Delibera n. 321 del 29 marzo 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da G.O.R.I. S.p.A. Gestione Ottimale Risorse Idriche – Lavori di manutenzione, pronto intervento, rifunzionalizzazione, ricostruzione e riabilitazione delle reti idriche e fognarie di competenza della G.O.R.I. Spa ricadenti nel territorio dell'ATO 3 Sarnese-Vesuviano – Lotto 2 territorio dei comuni di Boscotrecase, Brusciano, Camposano, Casalnuovo di Napoli, Casamarciano, Castello di Cisterna, Cercola, Cicciano, Cimitile, Comiziano, Ercolano, Liveri, Mariglianella, Marigliano, Massa di Somma, Nola, Pollena Trocchia, Pomigliano d'Arco, Portici, Roccarainola, Sant'Anastasia, San Giorgio a Cremano, San Paolo Belsito, San Sebastiano al Vesuvio, San Vitaliano, Saviano, Scisciano, Torre del Greco, Trecase, Tufino, Visciano, Volla – Importo a base di gara: euro 7.000.000,00 - S.A. G.O.R.I. S.p.A. Gestione Ottimale Risorse Idriche
PREC 20/17/L

Aggiudicazione definitiva efficace - termine per la stipulazione del contratto – facoltà di scioglimento dal vincolo
Il termine previsto dalla legge per la stipula del contratto è posto a tutela dell'aggiudicatario per evitare che quest'ultimo resti vincolato sine die alla propria offerta.
Art. 11 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 183456 del 12 dicembre 2016, la S.A. G.O.R.I. S.p.A. Gestione Ottimale Risorse Idriche rappresenta che, a seguito di aggiudicazione definitiva del lotto 2 della gara in oggetto, in data 29 febbraio 2016, alla ----*OMISSIS*-----., la Prefettura di Caserta comunicava con nota del 21 marzo successivo l'adozione di un'informativa antimafia ostativa a carico della stessa. La ditta proponeva ricorso al Tar Campania avverso tale provvedimento e ne otteneva l'annullamento, con sentenza depositata in data 22 giugno 2016. Conseguentemente l'aggiudicazione definitiva diveniva efficace e la S.A. ne dava comunicazione all'impresa in data 12 settembre 2016 ai fini della stipula. Tuttavia, l'aggiudicataria comunicava a quel punto

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

di non voler confermare la propria offerta essendo decorso il termine di 180 giorni di validità dell'offerta. La S.A. chiede quindi parere all'Autorità in ordine alla validità dell'offerta e all'obbligo di stipula in capo all'aggiudicataria.
Con proprie memorie, la ----OMISSIS-----. rappresenta che, a seguito dell'informativa antimafia a proprio carico, la G.O.R.I. S.p.A. comunicava alla ditta il recesso da un precedente contratto nonché l'esclusione dal lotto 1 della gara in oggetto, mentre nulla comunicava in relazione al lotto 2 di cui la ----OMISSIS----- era risultata aggiudicataria, salvo poi comunicare, dopo 9 mesi dalla data di scadenza di presentazione dell'offerta, l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, alla quale l'impresa replicava di non voler confermare l'offerta essendo trascorsi i 180 giorni di validità della stessa. La ditta riferisce altresì che la G.O.R.I. S.p.A., in data 11 gennaio 2017, provvedeva ad aggiudicare la gara alla seconda in graduatoria.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la legittimità della manifestazione di volontà di svincolarsi dalla propria offerta da parte dell'aggiudicatario, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva successivamente al decorso dei 180 giorni di validità dell'offerta stessa.
Occorre preliminarmente rammentare che l'art. 11 del d.lgs. 163/2006, applicabile ratione temporis alla gara in oggetto, stabilisce al comma 6 che «l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine»; il successivo comma 7 specifica che «l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9»; a tenore del comma 8 l'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti e il comma 9 prevede che, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto ha luogo entro il termine di 60 giorni, salvo diverso termine previsto dal bando o salvo differimento espressamente concordato.
In relazione al termine di 180 giorni di validità dell'offerta, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, la ratio dell'art. 11 co. 6 è quella di «mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara, e non quella di limitare nel tempo la validità (rectius: l'efficacia vincolante) dell'offerta, non corrispondendo tale limitazione ad un interesse dell'Amministrazione, con la conseguenza che, una volta scaduto il termine di efficacia posto dal bando o dalla legge, le offerte non possono automaticamente considerarsi inefficaci, in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte degli interessati (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2009 n. 9; Id., sez. VI, 24 novembre 2010 n. 8224; Id., sez. III, 25 febbraio 2013 n. 1169). La non perentorietà del termine di cui all'art. 11 del Codice discende dall'assenza di comminatorie di preclusioni o decadenze a carico dell'Amministrazione per il suo eventuale superamento, dopo il quale permane la potestà di chiedere ai

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

concorrenti il differimento dell'impegno; d'altro canto, l'accoglimento della richiesta è rimesso alla volontà dell'offerente e non è vincolato al ricorrere di particolari requisiti. Quanto alla posizione del concorrente, la legge prevede il suo diritto potestativo di svincolarsi dall'offerta quando sia decorso un certo periodo di tempo dalla celebrazione della gara, così garantendo la conservazione della remunerativitá dell'offerta fino al momento dell'aggiudicazione» (Parere di precontenzioso n. 138 del 30 luglio 2013).

La giurisprudenza ha anche affermato che il termine di 180 giorni è da considerare quale «"spatium deliberandi" massimo per addivenire alla sottoscrizione del contratto, evitando che ulteriori lungaggini possano andare a danno dell'impresa concorrente ovvero della stessa Stazione appaltante ove costretta ad un'aggiudicazione che di fatto non conduce all'esito cui la stessa procedura mira; […] la sopravvenuta scadenza del termine di validità dell'offerta a seguito dell'eccessivo prolungamento delle operazioni di gara consente all'aggiudicatario la scelta di disimpegnarsi da ogni vincolo negoziale senza incorrere in alcuna sanzione, ovvero di "confermare", anche tacitamente, l'offerta stessa accettando la stipula contrattuale (cfr. Cons.di Stato, n.4019/2010 e TAR Abruzzo - L'Aquila, n.299/2011). In sostanza, è riservata all'aggiudicatario, nell'ambito della sue autonome determinazioni imprenditoriali, la scelta se "confermare" la sua offerta ormai scaduta, addivenendo alla stipula, ovvero esercitare il suo diritto di "recesso" dalla fase della stipula» (T.A.R. Abruzzo L'Aquila Sez. I, Sent., 20 novembre 2012, n. 783).

Con particolare riferimento al momento che intercorre fra l'aggiudicazione definitiva e la dichiarazione della sua efficacia, la giurisprudenza ha evidenziato (TAR Lombardia sez. I 6 settembre 2016 n. 1625) che l'art. 11, co. 8, d.lgs. n. 163/2006 subordina chiaramente l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva alla conclusione delle attività di verifica del possesso dei requisiti effettuate dall'amministrazione, e che «In forza di questa disposizione, e in assenza di previsioni derogatorie, deve ritenersi che ogni sopravvenienza, che si verifica in un momento antecedente alla stipula del contratto e che obblighi l'amministrazione a riavviare le attività di verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, vada ad incidere sull'efficacia dell'aggiudicazione e, conseguentemente, sul termine entro il quale l'amministrazione è chiamata a stipulare il contratto. […] Se il termine previsto dalla legge per la stipula del contratto è posto a tutela dell'aggiudicatario per evitare che quest'ultimo resti vincolato sine die alla propria offerta in caso di inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento di gara, una tale esigenza di tutela non può essere invocata da colui che, per fatto proprio, ha dato causa al prolungamento dei tempi, obbligando l'amministrazione a svolgere ulteriori attività di verifica».

Premesso quanto sopra, si osserva che, nel caso di specie, risulta che la S.A., dopo aver deliberato l'aggiudicazione definitiva entro i 180 giorni dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte, a seguito di comunicazione della Prefettura di interdittiva antimafia a carico dell'aggiudicataria, procastinava le attività di verifica del possesso dei requisiti in attesa dell'esito del giudizio dinanzi al Tar instaurato dall'impresa, che veniva deciso con sentenza depositata in data 22 giugno 2016. Non emerge, dagli atti del presente procedimento, che la S.A. si sia nel frattempo attivata per richiedere all'impresa una conferma della propria offerta. Risulta inoltre

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

che la S.A. comunicava l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva all'impresa solamente dopo quasi tre mesi dal deposito della sentenza, e precisamente in data 12 settembre 2016. La S.A. specifica che la sentenza non le veniva notificata dalla ricorrente, ma sul punto non si può non osservare che la G.O.R.I. S.p.A. risulta anch'essa costituitasi in giudizio dinanzi al Tar ed era quindi parte in causa.

Pertanto, da quanto emerge dalla prospettazione dalle parti, non sembra che il differimento della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione possa essere ascritto a un atteggiamento ingiustificatamente dilatorio dell'impresa e desta perplessità invece sia la mancanza di una richiesta, da parte della S.A., di conferma dell'offerta, sia il decorso di quasi tre mesi fra il deposito della sentenza e la dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione da parte della S.A., che dimostra quanto meno di non essere stata tempestiva nell'adozione degli atti di propria competenza.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- il termine previsto dalla legge per la stipula del contratto è posto a tutela dell'aggiudicatario per evitare che quest'ultimo resti vincolato sine die alla propria offerta. Non sembra, nel caso di specie, che il differimento della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione possa essere ascritto a un atteggiamento ingiustificatamente dilatorio dell'impresa.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2017

Il Segretario Maria Esposito