



## DELIBERA N. 733

9 settembre 2020.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dall'Azienda Sanitaria unica regionale delle Marche – Gara Europea a procedura aperta, in modalità telematica, per la stipula di accordi quadro ai sensi dell'art. 54, comma 3, del d.lgs. 50/2016, aventi ad oggetto la fornitura di materiale in tessuto non tessuto (TNT) sterile e non sterile e di Set procedurali, per le necessità degli Enti del Servizio Sanitario Regionale Marche - Importo a base di gara euro: 12.098.994,59 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Azienda Sanitaria unica regionale delle Marche.

**PREC 163/2020/F**

### Riferimenti normativi

Art. 32 d.lgs. 50/2016

### Parole chiave

Termine validità offerta, sospensione termini procedimenti amministrativi

### Massima

**Termine validità offerta – Scadenza – Facoltà dell'operatore economico di ritirarla – Sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi – Non comporta la proroga dei termini di validità delle offerte già presentate.**

Decorso il termine di validità ed efficacia dell'offerta presentata, l'operatore economico può, mediante atto espresso, esercitare il diritto potestativo di ritirare la propria offerta, senza incorrere in sanzioni.



La sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi disposta dall'art. 103, comma 1, del d.l. 18/2020, come modificato dall'art. 37 del d.l. 23/2020, non determina una proroga, per il tempo corrispondente, della validità delle offerte già presentate.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 settembre 2020

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 56925 del 27 luglio 2020, con cui l'Azienda Sanitaria Unica regionale delle Marche ha sottoposto all'Autorità tre quesiti in merito alla procedura di gara in oggetto; in particolare, la Stazione appaltante ha domandato:

- se la dichiarazione del 12 febbraio 2020 con cui la Soc. Coremec S.r.l., poi divenuta aggiudicataria della procedura di gara, ha manifestato l'intenzione di svincolarsi dalla propria offerta in ragione dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa di forza maggiore (pandemia da COVID-19) possa essere ritenuta valida nonostante l'offerta fosse ancora pienamente efficace;
- se in ragione degli interventi normativi che hanno sospeso i termini procedurali dal 23 febbraio 2020 al 15 maggio 2020, anche la scadenza naturale della vincolatività dell'offerta, fissata nel bando di gara in 240 giorni, sia da ritenersi prorogata per un tempo corrispondente;
- quali iniziative possono essere intraprese nell'ipotesi in cui anche gli altri partecipanti alla gara manifestino la volontà di non sottoscrivere il contratto;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 58592 del 31 luglio 2020;

VISTO l'art. 32, comma 4, del d.lgs. 50/2016 ai sensi del quale "L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine"; correlativamente, l'art. 93 del Codice, nel prevedere che l'offerta sia corredata da una garanzia provvisoria pari al 2% dell'importo a base di gara, stabilisce ai commi 5 e 6 che "La garanzia deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario";

CONSIDERATO che il decorso del termine di validità dell'offerta e della garanzia provvisoria consente all'operatore economico di esercitare il diritto potestativo di ritirare la propria offerta, senza incorrere in sanzioni; secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, formatosi già nella vigenza del vecchio Codice, la *ratio* di tale previsione 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. 11699);

CONSIDERATO che la giurisprudenza ha anche affermato che il termine di 180 giorni (ovvero il diverso termine previsto nel bando di gara) 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 delle sue autonome determinazioni imprenditoriali, la scelta se "confermare" la sua offerta ormai scaduta, addivenendo alla stipula del contratto, ovvero esercitare il suo diritto di "recesso" (T.A.R. Abruzzo L'Aquila Sez. I, Sent., 20 novembre 2012, n. 783; TAR Toscana, sez. I, 31 marzo 2017 n. 496; Delibera ANAC n. 321 del 29 marzo 2017; Delibera n. 174 del 6 marzo 2019; Delibera n. 125 del 12 febbraio 2020);

VISTO l'articolo 103, comma 1, del D.l. 18/2020 secondo cui «*Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020. Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati.*» e l'art. 37 del d.l. 23/2020 che ha successivamente prorogato al 15 maggio 2020 la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi;

CONSIDERATO che la *ratio legis* sottesa alla disposizione di cui trattasi, con particolare riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, è da individuarsi, da un lato, nella necessità di assicurare la massima partecipazione dei soggetti interessati nonostante la situazione emergenziale in atto e, dall'altro, nella necessità di evitare che la PA, nel periodo di riorganizzazione dell'attività lavorativa in ragione dello stato emergenziale, incorra in eventuali ritardi o nel formarsi del silenzio significativo (cfr. Circolare del Ministero infrastrutture e dei trasporti del 23 marzo 2020 avente ad oggetto "applicazione dell'articolo 103 del decreto – legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50);

