

Parere n.85 del 22/05/2013

PREC 52/13/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla EMMECI s.r.l. e dalla COTRAL s.p.a. – “Fornitura di ricambi di meccanica per la manutenzione di autobus” – Importo a base d’asta: euro 4.900.000,00 – S.A.: COTRAL s.p.a.

Asta elettronica – Art. 85 del Codice – Art. 292 del Regolamento – Previsione del periodo di “black-out” nella fase finale – Contrasto con l’art. 56 della Direttiva 2004/17/CE – Rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 del TFUE.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 marzo 2013 è pervenuta l’istanza in epigrafe, relativa alla procedura ristretta mediante asta elettronica indetta dalla COTRAL s.p.a. – Compagnia Trasporti Laziali, con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea del 22 ottobre 2012, per la fornitura biennale di ricambi nuovi di meccanica originali, di primo impianto o equivalenti per la manutenzione di autobus Fiat – Iveco – Irisbus, di importo a base d’asta pari ad euro 4.900.000,00 da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

La società EMMECI s.r.l., ammessa a partecipare alla procedura ristretta telematica (da esperirsi alla data del 7 febbraio 2013), contesta la legittimità della clausola contenuta a pag. 5 della lettera d’invito, intitolata “DURATA”, che così dispone: “L’asta avrà una durata massima di 60 minuti. La durata minima sarà pari a 20 minuti ovvero la negoziazione si chiuderà al raggiungimento di questo tempo se non si verificano offerte da parte dei Fornitori. Ogni volta che verrà presentata un’offerta migliorativa, la chiusura dell’asta verrà automaticamente prolungata e il tempo per la sua conclusione verrà riportato alla durata del Tempo Base (20 minuti). Quindi, nel caso in cui vengano effettuate delle offerte migliorative entro il Tempo Base, l’asta continua fino a 5 minuti prima della fine. Raggiunto questo termine, i concorrenti sono avvisati dal sistema della possibilità di effettuare, da quel momento ed entro la durata massima dell’asta, soltanto un eventuale ultimo rilancio. Durante la fase dell’ultimo rilancio, i concorrenti non saranno in grado di visualizzare la propria posizione in classifica e le offerte degli altri operatori economici. Tali informazioni saranno visualizzabili al termine dell’asta”.

Con unico ed articolato motivo di censura, la EMMECI s.r.l. afferma che la previsione di un *black-out* di cinque minuti nella fase finale dell’asta elettronica, durante il quale ai concorrenti viene preclusa la possibilità di visualizzare la propria posizione in classifica, contrasterebbe con il principio generale di trasparenza e pubblicità che governa lo svolgimento delle gare per l’affidamento di appalti pubblici e violerebbe, in particolare, quanto stabilito per gli appalti dei settori speciali dall’art. 56, sesto comma, della Direttiva 2004/17/CE, ai cui sensi “Nel corso di ogni fase dell’asta elettronica, gli enti aggiudicatori comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentono loro di conoscere in ogni momento la rispettiva classificazione”.

La comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso è stata trasmessa alla EMMECI s.r.l. ed alla COTRAL s.p.a. con lettera dell’Autorità del 20 marzo 2013.

Ritenuto in diritto

1. Il procedimento principale.

COTRAL s.p.a. – Compagnia Trasporti Laziali è una società pubblica interamente controllata dalla Regione Lazio, unico azionista, e provvede alla gestione del servizio di trasporto pubblico nel territorio regionale. Ai sensi dell’Allegato VI-E al D.Lgs. n. 163 del 2006, COTRAL s.p.a. è ente

aggiudicatore nel campo dei servizi tramviari, filoviari e di autobus, tenuto all'osservanza della normativa nazionale di recepimento della Direttiva 2004/17/CE in materia di appalti di lavori, servizi e forniture.

Nel corso della procedura ristretta telematica per l'affidamento biennale della fornitura *di ricambi nuovi di meccanica originali, di primo impianto o equivalenti per la manutenzione di autobus, una delle imprese concorrenti, la EMMECI s.r.l., ha presentato ricorso all'Autorità contestando la clausola della lettera d'invito relativa alle modalità di svolgimento dell'asta elettronica, che a suo dire violerebbe* l'art. 56, sesto comma, della Direttiva 2004/17/CE.

Poiché la lettera d'invito, nella parte in cui esclude la possibilità che i concorrenti conoscano la propria posizione in classifica negli ultimi cinque minuti di svolgimento dell'asta elettronica, è meramente riproduttiva della previsione introdotta dall'art. 292, quarto comma, del D.P.R. n. 207 del 2010, la società istante chiede che di quest'ultima norma venga disposta la disapplicazione per contrasto con l'art. 56, sesto comma, della Direttiva 2004/17/CE.

