

Parere n.117 del 17/07/2013

PREC 85/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Meridional Service s.r.l. – “Affidamento del servizio di pulizia e sanificazione degli immobili dell’Azienda Sanitaria provinciale di Enna, dell’A.O. Universitaria Policlinico di Messina e dell’IRCCS Centro Neurolesi di Messina”– Importo a base d'asta € 37.792.513,50 – S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Enna.

Proroga termini per la presentazione delle offerte. Artt. 70 comma 10 e 71 comma 2 D.lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 marzo 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la ditta Meridional Service s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità del diniego opposto dalla Azienda Sanitaria Provinciale di Enna, di proroga del termine per la presentazione delle offerte, richiesto dall’istante a seguito della modifica di una prescrizione del disciplinare di gara.

Riferisce la Meridional Service s.r.l. di aver provveduto, a far data dalla pubblicazione del bando e degli altri atti a corredo, alla predisposizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ossequio alle prescrizioni di gara.

In particolare, l'art. 8 del disciplinare di gara prescrive che *« il monte ore minimo richiesto è stato calcolato attraverso la seguente formula: IBA al netto degli oneri per i rischi da interferenze/e/h 18,38 (costo orario di vendita del servizio). Si precisa che il costo orario di vendita del servizio scaturisce dal valore medio del costo orario della manodopera II Livello, con riferimento al vigente CCNL di settore, quantificato in E/H: 15,60, ritenuto fisso, invariabile e non soggetto ad alcun abbattimento, incrementato in termini percentuali del 17,82% incidenza necessaria a sostenere i COSTI PROPRI, e gli utili di impresa delle Ditte, tenuto conto dei dati storici di riferimento degli appalti di analoga natura»*.

Rispondendo al quesito numero 1 del 21 e 23 novembre 2012, del seguente tenore *“Si chiede di specificare se il monte ore minimo di cui all'art. 8 del C.S.A. è comprensivo di ore di malattia, ferie e congedi vari”*, il Direttore dell’U.O.C. Provveditorato ed Economato dell'ASP di Enna ha pubblicato sul sito dell'Ente aggiudicatore la seguente testuale risposta: *«Tra i COSTI PROPRI, previsti per il calcolo del monte ore minimo richiesto, secondo quanto stabilito dall'un 8 del CSA, sono compresi le ore di malattia, ferie e congedi vari»*.

Lamenta l’istante che il tenore dell'anzidetto art. 8 del CSA - interpretato alla luce dell'inequivoco chiarimento reso al suddetto quesito N. 1 - ha determinato la società a costruire l'offerta economicamente più vantaggiosa avendo riguardo alla prescrizione secondo cui il monte ore minimo richiesto dall'anzidetto art. 8 del CSA doveva essere riferita alle ore teoriche lavorabili. Tuttavia, con il *«chiarimento»* pubblicato in data 30 gennaio 2013 – e, quindi, quattro giorni prima della scadenza del termine utile per la presentazione dell'offerta - il Direttore dell'U.O.C. Provveditorato ed Economato dell'ASP di Enna ha modificato l'anzidetta prescrizione del disciplinare di gara poiché ha disposto che *«il monte ore minimo richiesto dall'art. 8 del Disciplinare di Gara è costituito dalle ore effettivamente lavorate»*.

Pertanto, con nota fax delle ore 9,27 del 4 febbraio 2013, Meridional Service s.r.l. ha chiesto una proroga del termine di presentazione delle offerte proprio al fine di consentire la modifica della relativa offerta economicamente più vantaggiosa.

Con nota fax prot. n. 646 del 4 febbraio 2013, il Direttore dell'U.O.C. Provveditorato ed Economato dell'Ente aggiudicatore ha risposto nei seguenti testuali termini: *«Spiace dover comunicare di non*

poter accettare la richiesta di proroga del termine per la presentazione delle offerte, relativo alla gara in oggetto indicata, formulata da Codesta Ditta con nota fax del 4.02.2013 in quanto il chiarimento del 30.01.2013, è stato pubblicato sul sito Web di questa Azienda in ottemperanza alle disposizioni di cui all'art. 46 del C.S.A.>>.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 26 aprile 2013, è pervenuta una memoria da parte della stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del diniego di proroga del termine per la presentazione delle offerte opposto dalla stazione appaltante alla ditta istante dopo avere modificato di una prescrizione contenuta nel disciplinare di gara.

La gara in esame si è svolta con procedura aperta ai sensi dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006.

Il termine ultimo per la presentazione delle offerte era fissato alle ore 10.00 del 04.02.2013.

L'art. 46 del capitolato speciale d'appalto dispone che “...*I concorrenti potranno chiedere eventuali chiarimenti ed informazioni complementari al responsabile della procedura di affidamento fino a 15 giorni dal termine ultimo per la presentazione delle offerte. Eventuali integrazioni, chiarimenti, rettifiche e precisazioni disposte da questa Amministrazione dopo la pubblicazione del bando si pubblicheranno comunque al sito internet indicato, almeno 5 giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte, così anche eventuali sospensioni della procedura e rinvio dei termini. Pertanto, è onere dei candidati, che estraggano i documenti di gara tramite il sito internet, visitare nuovamente il sito prima della spedizione del plico contenente l'offerta per verificare la presenza di eventuali note integrative, rettifiche e precisazioni o interpellare a tal fine il responsabile del procedimento...*”.

Risulta, pertanto, che la pubblicazione del chiarimento sia tardiva con riguardo a quanto previsto dallo stesso capitolato speciale, poiché effettuata solo quattro giorni prima (ossia il 30.01.2013) rispetto alla data di scadenza dell'offerta (il 04.02.2013). Peraltro, anche la previsione del capitolato risulta difforme da quanto prescritto dall'art. 71 comma 2 D.Lgs. 163/2006, che, in materia di procedure aperte stabilisce che “*Sempre che siano state chieste in tempo utile, le informazioni complementari sui capitolati d'oneri e sui documenti complementari sono comunicate dalle amministrazioni aggiudicatrici ovvero dallo sportello competente ai sensi dell'articolo 9, almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte*”.

L'art. 70 comma 10 D.Lgs. 163/2006 stabilisce poi che “Se, per qualunque motivo, il capitolato d'oneri o i documenti e **le informazioni complementari**, sebbene richiesti in tempo utile da parte degli operatori economici, **non sono stati forniti entro i termini di cui agli articoli 71 e 72**, o se le offerte possono essere formulate solo a seguito di una visita dei luoghi o previa consultazione sul posto dei documenti allegati al capitolato d'oneri, **i termini per la ricezione delle offerte sono prorogati in modo adeguato a consentire che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte**”.

La giurisprudenza ha ritenuto che “*In materia di gare pubbliche di appalto, in linea di principio, le informazioni di cui al secondo comma dell'art. 71 del d.lgs. n. 163/2006 devono essere comunicate dalle stazioni appaltanti nei termini prescritti; tuttavia tale precetto deve essere applicato in senso funzionale al procedimento per cui solo quando le informazioni concernono aspetti assolutamente rilevanti ai fini dell'offerta, la mancata risposta diviene elemento causativo di illegittimità*” (T.A.R. Sicilia Catania Sez. II, 29-03-2011, n. 746).

Può allora concludersi che il chiarimento in esame, essendo attinente ad un elemento essenziale dell'offerta, e comportando la necessità per i concorrenti di rivedere l'offerta economica, doveva essere pubblicato in tempo utile, ossia nei 6 giorni antecedenti alla scadenza dell'offerta. Tale tardiva pubblicazione avrebbe dovuto comportare, ai sensi dell'art. 70 comma 10 cit., una congrua proroga dei termini per la presentazione delle offerte, ai fini di tutela della *par condicio*.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il diniego di prorogare i termini per la presentazione delle offerte - in seguito al chiarimento pubblicato il 30.01.2013 - sia illegittimo, per violazione degli artt. 70 comma 10 e 71 comma 2 D.lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Pietro Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente : Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito