

Parere n. 217 del 18 dicembre 2013

PREC 206/13/ L

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dal Comune di Enna e dalla Società S.I.E.E.M. s.r.l. - “ *Procedura aperta per l'appalto dei lavori Progetto INTEGRA relativo all'intervento da eseguire nei locali comunali di Via della Resistenza per la realizzazione di un centro servizi e tutorato e di un centro di socializzazione persone diversamente abili in età adulta* ”. - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 247.000,00 - S.A.: Comune di Enna.

Artt. 46 e 78 D.Lgs. n. 163/2006 - Disciplinare di gara: - modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte - Violazione principio di segretezza delle offerte del principio di evidenza pubblica delle sedute di gara - Mancata verbalizzazione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 22 luglio 2013 e in data 7 agosto 2013 sono pervenute le rispettive istanze di parere indicate in epigrafe, con le quali viene richiesta una pronuncia di questa Autorità, in merito alla legittimità della procedura di gara in oggetto, alla quale ha partecipato l'istante Società S.I.E.E.M. S.r.l. In relazione a tale procedura, quest'ultima ha fatto pervenire alla S.A. l'informativa dell'intento di proporre ricorso ai sensi dell'art. 243 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006, con diffida ad annullare il verbale del 27 maggio 2013, nella parte in cui ammette alla gara l'impresa Edile Artigiana di Calogero Pilato, e il conseguente verbale del 29 maggio 2013, nella parte in cui viene disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'Impresa Edile Cascio Giuseppe.

La Società istante premette il proprio interesse all'annullamento degli atti di cui sopra, atteso che la rideterminazione della media finale, a seguito dell'esclusione della impresa Edile Artigiana di Calogero Pilato, avrebbe consentito di individuare nell'offerta da essa istante formulata quella alla quale aggiudicare l'appalto.

A sostegno delle proprie ragioni, la società istante adduce che l'impresa Edile Artigiana di Calogero Pilato sarebbe stata illegittimamente ammessa alla gara in violazione degli artt. 46 e 78 del D.Lgs. n. 163/2006, del principio di segretezza delle offerte e del principio di evidenza pubblica delle sedute di gara mediante completa verbalizzazione delle operazioni, in quanto l'impresa suddetta avrebbe dovuto essere esclusa per aver prodotto, in violazione della *lex specialis*, la documentazione amministrativa e l'offerta economica in due buste, entrambe contraddistinte con la lettera “B - Offerta Economica”.

Al riguardo, l'impresa istante deduce che sarebbe stata minata la stessa credibilità delle operazioni di gara e la segretezza delle offerte, in quanto la Commissione si sarebbe determinata ugualmente ad aprire la busta intuitivamente ritenuta contenente la documentazione amministrativa prodotta dall'impresa Pilato, senza tuttavia farne menzione alcuna nel verbale della seduta di gara del 27 maggio 2013.

Dal canto suo, la S.A., nell'istanza di parere *ut supra* formulata, dichiara di essersi determinata ad ammettere alla gara l'impresa Pilato, in quanto “le due buste, diverse sia per le dimensioni che per la loro consistenza, hanno facilmente consentito di individuare quale delle due potesse contenere la documentazione di gara, restando pertanto inviolato il principio di segretezza delle offerte.

All'apertura del plico di maggiore consistenza si è constatato che, effettivamente, vi era contenuta la documentazione di gara. Di quanto sopra esplicitato, per mero errore, non è stata data contezza nel relativo verbale”.

In riscontro all'istruttoria formalmente avviata da questa Autorità in data 18.09.2013, la società istante ha fatto pervenire, in data 24.09.2013 le proprie osservazioni, ribadendo quanto già espresso nella richiesta di parere avanzata. Nulla invece è pervenuto da parte del Comune di Enna.

Considerato in diritto

La problematica sottoposta all'esame dell'Autorità, attiene alla valutazione della correttezza dell'operato della S.A. che ha ammesso alle successive fasi della procedura di gara, un concorrente che, ai fini della partecipazione ha presentato le proprie offerte mediante due buste, chiuse e sigillate, riportanti entrambe la dicitura “B- offerta economica”, anziché fare riferimento alla busta A contenente la necessaria documentazione amministrativa.

Dalla Determinazione di questa Autorità n. 4 del 10 ottobre 2012 recante indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara, si evince, tra l'altro, che “La presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione deve essere assistita dall'osservanza di alcuni adempimenti di carattere formale, tesi ad assicurare il rispetto di principi di primaria importanza, quali quello della segretezza ed immodificabilità delle proposte contrattuali formulate, nonché il principio di parità di trattamento. Con specifico riguardo alla presentazione delle offerte e/o delle domande di partecipazione, per quanto attiene all'individuazione dell'offerente, si ritiene che l'esclusione possa conseguire alle seguenti violazioni: (...) mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse (...) resta salva la facoltà delle stazioni appaltanti di rilevare, nel caso concreto, ulteriori circostanze che, inducendo a ritenere violato il principio di segretezza delle

offerte, comportino l'esclusione debitamente motivata del concorrente".

Orbene, l'inciso ("per quanto attiene all'individuazione dell'offerente") dimostra l'inconferenza al "*caso concreto*" del richiamo a detta determinazione, da parte della società istante, ed altrettanto può dirsi dell'altro inciso ("mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse") calato nel "*caso concreto*", per l'espresso collegamento di esso a "circostanze che, inducendo a ritenere violato il principio di segretezza delle offerte, comportino l'esclusione debitamente motivata del concorrente".

Altrettanto, ancora, può dirsi circa l'inconferenza del richiamo al parere di questa Autorità n. 121 del 19/7/2012, secondo cui "è conforme alla *lex specialis* e ai principi vigenti in materia di procedure di evidenza pubblica l'esclusione del concorrente dalla gara per avere inserito la busta B (offerta economica), all'interno della busta A (documentazione amministrativa)".

Ne consegue che il procedimento seguito dalla Commissione, nel "*caso concreto*", non sarebbe, di per sé, idoneo ad inficiare i risultati di gara, non risultando violato il principio di segretezza delle offerte, stante, peraltro, l'isussistente principio di prova di una manomissione dei plichi.

Pertanto, la scelta operata dalla S.A., finalizzata ad ampliare il più possibile la partecipazione alla procedura di gara, ammettendo alla fase successiva l'impresa Edile Artigiana di Calogero Pilato, non appare in questo caso in conflitto neppure con il principio di *par condicio* dei concorrenti.

Per quanto concerne invece l'omessa verbalizzazione - pur considerando che si deve in principio escludere che una incompleta verbalizzazione conduca a ritenere *tout-court* illegittime le operazioni di gara (*ex multis* : Consiglio di Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978, id., 22 febbraio 2011, n. 1094) - non può sottacersi che la verbalizzazione costituisce la "forma necessaria" degli atti collegiali, a pena di loro inesistenza giuridica.

Ciò equivale a dire, in sostanza, che eventuali lacune del verbale possono causare, per se stesse, l'invalidità dell'atto (non) verbalizzato, come nel caso di specie in cui esse riguardino aspetti dell'azione amministrativa la cui conoscenza risulti necessaria per poterne verificare la correttezza procedimentale (Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 1575 del 14.04.2008).

Al riguardo, prive di pregio risultano le deduzioni fornite dalla S.A. tese a dimostrare che si sia trattato di una mera irregolarità formale non idonea, come tale, a comportare l'illegittimità del verbale di gara del 27 maggio 2013 e, quindi, dell'atto di ammissione dell'impresa Edile Artigiana di Calogero Pilato, a nulla valendo obiettare "*ex post*" che non vi è stata alcuna violazione dell'obbligo di segretezza, dovendo l'interesse pubblico al corretto svolgimento delle gare essere assicurato, per l'appunto, dalla verbalizzazione degli atti del procedimento.

Ne consegue che, il procedimento seguito dalla Commissione aggiudicatrice, a fronte della mancata verbalizzazione di aspetti critici evidenziati in corso di gara, appare sì qui idoneo ad inficiare i risultati stessi di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della S.A. non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2014

Il Segretario Maria Esposito