



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 677 DEL 17 luglio 2019**

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Italviaggi Gruppo Polidori in sigla Italviaggi S.r.l. – Procedura ristretta, ai sensi dell’art. 220 del D.Lgs. n. 163 del 2006, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 83 del D.Lgs. n. 163 del 2006, per l’affidamento del servizio di trasporto pubblico locale di linea nel Comune di Montefiascone - Importo a base d’asta: euro 1.234.289,76 – S.A.: Comune di Montefiascone.

### **PREC 61/19/S**

#### **Il Consiglio**

VISTA l’istanza singola prot. n. 12976 del 18 febbraio 2019 presentata dalla ditta Italviaggi S.r.l., con la quale è stata contestata, sotto più profili, la legittimità della procedura in oggetto, deducendo in particolare: 1) l’illegittimità della determina di indizione della gara e del bando per asserita assenza di copertura finanziaria; 2) l’incongruità della base di gara fissata nel bando; 3) l’illegittimità dell’apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa in seduta riservata; 4) l’illegittimità e/o non opportunità della prosecuzione di una procedura di gara, indetta sotto il previgente Codice, alla luce del mutato quadro normativo, finanziario e fattuale relativo all’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale;

VISTO l’avvio dell’istruttoria effettuato in data 13 maggio 2019;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti interessate;

RILEVATO preliminarmente che la presente istanza, anche se relativa ad una procedura indetta sotto la vigenza del precedente Codice (d.lgs. n. 163/2006), va definita ai sensi del nuovo “*Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all’art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*” approvato dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 10 nell’adunanza del 9 gennaio 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale S.G. n. 22 del 26 gennaio 2019. Infatti, ai sensi dell’art. 14, comma 1, del citato Regolamento, esso si applica “*alle istanze pervenute dopo la sua entrata in vigore*” (come quella in esame);

CONSIDERATO che, per quanto concerne il quesito *sub* 1), la ditta Italviaggi S.r.l., allo stato, non abbia un apprezzabile e concreto interesse a contestare l’assenza di copertura finanziaria della gara in oggetto, essendo stata invitata dal Comune di Montefiascone a partecipare alla procedura ristretta, a seguito della propria manifestazione di interesse, e non essendo stato adottato dal Comune alcun provvedimento di revoca del bando per iniziale ovvero sopravvenuta carenza dei fondi;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

RITENUTO, sempre con riferimento al primo quesito, di dovere in ogni caso rammentare che, con comunicato del Presidente del 10 maggio 2017, l'Autorità ha precisato che “*il principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. unitamente alle previsioni dell'art. 81 Cost. impone che i provvedimenti comportanti una spesa siano adottati soltanto in presenza di idonea copertura finanziaria*”, pertanto “*la stazione appaltante ha l'onere di verificare ex ante la sostenibilità finanziaria degli interventi che intende realizzare, anche in considerazione dei limiti posti dal patto di stabilità*”; costituisce, inoltre, consolidato principio giurisprudenziale, quello secondo cui è nullo il contratto stipulato dalla P.A. in mancanza di copertura finanziaria ovvero che rinvia a bilanci futuri per l'assunzione delle successive coperture finanziarie (cfr. Cass., sez. I, 13 settembre 2017, n. 21208). In applicazione del suddetto principio, questa Autorità ha ritenuto non conforme ai principi di legalità e buon andamento (di cui agli artt. 81 e 97 Cost.) una procedura ad evidenza pubblica avente quale atto presupposto una determinazione a contrarre non esecutiva per mancanza del visto di regolarità contabile, bandita senza la disponibilità *ab initio* dei fondi necessari (cfr. Delibera dell'Autorità n. 11 del 12 gennaio 2011);

RITENUTO che, in disparte dalla rilevata carenza di interesse in capo alla società istante, in ogni caso, spetti alla stazione appaltante, ed in particolare al responsabile del servizio finanziario del Comune, accertare l'effettiva disponibilità delle risorse economiche per garantire la copertura del servizio, nonché la concreta disponibilità degli stanziamenti effettuati dalla Regione Lazio, con la precisazione che detto accertamento va effettuato *ex ante* (al momento dell'indizione della gara) e che l'assenza di copertura economica può determinare profili di responsabilità amministrativa a carico dei soggetti responsabili, che non compete a questa Autorità accertare.

