

26 luglio 2007

## AG 7/07

**Oggetto :** divulgazione elenco dei soggetti invitati a presentare offerta

In esito a quanto richiesto con nota del 18 giugno 2007, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 26 luglio 2007 ha approvato le seguenti considerazioni.

Come rappresentato dalla predetta società, il relativo bando è stato pubblicato in data 15/03/2007 e, ricevute le domande di partecipazione alla gara, nella fase di c.d. prequalifica, sono stati selezionati gli operatori ritenuti idonei, ai quali è stata inoltrata la lettera di invito, con indicazione del termine del 21 giugno 2007 per la presentazione delle relative offerte.

In data 10 maggio 2007 la stazione appaltante, considerato il rilievo dell'opera e l'esigenza di garantire la massima trasparenza, ha divulgato la notizia relativa alla definizione della fase di selezione dei concorrenti e successivamente trasmesso una informativa alla stampa contenente erroneamente l'elenco degli operatori invitati a presentare offerta.

Con la indicata nota del 18 giugno u.s., è stato, quindi, chiesto all'Autorità se tale divulgazione comporti l'illegittimità della procedura di gara, in relazione a quanto disposto dall'art. 13, comma 3, del D.Lgs. 163/2006 e se da tale illegittimità derivi automaticamente la necessità di annullamento dell'intera procedura di gara, rappresentando al riguardo che la ripetizione della gara comporterebbe un grave ritardo nell'attività programmata dell'ente.

Al fine di definire la fattispecie, sembra opportuno in via preliminare richiamare il disposto dell'art. 13 del Codice, ai sensi del quale "...il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. 2...., il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;  
b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione.

3. Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.....

La norma, che recepisce pur con alcune novità l'art. 22 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., impone dunque particolari limiti al diritto di accesso ed alla divulgazione dei dati relativi ai pubblici appalti.

Con particolare riferimento alle procedure ristrette e negoziate prevede (per gli aspetti che qui interessano) il differimento del diritto di accesso all'elenco dei soggetti invitati a presentare offerta fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime, nonché il relativo divieto di comunicazione.

La ratio sottesa all'imposizione del divieto va identificata nella necessità di salvaguardare l'effettività della libera concorrenza, che potrebbe essere pregiudicata dalla conoscenza, prima della definizione della gara, dei nominativi dei partecipanti alla stessa; circostanza in grado di favorire accordi tra i candidati, diretti ad alterare i risultati della competizione, ovvero consentire pressioni o minacce tra gli stessi, al fine di limitarne la libertà di determinazione in ordine al contenuto delle offerte.

Tale disposizione rappresenta un novità rispetto al previgente art. 22 della legge n. 109/1994 e s.m. che, per tali procedure, differiva l'accesso solo fino alla comunicazione ufficiale dell'elenco degli invitati, tanto che l'Autorità già nella determinazione n. 25 del 22/05/2000, aveva prospettato l'opportunità di mantenere il segreto anche dopo la conclusione della fase di prequalificazione e fino al momento della presentazione delle offerte.

Ed anche la giurisprudenza, come peraltro rappresentato dalla società istante, ha riconosciuto all'art. 22 della legge n. 109/1994 valenza di divieto generale in relazione alla divulgazione dei dati identificativi delle imprese interessate alla selezione, affermando che tale disposizione è orientata non tanto alla tutela della sfera di riservatezza delle imprese partecipanti al pubblico incanto o aspiranti all'invito alla gara (ristretta o informale), quanto alla garanzia della correttezza e trasparenza dei comportamenti connessi alla presentazione delle offerte o degli inviti alla gara. La ratio sottesa alla suindicata disposizione va, infatti, individuata nell'esigenza che, per quanto possibile, le imprese si presentino alla gara non sulla base di accordi più o meno sotterranei, ma

sulla base delle regole dettate dal principio della concorrenza.

Per quanto attiene poi alla questione relativa all'eventuale annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara si osserva quanto segue.

Questa Autorità con la determinazione n. 17/2002, ha stabilito che il complesso delle regole sull'autotutela, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica, consente all'amministrazione di riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi, mediante il richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, distinto dal mero ripristino della situazione di legittimità che giustifica la rimozione dell'atto viziato.

Ciò comporta che l'Amministrazione dovrà valutare nella propria discrezionalità se la violazione in questione, per le modalità con cui essa è avvenuta e per gli effetti che ne potrebbero derivare, sia in grado di per sé di inficiare l'intera procedura di gara ovvero se l'indizione e l'espletamento di una nuova procedura selettiva comporterebbero, nella specie, un ritardo nel compimento dell'intervento, tale da produrre risvolti negativi in termini di diseconomicità dell'azione amministrativa e fruibilità dell'opera da parte della collettività.

In ogni caso, rilevata la delicatezza della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità, si dispone il monitoraggio delle fasi di gara fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del relativo contratto di appalto.

Le modalità ed i contenuti di detta attività di monitoraggio verranno comunicati a codesta Società con separato atto a cura del Servizio ispettivo dell'Autorità.