CONSIDERATO che l'Autorità, con delibera n. 312 del 9 aprile 2020, ha fornito alcune indicazioni in merito all'applicazione dell'art. 103, comma 1, del d.l. 18/2020, segnalando l'opportunità di adottare ogni provvedimento idoneo a contemperare l'interesse degli operatori economici a non incorrere in decadenze e preclusioni in ragione della situazione emergenziale in atto (ad esempio, prorogando i termini per la presentazione delle offerte, eliminando l'obbligo del sopralluogo ecc) con la necessità di concludere i procedimenti in tempi celeri e ragionevoli, mediante l'adozione di opportuni accorgimenti come lo svolgimento delle sedute di gara attraverso modalità telematiche;



RITENUTO che in un contesto normativo caratterizzato da misure volte a tutelare, *in primis*, gli operatori economici dai possibili effetti lesivi derivanti dall'emergenza sanitaria, risulterebbe irragionevole disapplicare la previsione di cui all'art. 32, comma 4, del d.lgs. 50/2016 ovvero ritenere che la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi determini una proroga, per il tempo corrispondente, della validità ed efficacia delle offerte già presentate;

RITENUTO che, in considerazione delle mutate condizioni economiche del mercato, conseguenti alle misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria, e delle difficoltà organizzative, logistiche e finanziarie degli operatori economici, il rispetto dei termini iniziali di validità delle offerte costituisce non solo legittima applicazione del diritto allo svincolo dall'offerta di cui all'art. 32, comma 4, del Codice, corollario della libertà di iniziativa economica, espressamente tutelata dall'art. 41 della Costituzione, ma strumento volto ad evitare alle stesse Stazioni appaltanti il rischio di contrarre con un soggetto che manifesti, in fase esecutiva, e, a ragione, l'impossibilità o l'eccessiva onerosità delle prestazioni contrattuali per cause non prevedibili al momento della formulazione delle offerte, soprattutto in un settore, quale quello delle forniture sanitarie, che ha maggiormente risentito dell'emergenza da Covid-19;

RILEVATO che il bando di gara in oggetto, pubblicato in data 20 settembre 2019, stabiliva che le offerte avessero validità per 240 giorni dalla scadenza dei termini per la loro presentazione, fissata al 19 novembre 2019; la Soc. Coremec S.r.l., in data 20 luglio 2020, ad offerta non più vincolante in ragione del decorso del termine di 240 giorni senza che fosse intervenuta l'aggiudicazione (*rectius* l'aggiudicazione efficace), ha confermato quanto già correttamente e lealmente rappresentato in data 12 febbraio 2020 circa la volontà di sciogliersi da ogni vincolo derivante dall'offerta formulata, in ragione dell'impossibilità di eseguire la fornitura prevista;

RITENUTO, pertanto, che, a prescindere dalla validità o meno del ritiro iniziale dell'offerta, la Soc. Coremec S.r.l., in data 20 luglio 2020, ha correttamente esercitato una prerogativa consentitagli alla scadenza del termine naturale di validità dell'offerta, con la conseguenza che l'Amministrazione è tenuta allo scorrimento della graduatoria;

CONSIDERATO, quanto all'ultimo quesito posto, che ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a) del Regolamento sul rilascio dei pareri di precontenzioso non sono ammissibili le istanze "in assenza di una questione controversa insorta tra le parti interessate"; tuttavia, in un'ottica collaborativa, ci si limita ad evidenziare che la facoltà esercitata dalla Soc. Coremec S.r.l. potrebbe essere legittimamente esercitata anche dagli altri operatori economici che hanno preso parte alla procedura di gara e che, in tale contesto, anche tenendo conto dell'oggetto dell'appalto, la Stazione appaltante potrebbe svolgere uno studio del mercato di riferimento onde stabilire se, in conseguenza dell'emergenza sanitaria, le condizioni economiche iniziali abbiano subito delle modifiche sostanziali che ne impongono una revisione;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che la sospensione dei termini procedurali di cui all'art. 103, comma 1, del d.l. 18/2020 non comporta una proroga, per il tempo corrispondente, della validità delle offerte già presentate, con la conseguenza che le stesse soggiacciono al termine di validità inizialmente fissato nel bando di gara. Alla scadenza naturale del termine, qualora non sia stata ancora



dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione, deve essere riconosciuto all'operatore economico il diritto di svincolarsi dalla propria offerta.

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 settembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco