

## **Parere n. 115 del 22/10/2009**

**Protocollo** PREC 41/09/L

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Casalbuono (SA) - Realizzazione della rete idrica comunale in località Quattrocchi - Luto - Albanese - Importo a base d'asta € 110.726,55 - S.A.: Comune di Casalbuono.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 17 febbraio 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Casalbuono ha rappresentato che, in data 30 dicembre 2008, con verbale n. 2, l'impresa Andrea Capacchione Costruzioni Edili Stradali si aggiudicava in via provvisoria la gara in oggetto, con il ribasso del 34,501 per cento sull'importo posto a base d'asta, e che seconda classificata risultava l'impresa Palladino s.r.l., con il ribasso del 34,228 per cento.

Successivamente, acquisiti i documenti di gara a seguito di istanza d'accesso del 22 gennaio 2009, l'impresa seconda graduata contestava al Comune istante la non conformità della procedura di gara di cui trattasi alla normativa di settore in materia di trasparenza, lamentando, in particolare, che si fosse proceduto all'aggiudicazione provvisoria nella seduta del 30 dicembre 2008 senza che fossero state avvisate le imprese partecipanti e che non fosse stato dato atto nel verbale di gara n. 1 del 2 dicembre 2008 del luogo in cui sarebbe stata custodita la documentazione di gara in attesa della ripresa della procedura.

Alla luce di tali circostanze, nell'istanza di parere presentata a questa Autorità il Comune di Casalbuono ha evidenziato che l'avviso della seconda seduta di gara, dopo l'acquisizione della documentazione tecnico amministrativa idonea a dimostrare i requisiti delle imprese sorteggiate, fu affisso all'ingresso della sala della giunta (sede di gara aperta al pubblico) e venne data disposizione di inviarlo sul sito Internet del Comune. Tuttavia, da una verifica effettuata successivamente era stato accertato che l'avviso medesimo, pur essendo stato inviato sul sito web del Comune, non risultava essere stato pubblicato, perché al momento dell'inserimento non era stato convalidato per errore dell'operatore. Per quanto riguarda la documentazione di gara, invece, la stazione appaltante ha rappresentato che, come di prassi, anche se non ne è stato dato atto nel verbale di gara, la stessa venne custodita dal RUP presso l'U.T.C., in un apposito armadio chiuso e non accessibile ai terzi.

In conclusione, ad avviso del Comune istante, la procedura in oggetto è da ritenersi corretta, in quanto, alla riapertura della gara, la Commissione disponeva l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto dopo aver proceduto, in seduta pubblica, alla verifica dei requisiti richiesti alle ditte sorteggiate, all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche delle concorrenti e all'esame delle offerte stesse.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'impresa provvisoria aggiudicataria Andrea Capacchione Costruzioni Edili Stradali ha sostanzialmente confermato quanto rappresentato dalla stazione appaltante in ordine alla pubblicazione dell'avviso oggetto di contestazione, mentre la seconda classificata Palladino s.r.l., con nota pervenuta in data 26 giugno 2009, dato atto preliminarmente della correttezza dei dati di fatto rappresentati dal Comune di Casalbuono nell'istanza di parere, ha posto in evidenza che il RUP non aveva dato comunicazione alle imprese concorrenti delle operazioni di gara relative all'apertura dei plichi contenenti le offerte economiche, con conseguente violazione dell'articolo 1 della legge n. 241/90 e illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

### **Ritenuto in diritto**

La questione fondamentale sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attiene alla idoneità delle modalità di comunicazione prescelte dalla stazione appaltante per rendere nota alle imprese concorrenti la data della seconda seduta di gara (30 dicembre 2008).

Al riguardo, va osservato che dal combinato disposto del punto IV.3.8 del bando di gara e dei punti 2, 3 e 4 della parte seconda del disciplinare di gara si desume che la stazione appaltante aveva previsto di procedere in seduta pubblica all'apertura delle buste contenenti le offerte in data 2 dicembre 2008, tanto che aveva stabilito di ammettere i rappresentanti dei concorrenti, in numero massimo di una persona per ciascun operatore economico, precisando che i soggetti muniti di delega o procura, o dotati di rappresentanza legale o direttori tecnici dei concorrenti, come risultanti dalla documentazione presentata, avrebbero potuto chiedere di verbalizzare le proprie osservazioni. Ai fini della verbalizzazione, il disciplinare di gara confermava le previsioni contenute nel bando e prevedeva l'obbligo del presidente del seggio di gara di annotare le osservazioni dei soggetti

ammessi a presenziare all'apertura delle buste recanti le offerte, allegando eventuali note scritte dei concorrenti, se giudicate pertinenti al procedimento di gara.

E' chiaro che le facoltà dei concorrenti e gli obblighi della Commissione di gara presupponevano che gli operatori economici partecipanti alla procedura fossero posti a conoscenza delle date e dei luoghi stabiliti per lo svolgimento delle sedute della procedura ad evidenza pubblica.