Per pronunciare sulla censura, l'Autorità ritiene necessario sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

2. Sulla legittimazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'Autorità remittente, secondo la disciplina dettata dagli artt. 6-ss. del D.Lgs. n. 163 del 2006, è organo collegiale costituito attualmente da sette membri (a regime ne saranno solo tre), nominati con atto d'intesa dei Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, che durano in carica sette anni e non possono essere confermati. La legge assicura l'indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione dell'Autorità, alla quale è riconosciuta piena autonomia organizzativa e regolamentare. La legge disciplina altresì i doveri di astensione e le ipotesi di incompatibilità dei membri del Consiglio per la durata del mandato.

L'Autorità vigila sull'affidamento e sull'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, al fine di garantire l'osservanza dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente e di economicità ed efficienza nell'esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

Tra i compiti dell'Autorità figura la risoluzione di controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici. L'art. 6, settimo comma – lett. n), del D.Lgs. n. 163 del 2006 prevede infatti che l'Autorità, su istanza della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante su questioni insorte durante lo svolgimento della gara, formulando un'ipotesi di soluzione.

Il procedimento di precontenzioso è compiutamente disciplinato dal regolamento approvato dall'Autorità (che è da ultimo pubblicato, in versione vigente ed aggiornata alle ultime modificazioni, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana dell'8 maggio 2013 n. 106). In sintesi, secondo il regolamento:

- il procedimento può avere inizio soltanto su ricorso della stazione appaltante o di un operatore economico (art. 2);
- alla luce del principio di alternatività, l'istanza è inammissibile nell'ipotesi in cui sia già pendente ricorso giurisdizionale in merito alla medesima procedura di gara (art. 3) e diviene improcedibile se nel corso dell'istruttoria venga presentato ricorso giurisdizionale (art. 5);
- a pena d'inammissibilità, l'istanza deve contenere gli elementi essenziali e deve essere accompagnata dai documenti e dai dati indicati dal regolamento (art. 4);
- se l'istanza è presentata dalla stazione appaltante, la stessa deve contenere l'impegno a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino alla decisione dell'Autorità, mentre se l'istanza è presentata da un operatore economico, l'Autorità invita preliminarmente la stazione appaltante a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino alla decisione (art. 4);

- nel rispetto del principio del contraddittorio, prima di assumere la decisione l'Autorità è tenuta ad informare la stazione appaltante e/o gli operatori economici controinteressati, assegnando un termine non inferiore a dieci giorni per memorie e convocando le parti per l'audizione, ove questa sia espressamente richiesta ovvero sia ritenuta necessaria (artt. 5, 6 e 7);
- la decisione sulla questione oggetto della controversia è denominata "parere", è motivata sulla base delle domande e delle informazioni allegare dalle parti, è approvata dal Consiglio dell'Autorità, è trasmessa alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità, non è impugnabile e le parti possono chiederne il riesame soltanto quando vengano dedotte sopravvenute ragioni di fatto o di diritto (artt. 8, 9 e 10).

Su tali presupposti, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ritiene di essere legittimata a proporre il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del Trattato, quando sia chiamata a decidere su istanze di precontenzioso proposte da una stazione appaltante o da un operatore economico.

A tale riguardo deve rammentarsi che la nozione di autorità giurisdizionale, ai fini dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale, è propria del diritto dell'Unione e può non corrispondere alla qualificazione che l'organo remittente possiede secondo l'ordinamento dello Stato membro: secondo un indirizzo consolidato, per valutare se l'organo del rinvio presenti le caratteristiche di "organo giurisdizionale" ai sensi dell'art. 267 del Trattato, la Corte di Giustizia tiene conto di un insieme di elementi, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, la sua indipendenza e terzietà, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche per la risoluzione di controversie (cfr. Corte Giust., sent. 17 ottobre 1989, C-109/88, *Danfoss*; Id., sent. 16 luglio 1992, C-67/91, *Asoc. Espanola de Banca Privada*; Id., sent. 21 marzo 2000, C-110/98, *Gabalfrisa*; Id., sent. 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson*; Id., sent. 14 giugno 2007, C-246/05, *Hauptl*; Id., sent. 14 giugno 2011, C-196/09, *Miles*).

In proposito, un organo nazionale può essere qualificato come "organo giurisdizionale" ai sensi dell'art. 267 del Trattato quando esercita funzioni giurisdizionali, anche qualora nell'esercizio di altre funzioni di natura amministrativa tale qualifica non possa essergli riconosciuta, essendo perciò necessario accertare quale sia la natura specifica delle funzioni che esso esercita nel particolare contesto normativo e nello specifico procedimento in cui è indotto a rivolgersi alla Corte (cfr. Corte Giust., ord. 26 novembre 1999, C-192/98, *Anas*).

Con particolare riguardo alle controversie in materia di appalti pubblici che vengano promosse dinanzi ad organi non giurisdizionali secondo l'ordinamento dello Stato membro, la Corte ha più volte giudicato ammissibile il rinvio pregiudiziale, purché sia dimostrata la sussistenza degli anzidetti presupposti strutturali e funzionali (cfr. Corte Giust., sent. 17 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*; Id., sent. 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann*; Id., sent. 4 febbraio 1999, C-103/97, *Kollensperger*).

Nella specie, ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e del vigente regolamento di precontenzioso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana dell'8 maggio 2013 n. 106, può osservarsi che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici:

- ha origine legale e carattere permanente;
- giudica sulle controversie che le vengono sottoposte in posizione di indipendenza dal Governo e da ogni altra Amministrazione nazionale ed in posizione di terzietà nei confronti delle stazioni appaltanti e di tutte le parti in causa;
- è tenuta a garantire il contraddittorio tra le parti, sia in forma scritta (mediante la produzione di memorie e documenti) che in forma orale (mediante eventuale comparizione personale);
- è tenuta a giudicare sulle controversie applicando esclusivamente norme giuridiche (ed innanzitutto assicurando la corretta applicazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, in materia di pubblici appalti);
- svolge una funzione paragiurisdizionale, con il potere di dichiarare l'illegittimità dei provvedimenti assunti dalle stazioni appaltanti nazionali e di indicare la soluzione della controversia.

Quanto al requisito della obbligatorietà della giurisdizione, può osservarsi che la giurisprudenza più recente della Corte ha chiarito che essa non si identifica con la sua inderogabilità, bensì va intesa nel senso che un dato mezzo di tutela sia previsto dall'ordinamento e non possa essere precluso al soggetto che intenda avvalersene, seppure in alternativa al ricorso dinanzi all'Autorità giudiziaria nazionale (cfr. Corte Giust., sent. 16 ottobre 1997, C-69/96, *Garofalo*: in tale occasione, la Corte ha riconosciuto la legittimazione del Consiglio di Stato in sede consultiva a promuovere il rinvio pregiudiziale, trattandosi di organo in posizione di terzietà ed indipendenza che pronuncia un "parere" per la decisione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, configurandosi quest'ultimo come mezzo di tutela alternativo all'impugnativa dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale). Analogamente, il procedimento di precontenzioso dinanzi all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici è alternativo al ricorso giurisdizionale (secondo la richiamata disciplina regolamentare), nel senso che gli operatori economici e le stazioni appaltanti possono liberamente optare per la sua proposizione in luogo del ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale. Esso non è perciò assimilabile ad un comune giudizio arbitrale, che trae origine da un accordo convenzionale tra le parti in lite e rispetto al quale la prevalente giurisprudenza della Corte esclude l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale (cfr. Corte Giust., sent. 27 gennaio 2005, C-125/04, *Denuit*).

3. *La normativa dell'Unione in materia di aste elettroniche.*

L'art. 56, terzo comma, della Direttiva 2004/17/CE stabilisce che, in relazione allo svolgimento delle aste elettroniche nei settori speciali, il capitolato di gara contiene le seguenti informazioni minime: a) gli elementi i cui valori saranno oggetto dell'asta elettronica, purché tali elementi siano quantificabili ed espressi in cifre o in percentuali; b) i limiti eventuali dei valori che potranno essere presentati, quali risultano dalle specifiche dell'oggetto dell'appalto; c) le informazioni che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso dell'asta elettronica e, se del caso, il momento in cui saranno messe a loro disposizione; d) le informazioni pertinenti sullo svolgimento dell'asta elettronica; e) le condizioni alle quali gli offerenti potranno rilanciare, in particolare gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio; f) le informazioni pertinenti sul dispositivo elettronico utilizzato e sulle modalità e specifiche tecniche di collegamento.

Il successivo sesto comma dell'art. 56 dispone che *"Nel corso di ogni fase dell'asta elettronica, gli enti aggiudicatori comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentano loro di conoscere in ogni momento la rispettiva classificazione"*, mentre resta in facoltà delle stazioni appaltanti la comunicazione di altre informazioni riguardanti i prezzi o i valori presentati ovvero il numero dei partecipanti alla fase dell'asta.

4. *La normativa italiana in materia di aste elettroniche.*

Per quanto rileva ai fini della controversia in esame, l'art. 85, nono comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006 dispone che *"Nel corso dell'asta elettronica, le stazioni appaltanti comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentano loro di conoscere in ogni momento la rispettiva classificazione. Le stazioni appaltanti possono, altresì, comunicare ulteriori informazioni riguardanti prezzi o valori presentati da altri offerenti, purché sia previsto negli atti di gara. Le stazioni appaltanti possono inoltre, in qualsiasi momento, annunciare il numero di partecipanti alla relativa fase d'asta, fermo restando che in nessun caso può essere resa nota l'identità degli offerenti durante lo svolgimento dell'asta e fino all'aggiudicazione"*.

