

Parere n. 183 del 20/10/2010

PREC 62/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa TEKNO EDIL s.r.l. - Lavori di adeguamento dell'impianto elettrico a servizio dei laboratori chimico e bionaturalistico ed uffici annessi del Dipartimento provinciale ARPACAL di Cosenza - Importo a base d'asta € 139.576,95 - S.A.: ARPACAL - Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 marzo 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa TEKNO EDIL s.r.l. ha lamentato l'omessa comunicazione dei motivi della propria esclusione - comunicata solo telefonicamente - dalla gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, nonostante la richiesta scritta rivolta alla stazione appaltante ARPACAL, in violazione degli articoli 65, 77, 78 e 79 del D.Lgs. n. 163/2006.

Nello specifico, l'impresa istante ha riferito che con telefax del 26.1.2010 ha chiesto alla stazione appaltante *"di essere informata circa l'esito della gara, a seguito della convocazione del 20.1.2010"*, chiedendo altresì *"l'invio della copia del verbale di aggiudicazione provvisoria"* e facendo *"esplicita richiesta per conoscere le motivazioni che hanno portato al rigetto (appreso per le vie brevi) della propria candidatura"*. Con telefax del 4.2.2010, l'impresa medesima ha reiterato per iscritto la propria richiesta.

Con telefax del 18.2.2010, la stazione appaltante ha rappresentato all'impresa odierna istante che le notizie richieste in ordine alla gara avrebbero potuto essere fornite solo dopo l'approvazione dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto, nel rispetto dell'art. 13, commi 2, lettere c), c-bis) e 3 del D.Lgs. n. 163/2006.

Con telefax in pari data, la TEKNO EDIL s.r.l. ha ribadito la propria richiesta, deducendo come, dal bando e dal disciplinare, non risultasse che la procedura in questione fosse sottoposta a speciali misure di sicurezza, né fosse soggetta alla disciplina degli appalti segreti, sottolineando inoltre l'inapplicabilità al caso di specie dell'invocato art. 13 del Codice dei contratti pubblici.

Con telefax del 19.2.2010, la stazione appaltante, nel trascrivere il contenuto del citato art. 13, commi 2, lettere c), c-bis) e 3 del D.Lgs. n. 163/2006, ha replicato che tale disciplina non è applicabile agli *"appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza"*, per i quali vige una specifica procedura, bensì agli appalti ordinari.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la ARPACAL ha esplicitato che la concorrente TEKNO EDIL s.r.l. è stata esclusa dalla partecipazione alla fase successiva della gara in sede di verifica della documentazione di cui alla busta A, poiché *"la documentazione presentata risulta carente in quanto non è manifestata la volontà di partecipare alla gara"* e inoltre perché *"la garanzia fidejussoria è ridotta al 50% senza che sia stata allegata la certificazione del sistema di qualità come richiesto al punto 1 - contenuto busta A del disciplinare di gara"*, come risulta dal verbale n. 2 del 20.1.2010.

La stazione appaltante ha inoltre precisato che, in pari data, l'appalto è stato provvisoriamente aggiudicato alla concorrente EDITEC s.r.l. e che, con delibera n. 324 del 25.3.2010, l'appalto è stato definitivamente aggiudicato alla predetta impresa.

Solo dopo tale aggiudicazione definitiva, con telefax del 26.3.2006, la stazione appaltante ha comunicato alla TEKNO EDIL s.r.l. l'esclusione dalla gara con l'indicazione della relativa motivazione e, con successiva nota del 31.3.2010, le ha comunicato le modalità per l'esercizio del diritto di accesso e per il rilascio delle copie dei verbali della commissione.

Anche l'impresa aggiudicataria EDITEC s.r.l., con nota del 9.4.2010, ha riscontrato la richiesta di informazioni di questa Autorità, sottolineando come l'art. 79, commi 1 e 2 del Codice dei contratti pubblici preveda che le informazioni ivi elencate debbano essere fornite su richiesta scritta della parte interessata, circostanza che non risulterebbe dall'istanza di parere, e come tutte le informazioni nonché l'esito della gara sarebbero visionabili sul sito della stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la controversia sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame, occorre preliminarmente rilevare che l'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006, nel recepire l'art. 41 della direttiva 2004/18/CE e l'art. 49, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2004/17/CE, stabilisce obblighi informativi di fondamentale importanza a carico delle stazioni appaltanti, nei confronti dei candidati e degli offerenti, in quanto volti a determinare l'effetto della conoscenza legale dell'aggiudicazione in capo al non aggiudicatario e dell'atto di esclusione in capo all'escluso, al fine della celere decorrenza dei termini per l'impugnazione in sede giurisdizionale degli atti di gara, allo scopo di porre l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto al riparo da ricorsi proposti a notevole distanza di

tempo.

In particolare, a norma dell'art. 79, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, per quanto qui interessa, le stazioni appaltanti comunicano: a) ad ogni candidato escluso i motivi del rigetto della candidatura e b) ad ogni offerente escluso i motivi del rigetto della sua offerta.

Ai sensi del successivo comma 3, le informazioni di cui al comma 2 sono fornite: a) su richiesta scritta della parte interessata; b) per iscritto; c) il prima possibile e comunque non oltre quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta.

Conformemente a quanto previsto dal comma 4 della predetta norma, le stazioni appaltanti possono motivatamente omettere talune informazioni relative all'aggiudicazione dei contratti qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi. Infine, il comma 5 del citato articolo dispone, per quanto qui rileva, che *"in ogni caso"* l'amministrazione comunica *"d'ufficio"*: b) l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione. La comunicazione d'ufficio, lungi dall'essere meramente ripetitiva della comunicazione delle medesime informazioni a domanda, si traduce in uno strumento di accelerazione del contenzioso. Tale ultima previsione, finalizzata a garantire una celere tutela giurisdizionale del concorrente escluso, nell'interesse pubblico teso ad assicurare la più ampia partecipazione alla gara, prescinde quindi dalla richiesta della parte interessata ed impone un obbligo di tempestiva comunicazione dell'avvenuta esclusione a carico dell'amministrazione, sebbene non sia espressamente previsto che detta comunicazione debba avvenire per iscritto, né che debbano essere esplicitati i motivi dell'esclusione.

I termini e le modalità di informazione richieste da tale ultima disposizione (art. 79, comma 5) sembrano essere stati rispettati nella fattispecie, atteso che l'esclusione è avvenuta in data 20.1.2010 e nella richiesta scritta inoltrata dall'impresa dopo 6 giorni, in data 26.1.2010, si dà atto di avere appreso dell'esclusione *"per le vie brevi"* (quindi oralmente o telefonicamente), sebbene non sia stato chiarito se detta informazione sia stata fornita *"d'ufficio"* dall'amministrazione o su impulso dell'impresa.

Altrettanto non può dirsi in ordine all'osservanza, da parte della stazione appaltante, dei termini e delle modalità di informazione prescritti dal comma 3 dell'art. 79 citato. Si è visto, infatti, che, in caso di richiesta scritta da parte dell'interessato, nella specie inoltrata in data 26.1.2010 e reiterata in data 4.2.2010, la stazione appaltante debba rispondere *"per iscritto"* e *"il prima possibile"*, comunque *"non oltre quindici giorni"* dalla ricezione della domanda scritta. Nel caso in esame, pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto fornire le informazioni richieste in ordine alla motivazione dell'esclusione dell'impresa richiedente al più tardi entro il 10.2.2010. La stazione appaltante ha invece riscontrato la richiesta di informazioni solo in data 26.3.2006, a distanza di due mesi, dopo l'aggiudicazione definitiva, pregiudicando così la possibilità di effettiva e tempestiva tutela dell'impresa esclusa; ciò a prescindere dalla fondatezza o meno delle censure avverso i motivi di esclusione, che non rileva in questa sede.

Va inoltre sottolineato che nelle precedenti direttive comunitarie 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, era previsto l'obbligo di rispondere alle richieste di informazione entro quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta ma non anche *"il prima possibile"*, come prescritto dall'art. 41, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2004/18/CE e 49, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2004/17/CE, inciso che vale a determinare un'ulteriore impulso acceleratorio del termine dal quale far decorrere la conoscenza legale dell'atto pregiudizievole, ai fini di una sua rapida impugnazione ovvero stabilizzazione.

L'omessa tempestiva comunicazione dei motivi di esclusione o di rigetto dell'offerta produce, quindi, non solo un danno per il richiedente, che non è messo in condizione di esperire celermente i relativi rimedi giurisdizionali, ma anche per l'interesse pubblico alla stabilizzazione degli effetti degli atti di gara ai fini della stipulazione del contratto.

Si veda, in proposito, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 4 giugno 2009, causa C-250/07, nella quale la Corte ha, tra l'altro, precisato che il legislatore comunitario, prescrivendo che l'ente aggiudicatore deve trasmettere l'informazione richiesta entro il *"più breve tempo possibile"*, ha imposto a quest'ultimo un obbligo di diligenza che *"va interpretato piuttosto come obbligo di mezzi che come obbligo di risultato"*. In particolare, *"la circostanza che tale comunicazione avvenga prima della scadenza del termine previsto per impugnare la decisione di rigetto della candidatura o dell'offerta, il che comporta che l'offerente sia stato quindi in grado di avvalersi dei mezzi di ricorso a sua disposizione per far verificare da un giudice la legittimità della decisione, costituisce solo un elemento di un complesso di indizi di cui occorre tener conto per stabilire se l'ente aggiudicatore abbia rispettato l'obbligo di diligenza ad esso incombente a norma dell'art. 41, n. 4, della direttiva 93/38 e, di per sé, non costituisce prova sufficiente a tal proposito."* (punto 68 sent. cit.).

Va sottolineato che la Corte di giustizia ha considerato irrilevante, al fine dell'affermazione del principio generale sopra enunciato, il fatto che il ricorso giurisdizionale proposto dall'offerente escluso fosse stato poi respinto nel merito.

Ciò detto, non può ritenersi ricorrere nella specie l'ipotesi derogatoria di cui al comma 4 dell'art. 79 del Codice dei contratti pubblici, non solo perché le circostanze ivi indicate, che consentono alla stazione appaltante di omettere la comunicazione di talune informazioni, non sono state invocate dalla ARPACAL, ma anche perché la motivazione del provvedimento di esclusione di un concorrente,

a differenza delle informazioni di cui al comma 1 (il comma 4 richiama solo le informazioni del comma 1 e non anche quelle del comma 2) non è suscettibile di pregiudicare i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto o la leale concorrenza tra gli stessi.

Quanto all'art. 13, comma 2, lettere c) e c-bis) del Codice dei contratti pubblici, invocato dalla stazione appaltante per differire il diritto di accesso a data posteriore all'aggiudicazione definitiva, va evidenziato che l'impresa istante lamenta in questa sede, esclusivamente, la mancata tempestiva comunicazione delle motivazioni della sua esclusione, mentre la norma richiamata consente di differire il diritto di accesso fino all'aggiudicazione definitiva *"in relazione alle offerte"* (lettera c) e *"in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta"* (lettera c-bis). Si tratta quindi di informazioni che nulla hanno a che vedere con le motivazioni poste a fondamento dell'esclusione di un concorrente.

Lo scopo di tali limitazioni temporali all'accesso è rinvenibile sia nell'esigenza di tutelare la riservatezza dei partecipanti alle procedure concorsuali, sia nella necessità di salvaguardare la libera concorrenza e la trasparenza delle offerte (Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2005, n. 1678). Anche questa Autorità ha ravvisato le ragioni del differimento temporaneo del diritto di accesso *"nella necessità di salvaguardare l'effettività della libera concorrenza nel senso che la genuinità della concorrenza stessa potrebbe essere pregiudicata dalla conoscenza, prima della definizione della gara, dei nominativi dei partecipanti alla gara, che potrebbe suggerire accordi tra candidati intesi ad alterarne i risultati, ovvero consentire pressioni o minacce tra gli stessi al fine di limitare la libertà di determinazione in ordine al contenuto delle offerte"* (determinazione 22 maggio 2000, n. 25).

E' evidente, quindi, che gli atti ad accesso differito non riguardano in alcun modo le informazioni inerenti alle motivazioni dell'esclusione di un partecipante, insuscettibili di arrecare un pregiudizio alla libera concorrenza.

Alla luce di quanto sopra, non può che concludersi per la non conformità dell'operato della stazione appaltante alla normativa e alla giurisprudenza nazionale e comunitaria di settore.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'omessa tempestiva comunicazione, nel termine di quindici giorni dalla richiesta scritta, dei motivi di esclusione dalla gara dell'impresa TEKNO EDIL s.r.l. non sia conforme alla normativa e alla giurisprudenza nazionale e comunitaria di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010