

Parere n. 76 del 10 aprile 2014

PREC 261/13/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'ATER MATERA – “Redazione dei calcoli strutturali ed energetici e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione in relazione ai lavori di costruzione di n.4 alloggi di E.R.P. sovvenzionata nel Comune di Cirigliano” – Importo a base di gara €27.299,51, S.A.: ATER MATERA

Principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità dell'azione amministrativa – Apertura dei plichi prima dell'orario previsto nella lettera di invito

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8.10.2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe con la quale l'ATER MATERA, con riferimento alla procedura di gara avente ad oggetto la “Redazione dei calcoli strutturali ed energetici e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione in relazione ai lavori di costruzione di n.4 alloggi di E.R.P. sovvenzionata nel Comune di Cirigliano”, ha dedotto di avere pubblicato n.2 bandi di gara per l'affidamento di servizi di ingegneria, per i quali era stata stabilita come data di apertura delle buste il 1°.10.2013, rispettivamente, alle ore 9:00 per la prima gara, e alle ore 11:00 per la seconda.

Per sopravvenuti impegni del RUP e Presidente di gara, alle ore 9:25, completate le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte economiche della prima gara, si era proceduto all'apertura delle buste riguardanti la seconda gara, alla presenza dei testimoni e dei professionisti esterni che avevano assistito alle precedenti operazioni.

Deduce l'istante che un concorrente (RTI Ing. Golia - Ing. Filardi - Arch. Campana) ha contestato la legittimità della procedura relativa alla seconda gara, inficiata dall'anticipazione dell'apertura delle buste, e quindi dell'aggiudicazione provvisoria (a favore dello Studio Chiapperino&Fuzio); contestazione che il Presidente non ha condiviso, sostenendo che l'anticipazione non avrebbe influito minimamente sull'individuazione dell'affidatario.

L'istante ha quindi richiesto parere a questa Autorità in merito alla legittimità della procedura seguita.

L'ATER MATERA, il RTI Ing. Golia - Ing. Filardi- Arch. Campana e lo Studio Chiapperino e Fuzio sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria.

Con nota del 8.11.2013, il RTI Ing. Golia - Ing. Filardi- Arch. Campana, nel premettere che la lettera di invito fissava l'apertura delle buste alle ore 11:00, ha rappresentato che, senza alcun preavviso, essa veniva anticipata di due ore, senza che alcuno dei gruppi professionali invitati alla gara fosse presente. In tal modo i partecipanti non avevano modo di assistere e verificare la regolarità della chiusura dei plichi pervenuti, la data e l'orario di ricevimento dei plichi, la regolarità e completezza della documentazione prodotta, etc., con conseguente lesione del principio di trasparenza e imparzialità.

Con nota del 18.11.2013, lo Studio Chiapperino&Fuzio ha dedotto che l'anticipazione dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche non ha in alcun modo influito sulla scelta dell'aggiudicatario, essendo stata effettuata, peraltro, alla presenza di testimoni, con conseguente esclusione di qualsivoglia dubbio in merito alla correttezza e trasparenza dell'operazione.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda l'affidamento dell'incarico in oggetto e, in particolare, la legittimità o meno della procedura seguita dalla Stazione appaltante, che ha provveduto all'apertura

delle buste contenenti le offerte economiche in anticipo rispetto all'orario previsto nella lettera di invito.

Ed invero, nella lettera di invito del 16.09.2013 si legge: "La S.V. è altresì invitata a partecipare alla seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti le offerte che avverrà, presso la sede dell'ATER in via B. Croce 2, l'1.10.2013 alle ore 11:00".

La Stazione appaltante ritiene che l'anticipazione non abbia comportato alcun pregiudizio, in quanto avvenuta alla presenza dei testimoni.

Tale valutazione non appare condivisibile, risultando la procedura seguita illegittima, in quanto lesiva dei principi di pubblicità delle sedute di gara, trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa che permeano le procedure concorsuali.

Come in più occasioni chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, l'apertura dei plichi contenenti le offerte economiche "in seduta riservata" – ipotesi a cui appare equiparabile la fattispecie in esame, per il profilo che in questa sede rileva, in assenza dei partecipanti inizialmente invitati – è da ritenersi integri un vizio suscettibile di inficiare l'intera procedura concorsuale.

Ed invero, risulta lesa l'interesse pubblico alla partecipazione e trasparenza delle procedure di gara, non essendo stato consentito ai partecipanti invitati e, dunque, portatori di un interesse immediato e diretto, di verificare la regolarità delle operazioni e, in particolare, l'integrità dei sigilli, la data di ricevimento dei plichi, la regolarità e completezza della documentazione prodotta: verifiche logicamente precluse "ex post".

Il Consiglio di Stato (sez.V, 7 novembre 2006, n.6529) ha chiarito, al riguardo, che "il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente, da parte della Pubblica Amministrazione, è senz'altro inderogabile in ogni tipo di gara, almeno per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e di apertura dei plichi stessi (sez.V n.576/97, n.2884/01, n.1067/01, n.4583/01, n.1427/04), mentre ciò non può, ovviamente, valere per la fase della valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, che non può che essere effettuata in sede riservata, per evitare influenze sui giudizi dei membri della Commissione giudicatrice.

La "ratio" ispiratrice del principio di pubblicità delle sedute di gara è comune ai vari metodi di aggiudicazione ed è rivolta a tutelare l'esigenza di trasparenza ed imparzialità che deve guidare l'attività amministrativa in tale materia (sez.V n.5421/02)".

E ancora è stato sottolineato che "Non può infatti ritenersi che la mancata pubblicità delle sedute di gara non rilevarebbe di per sé come vizio della procedura, occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della "par condicio" tra i concorrenti, in quanto trattasi di un adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili "ex post", una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato" (Consiglio di Stato, 22.04.2008, n.1856).

In conformità ai principi enucleati si ritiene illegittimo l'operato della Stazione appaltante, con conseguente invalidità derivata dei successivi atti.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

che nel caso di specie la Stazione appaltante abbia agito in difformità dalla lex specialis di gara ed in violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità delle procedure di gara.

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2014

Il Segretario Maria Esposito