

## **Appalti di servizi: il sorteggio, di cui all'articolo 48 del codice dei contratti pubblici, è un istituto di obbligatoria applicazione**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Appalti di servizi: il sorteggio, di cui all'articolo 48 del codice dei contratti pubblici, è un istituto di obbligatoria applicazione; esso quindi va effettuato sempre, anche in presenza di sole tre partecipanti non valendo quindi alcuna ragione di opportunità e non aggravamento dei tempi della procedura ad evidenza pubblica qualora ci siano le circostanze per l'applicazione della norma di cui sopra, tre sono le conseguenze: esclusione dalla procedura, escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici

In data 17 settembre 2008 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società richiedente sollevava due ordini di censure relativamente alle presunte irregolarità emerse nel corso della procedura di gara in questione, indetta per l'affidamento del servizio in oggetto.

In particolare, si contestava: il mancato adempimento di quanto stabilito dall'art. 12 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che la Commissione giudicatrice proceda al controllo circa la veridicità ed il contenuto delle dichiarazioni rese in merito al possesso dei requisiti con sorteggio pubblico, come previsto dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante replicava nei seguenti termini: relativamente alla mancata applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 evidenziava di non aver proceduto al sorteggio per ragioni di opportunità e non aggravamento dei tempi di espletamento del procedimento, in presenza di tre sole imprese partecipanti, e di aver comunque

effettuato il sorteggio in seguito alla segnalazione, come da verbale della seduta del 8/9/2008

qual è il parere dell'adita Autorità?

Dall'esame del verbale del 8/9/2008 emerge come, in seguito alla segnalazione della stessa odierna istante, la Commissione di gara abbia proceduto al sorteggio ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, di cui va ribadita l'applicazione obbligatoria, per lo svolgimento del successivo controllo, cosicché la contestazione risulta superata in fatto.

Riportiamo qui di seguito il parere numero 120 del 3 dicembre 2009 emesso dall'Autorità di Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Inizio modulo

### **Parere n. 120 del 05/11/2009**

**Protocollo** PREC 20/09/S

**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 NO GAP Controls S.r.l. - Affidamento del servizio di verifica, ai sensi dell'art. 112 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m., della progettazione definitiva ed esecutiva relativa al "Nuovo Plesso Ospedaliero da n. 250 posti letto" degli Ospedali Riuniti di Foggia ad Organismo di controllo accreditato ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17020 -

Importo a base d'asta € 187.485,85 - S.A.: Azienda Ospedaliero - Universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia"

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

## **Considerato in fatto**

In data 17 settembre 2008 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società \* sollevava due ordini di censure relativamente alle presunte irregolarità emerse nel corso della procedura di gara in questione, indetta per l'affidamento del servizio in oggetto.

In particolare, si contestava: il mancato adempimento di quanto stabilito dall'art. 12 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che la Commissione giudicatrice proceda al controllo circa la veridicità ed il contenuto delle dichiarazioni rese in merito al possesso dei requisiti con sorteggio pubblico, come previsto dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006; la mancata verifica del rispetto dell'art. 9 del disciplinare in ordine alla chiusura delle buste contenenti le offerte, non avendo la stazione appaltante escluso un concorrente che non aveva sigillato le buste con ceralacca come imposto dalla lex specialis a pena di esclusione, mentre sulla base dello stesso art. 9 un concorrente era stato escluso per aver consegnato in ritardo la domanda.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante replicava nei seguenti termini: relativamente alla mancata applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 evidenziava di non aver proceduto al sorteggio per ragioni di opportunità e non aggravamento dei tempi di espletamento del procedimento, in presenza di tre sole imprese partecipanti, e di aver comunque

effettuato il sorteggio in seguito alla segnalazione, come da verbale della seduta del 8/9/2008; relativamente alla mancata esclusione dell'offerta contenuta in buste non sigillate precisava di essersi riportata all'opinione giurisprudenziale a tenore della quale l'inosservanza formale di una disposizione del bando circa la sigillatura delle offerte non può comportare l'esclusione della concorrente ove risulti comunque garantita la segretezza dell'offerta.

## **Ritenuto in diritto**

Con il presente precontenzioso sono stati posti all'attenzione dell'Autorità i due ordini di rilievi, riportati in fatto, relativamente alla correttezza della procedura di gara in oggetto. Entrambi i profili non appaiono fondati.

Sotto il primo profilo, dall'esame del verbale del 8/9/2008 emerge come, in seguito alla segnalazione della stessa odierna istante, la Commissione di gara abbia proceduto al sorteggio ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, di cui va ribadita l'applicazione obbligatoria, per lo svolgimento del successivo controllo, cosicchè la contestazione risulta superata in fatto.

Sotto il secondo profilo, la norma del disciplinare (art. 9) invocata dalla parte istante prevede, al primo comma, che i plichi contenenti l'offerta e le documentazioni a pena di esclusione devono pervenire, a mano, a mezzo raccomandata postale o mediante agenzia di recapito autorizzata, entro il termine perentorio indicato nonché presso l'indirizzo di cui al bando. Quindi, al secondo comma, senza alcuna previsione sotto pena di esclusione, la medesima norma del disciplinare prevede che i plichi debbano essere idoneamente sigillati, controfirmati sui lembi di chiusura nonché contenere le informazioni sul mittente e sulla gara. Infine, al successivo quarto comma, sempre senza alcuna previsione sotto pena di esclusione, prevede che i plichi all'interno debbano contenere quattro buste a loro volta sigillate con ceralacca e controfirmate sui lembi di chiusura.

In via generale, va ribadito che l'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara circa le modalità di presentazione delle offerte implica l'esclusione dalla gara stessa quando sia espressamente indicato dalla lex specialis ovvero si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica amministrazione appaltante, o poste a garanzia della par condicio dei concorrenti.

Va, inoltre, parimenti ribadito in linea generale (cfr. parere n. 76 del 2009) che, laddove le garanzie essenziali sulla segretezza del plico siano comunque assicurate, trovi applicazione il c.d. criterio teleologico, secondo cui nelle gare per l'aggiudicazione dei pubblici contratti le prescrizioni sulle formalità di presentazione delle offerte rilevano, ai fini dell'esclusione dalla gara medesima, quando rispondono ad un particolare interesse dell'amministrazione e sono tese a garantire la parità dei concorrenti, altrimenti operando il principio del favor participationis, specie in caso di dubbi interpretativi delle previsioni della lex specialis, come nel caso in cui la norma di disciplinare preveda diverse formalità, solo per alcune sotto comminatoria di esclusione.

Nel caso di specie, l'espressa previsione di esclusione è dettata dall'articolo 9 del disciplinare solo con riferimento al primo periodo, relativo al termine di presentazione delle domande; pertanto, se per un verso è stata corretta l'esclusione di un'offerta per il mancato rispetto del termine di presentazione, per un altro verso sulla scorta dei principi sopra richiamati appare altrettanto corretta la mancata esclusione di un'offerta per violazione di una sola delle prescrizioni formali di presentazione delle offerte, la mancata sigillatura con ceralacca delle buste interne, relativamente alla quale, a differenza di altre prescrizioni, non risulta l'espressa comminatoria di esclusione, tenuto conto che la stessa stazione appaltante, come risulta dal citato verbale del 8/9/2008, ha verificato l'integrità delle buste e della documentazione ivi contenuta e, più in generale, il rispetto delle esigenze di segretezza sottese alle prescrizioni, dando atto che "il plico era, prima dell'apertura, debitamente sigillato (lembo incollato, firmato e nastro adesivo sovrastante)".

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante è conforme ai principi in materia di affidamento dei contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2009

A cura di Sonia Lazzini

<https://www.diritto.it/appalti-di-servizi-il-sorteggio-di-cui-all-articolo-48-del-codice-dei-contratti-pubblici-e-un-istituto-di-obbligatoria-applicazione/>