CONSIDERATO che, invece, il quesito *sub 2*), rivolto a contestare la congruità nonché sostenibilità dell'importo posto a base di gara, va dichiarato inammissibile per tardività, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del citato Regolamento, essendo ampiamente decorsi - alla data di presentazione dell'istanza di precontenzioso (18/02/2019) - i termini di impugnazione sia del bando di gara (pubblicato nella G.U. dell'8 aprile 2016, n. 40) che della lettera di invito a formulare l'offerta;

CONSIDERATO che il quesito *sub 3*), con il quale viene contestata la legittimità della procedura per l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa in seduta riservata, è infondato nel merito. A tale riguardo, va tenuto presente che la gara di cui si discute è una procedura ristretta, di cui all'art. 55 del d.lgs. n. 163/2006; in questo caso, secondo la giurisprudenza, la fase di prequalifica non deve essere assistita da pubblicità, ma è legittimo che le operazioni di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa sia effettuate in seduta riservata. In particolare, il Consiglio di Stato (sez. III, 24 novembre 2014, n. 5784) ha osservato che l'inapplicabilità del principio di pubblicità alla fase di prequalifica si ricava dall'art. 13, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*), che differisce l'accesso documentale all'elenco delle ditte che hanno segnalato l'interesse a partecipare alla gara fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, in quanto ogni



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

precedente conoscenza degli atti di gara rischierebbe di vanificare il corretto spiegarsi del confronto concorrenziale (in termini cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 13 giugno 2018, n. 6627). Nel caso di specie, peraltro, l'art. 6 della lettera di invito, rivolta ai candidati ammessi a presentare l'offerta, prevede che la verifica della documentazione amministrativa integrativa rispetto a quella presentata in fase di prequalifica, nonché l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e quelle economiche verranno effettuate in apposita seduta pubblica, per cui si ritiene che allo stato non sussista il vizio di legittimità della procedura lamentato dalla società istante;

RITENUTO, infine, che anche l'ultimo quesito vada respinto, perché inammissibile nonché infondato nel merito. Premesso che la decisione relativa all'opportunità di proseguire una procedura di gara indetta sotto il previgente Codice, per affidare un servizio (trasporto pubblico locale) rispetto al quale sono *medio tempore* intervenute modifiche normative, è una scelta di merito che rientra nella sfera della discrezionalità della stazione appaltante (non sindacabile da questa Autorità), si osserva che, in punto di diritto, non può dirsi *ipso facto* viziata una procedura indetta da oltre due anni e tutt'ora in corso. Va, infatti, rilevato, da un lato, che, ai sensi dell'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 e secondo quanto precisato dal Presidente dell'Autorità con comunicato dell'11 maggio 2016, le disposizioni del d.lgs. n. 163/2016 si applicano e continuano ad applicarsi alle procedure i cui bandi sono stati pubblicati entro il 19 aprile 2016 (come quello di specie), dall'altro, che il Codice dei contratti pubblici non prevede un termine massimo per l'espletamento delle procedure di gara. Sul punto, anche recentemente il Consiglio di Stato (sez. III, 5 marzo 2018, n. 1335) ha chiarito che *“la lunghezza delle operazioni di gara non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo implicitamente collegando alla mancata, tempestiva conclusione della procedura il pregiudizio alla imparzialità e trasparenza della gara. Pertanto, non è il dato in sé della lunga durata della procedura a poterne determinare l'annullamento quanto – piuttosto – l'eventuale concreta dimostrazione, che nella specie è mancata, di circostanze effettivamente probanti in ordine alla violazione del principio di trasparenza, par condicio ed imparzialità”*. Va tuttavia considerato che il prolungamento della procedura di affidamento per oltre due anni potrebbe porre un problema relativo alla validità temporale dell'offerta economica e all'efficacia della cauzione provvisoria a corredo della stessa, in considerazione del fatto che, ai sensi degli artt. 3 e 4.3 della lettera di invito, il Comune di Montefiascone ha previsto che queste siano valide ed efficaci per 180 giorni dalla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, per cui spetterà alla stazione appaltante, in caso di prosecuzione della gara, valutare di chiedere agli offerenti una dichiarazione di perdurante validità dell'offerta e della garanzia (cfr. TAR Campania, Napoli, sezione III, 14 gennaio 2019, n. 201; TAR Lazio, Roma, 26.04.2019 n. 5302).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

### **Il Consiglio**

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

- la censura relativa all'asserita carenza di copertura finanziaria per l'indizione della gara è inammissibile per carenza di interesse, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. g) del Regolamento, fermo restando che compete alla stazione appaltante accertare l'effettiva disponibilità delle risorse economiche per garantire la copertura del servizio;
- la censura relativa all'asserita incongruità dell'importo a base di gara è inammissibile per tardività, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento, essendo ampiamente decorsi – alla data di presentazione dell'istanza di precontenzioso – i termini di impugnazione sia del bando che della lettera di invito;
- con riferimento all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa in seduta riservata (nella fase di prequalifica), l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di settore;
- la scelta del Comune di proseguire l'espletamento di una procedura di gara indetta da oltre due anni e relativa ad un servizio rispetto al quale sono *medio tempore* intervenute modifiche normative costituisce una decisione di merito rimessa all'apprezzamento della stazione appaltante, mentre la lunga durata delle operazioni di gara non si traduce automaticamente in un vizio della procedura, fermo restando che spetta alla stazione appaltante valutare se chiedere agli offerenti una dichiarazione di perdurante validità dell'offerta economica e della cauzione provvisoria.

Il Presidente  
*Raffaele Cantone*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2019

Il segretario, *Maria Esposito*