sopra riportato che i concorrenti dovevano indicare all'esterno del plico *“ragione sociale, indirizzo, numero di telefono e di fax, codice fiscale, partita IVA, indirizzo di PEC”* (art.1 del disciplinare di gara), e che *“ai sensi dell'art. 79, comma 5 quinquies del D.Lgs. n. 163/2006, i concorrenti sono obbligati ad indicare il proprio domicilio eletto ed il proprio indirizzo di posta elettronica certificata per le comunicazioni”* (punto V.2, lett. h, del bando).

In considerazione delle disposizioni appena ricordate la previsione, a pena di esclusione, dell'indicazione della PEC appare anche irragionevole, in quanto la stazione appaltante era comunque in possesso dei dati necessari per inviare comunicazioni alla ricorrente con effetto legale.

Ne consegue che la previsione di cui all'art. 1 del disciplinare di gara, in virtù della quale è stata disposta l'esclusione dell'istante dalla gara *de qua*, è irragionevole e non risulta conforme alle disposizioni degli artt. 77 e 79 del D.Lgs. n. 163/2006.

Si rileva, infine, che la richiesta della PEC da parte della stazione neanche appare giustificata dalla presenza di particolari situazioni organizzative dell'Anas spa: quest'ultima, infatti, si è limitata a fare generico riferimento a ragioni di semplificazione, stante le numerose procedure di appalto esperite con un elevato numero di partecipanti, ma tale argomentazione non è di per sé sufficiente a giustificare una deroga alla previsione dell'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto riferita all'attività ordinaria della società.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

nei limiti di cui in motivazione, ritiene che l'esclusione dalla gara della società COS.MA srl non sia conforme alle disposizioni degli artt. 77 e 79 del D.Lgs. n. 163/2006 e non sia ragionevole.

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