

Parere n.92 del 26/11/2014

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 congiuntamente da COTRAL spa e EMMECI srl – Procedura ristretta da espletarsi mediante asta elettronica per la 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 – Previsione del periodo di “black-out” durante la fase dell’ultimo rilancio – Contrasto con il diritto comunitario

In caso di asta elettronica non è conforme alla disposizione dell’art. 56, paragrafo 6, direttiva 2004/17/CE la clausola della *lex specialis* che non consente a ciascun offerente di conoscere la propria classificazione in tempo reale ed in ogni fase della gara, ivi inclusa quella dell’ultimo rilancio

Art. 85, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – Art. 292, d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207 – Art 56, paragrafo 6, direttiva 2004/17/CE

Il Consiglio

VISTA l’istanza di parere prot. n. 25132 del 6.3.2013, con la quale COTRAL S.p.A. e la EMMECI S.r.l. hanno chiesto l’avviso dell’AVCP in merito alla procedura indicata in oggetto. Più precisamente, la società EMMECI S.r.l. ha contestato la legittimità della clausola contenuta a pag. 5 della lettera d’invito nella parte in cui prevede che «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». Secondo la società, infatti, 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 nei settori speciali dall’art. 56, paragrafo 6, direttiva 2004/17/;

VISTO l’avvio dell’istruttoria avvenuto in data 20.3.2013;

VISTO il parere dell’AVCP del 22.5.2013 n. 85, con cui la stessa ha rimesso ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE) alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la seguente questione pregiudiziale:

«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».

e nelle more della decisione, ha disposto la sospensione del procedimento *de quo*, riservandosi di decidere del merito;

VISTA l’iscrizione a ruolo della Corte di Giustizia della Comunità Europea della causa pregiudiziale C-427/13 Emmeci et Cotral;

VISTE le memorie depositate dalle parti nella causa C-427/13;

VISTA l’ordinanza della Corte di Giustizia del 17 luglio 2014, con cui la stessa ha dichiarato la propria incompetenza a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale rimessa dall’AVCP, non essendo quest’ultima organo giurisdizionale ai sensi dell’art. 267 TFUE;

VISTA la normativa europea applicabile alla vicenda: il considerando 22 della direttiva 2004/17/CE; l'art. 56 della stessa, rubricato "Ricorso alle aste elettroniche", ed in particolare il paragrafo 1, 3 e 6; nonché la normativa nazionale in materia: l'art. 85, d.lgs. 163/2006, rubricato "Ricorso alle aste elettroniche" ed in particolare i commi 5, 6, 9 12; l'art. 291, d.p.r. 207/2010, rubricato "Modalità e partecipazione all'asta elettronica"; l'art. 292, d.p.r. 207/2010, rubricato "Modalità di formulazione delle offerte migliorative e conclusione dell'asta";

RILEVATO di dover decidere nel merito la questione controversa presentata dalle parti istanti all'AVCP;

CONSIDERATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 in quanto la stessa è stata già esaminata dalla Commissione Europea e dall'AVCP;

CONSIDERATO che secondo il parere n. 85/2013 dell'AVCP dovrebbe essere privilegiata un'interpretazione dell'art. 56, paragrafo 6, 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. [...] Viceversa, la riferita disposizione dell'art. 292, comma 4, d.p.r. n. 207/2010 [...] 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».

CONSIDERATO che la Commissione europea ha osservato come «il tenore letterale e la struttura del citato art. 56, paragrafo 6 della direttiva, indichino chiaramente che le informazioni che consentono agli offerenti di conoscere in tempo reale e in ogni momento la propria classificazione devono essere comunicate dagli enti aggiudicatori in ogni fase dell'asta elettronica, ivi inclusa la fase dell'ultimo rilancio. La Commissione nota, infatti, che la direttiva non prevede deroghe a tale obbligo per nessuna delle fasi dell'asta elettronica e che, sotto questo profilo, la circostanza che gli enti aggiudicatori (...) debbano indicare nel capitolato d'oneri le informazioni che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso dell'asta elettronica nonché, se del caso, il momento in cui tali informazioni saranno messe a disposizione, non conferisce loro la possibilità di derogare all'obbligo di informazione di cui al primo periodo dell'art. 56, paragrafo 6, della direttiva, ma soltanto di stabilire quali eventuali altre informazioni saranno portate a conoscenza degli offerenti. In altri termini le informazioni che consentono agli offerenti di conoscere la loro classificazione costituiscono il livello minimo di informazione che gli enti aggiudicatori devono obbligatoriamente fornire in ogni fase della procedura dell'asta elettronica, al fine di garantire che questa si svolga nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, così come richiesto dal ventiduesimo considerando della direttiva. Di conseguenza la Commissione ritiene che regole, quali quelle di cui all'art. 292, comma 4, d.p.r. 207/2010 e alla clausola litigiosa contenuta nella lettera d'invio della Cotral, che impediscono agli offerenti di visualizzare la rispettiva posizione in classifica nella fase dell'ultimo rilancio di un'asta elettronica confliggano con il disposto dell'art. 56, paragrafo 6, della direttiva 2004/17/CE. La Commissione rileva, al contrario, che la direttiva non prevede un obbligo, ma soltanto la possibilità, che gli offerenti siano informati dagli enti aggiudicatori circa i prezzi o i valori presentati dagli altri concorrenti ovvero sul numero dei partecipanti alla fase dell'asta. Di conseguenza, regole, quali quelle di cui all'articolo 292, comma 4, del d.p.r. 207/2010 e clausole come quella contenuta nella lettera d'invito della Cotral, che impediscono agli offerenti di visualizzare «le offerte degli altri operatori economici» nella fase dell'ultimo rilancio di un'asta elettronica, non confliggono con il disposto dell'articolo 56, paragrafo 6, della direttiva 2004/17/CE, purché l'obbligo minimo d'informazione degli offerenti sulla rispettiva classificazione sia soddisfatto»;

CONSIDERATO che non si rinvergono ragioni di fatto e/o di diritto che giustificano una diversa interpretazione dell'art. 56, paragrafo 6, direttiva 2004/17/CE;

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola censurata non sia conforme alla disposizione dell'art. 56 della direttiva 2004/17/CE nella parte in cui non consente a ciascun offerente di conoscere la propria classificazione in tempo reale ed in ogni fase della gara, ivi inclusa quella dell'ultimo rilancio.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2014
Il Segretario Maria Esposito