Sotto questo profilo va rilevato che la data della seduta del 2 dicembre 2008, da tenersi in via del Municipio, presso la sede comunale, era indicata direttamente nel bando di gara (punto IV.3.8), mentre non risulta dato avviso della seconda seduta della procedura (svoltasi il 30 dicembre 2008), poiché il verbale del 2 dicembre 2008 si chiude stabilendo che la gara sarebbe stata " *aggiornata alla prima data utile* ", ma una volta individuato il giorno in cui si sarebbe tenuta la riunione, non risulta essere stato dato alcun avviso ai concorrenti.

Ciò posto, va considerato che la seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti le offerte di gara costituisce una regola generale rispondente ai principi di trasparenza e imparzialità, e come tale, se non espressamente esclusa dalla legge o dalla disciplina di gara, deve ritenersi applicabile ad ogni tipo di procedura concorsuale (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 10 dicembre 2007, n. 3926). Infatti, nelle procedure di aggiudicazione c.d. "automatica" (quale quella in esame, basata sul criterio di aggiudicazione del prezzo più basso) la pubblicità delle sedute è, generalmente, totale per consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, mentre nelle procedure che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa, la pubblicità delle sedute è parziale, in quanto riguarda le fasi di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti e non quella successiva di valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta (Consiglio Stato, sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427).

Al riguardo, la giurisprudenza ha addirittura affermato che nella procedura per l'affidamento di un appalto pubblico è illegittima la mancata diramazione, da parte della Commissione giudicatrice, dell'avviso alle imprese concorrenti dello spostamento della seduta già fissata per l'apertura dei plichi delle offerte, irrilevante essendo l'asserita comunicazione orale di tale spostamento, essendo il predetto avviso necessario, sia per il carattere pubblico delle operazioni di gara e per l'interesse alla loro trasparenza, sia per consentire ai partecipanti di svolgere un adeguato apporto collaborativo procedimentale (Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 1996, n. 855; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 09 luglio 2008, n. 6478).

In sostanza, il principio di pubblicità delle operazioni di gara deve connotare la seduta fissata per l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche dei partecipanti alla procedura, di talché è obbligo del seggio di gara garantire ai concorrenti l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante.

Pertanto, anche in assenza di specifiche previsioni della *lex specialis*, la mancata comunicazione ai concorrenti della data di svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi, inducendo la violazione del principio di pubblicità, costituisce vizio insanabile della procedura che si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa (T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 28 marzo 2008, n. 72; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 16 ottobre 2008, n. 1329).

Come detto, nella fattispecie l'obbligo di procedere in seduta pubblica era stabilito dalla *lex specialis* e, quindi, l'Amministrazione comunale non avrebbe potuto disattendere, se non a pena di illegittimità, l'espressa volontà manifestata nel bando e nel capitolato di gara.

L'Amministrazione ha difeso il proprio operato evidenziando (senza essere smentita) che l'avviso della seconda seduta di gara è stato affisso all'ingresso della sala della giunta (sede di gara aperta al pubblico) e che è stata data disposizione di inviarlo sul sito Internet del Comune, ammettendo, però, che da una verifica effettuata successivamente è risultato che l'avviso, pur essendo stato inviato sul sito web del Comune, non è stato pubblicato perché al momento dell'inserimento non era stato convalidato per errore dell'operatore.

Al riguardo si ritiene che non possa valere a sanare la suddetta omissione la richiamata avvenuta affissione dell'avviso di cui trattasi all'ingresso della sala sede di gara, essendo necessario, invece, che all'omissione in questione si ponesse rimedio mediante strumenti di comunicazione diretta nei confronti delle ditte concorrenti, tali da garantire, con ragionevole certezza, che le stesse fossero state rese edotte della fondamentale, ai fini della pubblicità della procedura, informazione concernente la data di svolgimento della seconda seduta di gara (in tal senso T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 31 gennaio 2008, n. 448).

Soccorre in proposito il disposto dell'art. 77, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce che "Tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica ai sensi dei commi 5 e 6, per telefono nei casi e alle condizioni di cui al comma 7, o mediante una

combinazione di tali mezzi. Il mezzo o i mezzi di comunicazione prescelti devono essere indicati nel bando o, ove manchi il bando, nell'invito alla procedura",

Come può notarsi, i mezzi di comunicazione indicati in tale disposizione di legge sono tutti strumenti direttamente e specificamente - e non solo potenzialmente, come l'affissione all'ingresso della sala sede di gara aperta al pubblico - rivolti ai loro destinatari. Ne consegue l'esplicazione di un principio generale, valevole in tutte le procedure di gara, volto a garantire la conoscenza effettiva, da parte dei concorrenti, delle notizie concernenti lo svolgimento delle medesime, principio che del resto trova espressa conferma nel comma 2 del citato art. 77 del Codice dei contratti pubblici, laddove si afferma che "Il mezzo di comunicazione scelto deve essere comunemente disponibile, in modo da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione" .

Stante il carattere assorbente del motivo sopra esaminato, si rende superfluo l'esame della fondatezza dell'altra censura sollevata nei confronti del Comune istante.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della Commissione di gara non è conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 novembre 2009