L'art. 85, dodicesimo comma, rinvia poi al regolamento di attuazione per la disciplina di dettaglio circa i requisiti e le modalità tecniche della procedura di asta elettronica.

L'art. 292 del D.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce, nel dettaglio, che *"L'invito all'asta indica oltre alla durata massima dell'asta elettronica, il 'tempo base' ovvero quel periodo di tempo a partire dal recepimento dell'ultima offerta migliorativa, entro il quale, se non sono effettuate ulteriori offerte migliorative da parte di almeno uno dei partecipanti all'asta, la stessa si ritiene conclusa prima del raggiungimento della durata massima stabilita"* (secondo comma); che *"Nel caso vengano effettuate delle offerte migliorative entro il tempo base, l'asta continua fino a cinque minuti prima della fine del tempo stabilito dall'invito per la durata massima dell'asta. Raggiunto questo termine, i concorrenti sono avvisati dal sistema della possibilità di effettuare, da quel momento ed entro la*

durata massima dell'asta, soltanto un eventuale ultimo rilancio" (terzo comma); che *"Durante la fase dell'ultimo rilancio, i concorrenti non sono in grado di visualizzare la propria posizione in classifica e le offerte degli altri operatori economici. Tali informazioni sono visualizzate al termine dell'asta"* (quarto comma).

5. La questione pregiudiziale.

Il punto di vista dell'Autorità nella soluzione della questione pregiudiziale sottoposta, che viene espresso ai sensi del paragrafo 23 della nota informativa della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 28 maggio 2011), è che dovrebbe essere privilegiata un'interpretazione della Direttiva 2004/17/CE che imponga inderogabilmente alle stazioni appaltanti, per tutto lo svolgimento delle aste elettroniche e dopo ogni rilancio, di rendere conoscibili ai concorrenti le rispettive posizioni in classifica.

Secondo il dettato dell'art. 56, sesto comma, della Direttiva per i settori speciali, ciò sembra costituire il contenuto minimo dell'obbligo informativo gravante sulle stazioni appaltanti, per tutte le fasi in cui si articola l'asta elettronica.

Viceversa, la riferita disposizione dell'art. 292, quarto comma, del D.P.R. n. 207 del 2010 (che integra la disciplina legislativa italiana delle aste elettroniche per l'affidamento di appalti pubblici, sulla base della previsione di cui all'art. 85, dodicesimo comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006) consente alle stazioni appaltanti di impedire *"durante la fase dell'ultimo rilancio"* che i concorrenti conoscano la propria posizione in classifica, così limitando gli obblighi di trasparenza sanciti dalla normativa dell'Unione.

La previsione di un *black-out* di cinque minuti nella fase finale dell'asta elettronica, ossia nella fase solitamente decisiva per l'aggiudicazione dell'appalto al migliore offerente, sembra porsi altresì in contrasto con i principi di trasparenza e parità di trattamento, dai quali discende l'esigenza che vi sia un'effettiva competizione tra i concorrenti, i quali tutti dovrebbero essere messi a conoscenza dell'effettivo valore del contratto attraverso l'osservazione dei comportamenti degli altri concorrenti, ed in particolare degli ultimi rilanci, fino alla conclusione dell'asta elettronica.

Per quanto detto, va proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione alla disciplina recata dall'art. 85 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e dall'art. 292 del D.P.R. n. 207 del 2010 in materia di aste elettroniche.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

- dispone, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione pregiudiziale sui seguenti quesiti:

A) *"Se l'art. 56 della Direttiva 2004/17/CE vada interpretato nel senso che non è consentito al legislatore nazionale di prevedere che le stazioni appaltanti possano, durante la fase dell'ultimo rilancio nelle aste elettroniche, impedire ai concorrenti di visualizzare la propria posizione in classifica e le offerte degli altri operatori economici, posticipandone la conoscenza al termine dell'asta"*;

B) *"Se l'art. 56 della Direttiva 2004/17/CE ed i principi di trasparenza e parità di trattamento ostino a disposizioni normative nazionali ovvero a prassi amministrative, quali quelle enunciate nel presente procedimento, che prevedano un black-out di cinque minuti nella fase finale dell'asta elettronica, durante il quale i concorrenti non sono in grado di conoscere la rispettiva classificazione"*.

- dispone, a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con copia del fascicolo di causa e la comunicazione alle parti EMMECI s.r.l. e COTRAL s.p.a.;

- dispone la sospensione del presente procedimento di precontenzioso e riserva la decisione.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito