Parere n.128 del 23/04/2008

PREC40/08/S

Oggetto : istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'A.T.I. Energy Service s.r.l./Ierclimes s.r.l. - appalto per il servizio energia, la gestione e la manutenzione degli impianti di climatizzazione degli ambienti e produzione di acqua calda sanitaria con connessa esecuzione di interventi di adeguamento normativo e riqualificazione tecnologica finalizzata al risparmio energetico. S.A. MILANOSPORT S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 novembre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'A.T.I. Energy Service s.r.l. contesta l'esclusione disposta nei suoi confronti, a causa della mancata apposizione dei sigilli di ceralacca sulla busta contenente la domanda di partecipazione alla gara ed i documenti. Secondo quanto rappresentato dall'istante, detta esclusione non ha tenuto in conto che il plico non contiene alcuna offerta economica, ma solamente documentazione amministrativa, che non necessita alcuna esigenza di segretezza.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, la MILANOSPORT S.p.A. in primo luogo ha sollevato un vizio procedurale, ritenendo che, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. 163/06, occorre una iniziativa congiunta delle due parti che, in questo caso, non ci sarebbe stata, non avendo la stazione appaltante richiesto il parere. Nel merito la stazione appaltante rileva come la busta sia stata presentata dall'istante in maniera difforme a quanto previsto dalla documentazione di gara che richiedeva l'apposizione della ceralacca a pena di esclusione. Tale modalità di sigillatura è stata scelta dalla stazione appaltante in quanto ritenuta la più idonea a preservare la segretezza dell'offerta e allo stesso tempo non onerosa in capo ai partecipanti alla gara.

Ritenuto in diritto

Preliminarmente, con riferimento alla censura procedimentale sollevata dalla MILANOSPORT S.p.A. circa l'improcedibilità dell'istanza presentata, si rileva come il regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. 163/06, preveda all'art. 2, comma 1, che "la stazione appaltante, una parte interessata ovvero più parti interessate possono, singolarmente o congiuntamente, rivolgere all'Autorità istanza di parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture". Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante, non è necessaria una iniziativa congiunta delle due parti, ben potendo l'istanza di parere essere presentata anche singolarmente come nell'istanza de quo che, dunque, deve considerarsi procedibile.

Venendo al merito della questione, deve osservarsi come questa Autorità si sia già occupata della fattispecie in esame in un caso analogo, relativamente ad una esclusione disposta per la mancata apposizione della ceralacca su una busta contenuta dal plico (si veda parere n. 71 del 6 marzo 2008). In questa occasione è stato osservato, in accordo con la giurisprudenza costante, come le formalità previste per la presentazione dell'offerta, coerentemente con la finalità di tutelare la *par condicio* tra i concorrenti, assolvono alla funzione di assicurare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, nonché di evitare la manomissione del contenuto del plico e di garantire la segretezza dell'offerta. La ceralacca, in particolare assolve alla funzione di assicurare di evitare ogni possibile contestazione e sospetto di manomissione, data la notoria possibilità di aprire e chiudere agevolmente, senza lacerazioni o segni evidenti, i lembi preincollati delle buste all'uopo comunemente usate.

Nel caso di specie, deve escludersi che l'assolvimento di tutte le formalità di presentazione per quanto attiene alla busta esterna possa surrogare tutte o alcune delle formalità prescritte per le buste interne.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la disposta esclusione comminata a carico dell'istituto di cui è relatore, nonch alla normativa vigente di settore.

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Brienza

IL PRESIDENTE f.f.: Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29/04/2008