



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 125 del 12 febbraio 2020

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dalla Soc. De Cesaris S.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con la Soc. Impresa Sicobe a r.l. e con il Consorzio Ciro Menotti Scpa, – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di sistemazione Villa dei Gordiani e restauro del Mausoleo – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 1.193.196,26 - S.A.: Roma Capitale – Sovrintendenza Capitolina ai Beni culturali – Direzione Interventi su edilizia monumentale

PREC 20/2020/L

Offerta – Cauzione provvisoria - Vincolanti per 180 giorni – Potere dell'amministrazione di chiederne il differimento – assegnazione di un termine perentorio – ragionevolezza e congruità del termine.

Nelle procedure ad evidenza pubblica, quando siano trascorsi più di 180 giorni dalla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte e le operazioni di gara non si siano ancora concluse, risponde ai principi di buona amministrazione, economicità, efficacia e concentrazione delle operazioni di gara, l'assegnazione da parte della Stazione appaltante di un termine perentorio per la trasmissione del rinnovo dell'offerta e della cauzione provvisoria, purché il termine assegnato risulti ragionevole e congruo.

Art. 32 e 93 del d.lgs. 50/2016

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 99021 del 9 dicembre 2019 con cui la Soc. De Cesaris, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con la Soc. Impresa Sicobe a r.l. e con il Consorzio Ciro Menotti Scpa, ha contestato la sua esclusione dalla gara, disposta in ragione del mancato riscontro, entro i termini decadenziali a tal uopo fissati, alla nota con cui la Stazione appaltante chiedeva di rinnovare l'offerta e la validità della cauzione provvisoria prestata, atteso che erano trascorsi più di 180 giorni dalla scadenza dei termini per la loro presentazione e che le operazioni di gara non si erano ancora concluse;

VISTO che l'istante, nel lamentare la violazione dei principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara, ha sottolineato, prioritariamente, come l'art. 32, comma 4, del d.lgs. 50/2016 preveda la facoltà del concorrente di svincolarsi dalla propria offerta decorso il termine di 180 giorni dalla sua presentazione, con la conseguenza che l'Amministrazione è tenuta a considerare pienamente valida l'offerta fintantoché non intervenga un'esplicita dichiarazione in tal senso da parte dell'operatore economico; ha censurato, poi, la sproporzionalità della sanzione espulsiva rispetto alle esigenze sottese alla richiesta dell'Amministrazione, anche in ragione della fase in cui versava il procedimento di gara, ancora lontano dall'aggiudicazione; ha rilevato, infine, che la fissazione di un termine perentorio non previsto dalla *lex specialis* né dal d.lgs. 50/2016 si pone in contrasto con la tassatività delle cause di esclusione e, in definitiva, viola il principio della massima partecipazione alle gare;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 5757 del 23 gennaio 2020 e le memorie pervenute;

CONSIDERATO, preliminarmente, che sebbene il fattore tempo concorra a qualificare l'azione amministrativa nei profili del buon andamento e della pronta soddisfazione degli interessi di rilievo pubblico cui è preordinata, esso, tuttavia, secondo la giurisprudenza, assume valenza viziante dei provvedimenti adottati solo in presenza della violazione di specifiche disposizioni che, al decorso del tempo, colleghino la perdita della potestà di provvedere o nei casi in cui il ritardo sia espressione, sul piano sintomatico, di evidenti vizi di eccesso di potere e, in tema di procedure concorsuali, induca al sospetto di una manomissione dei plichi contenti le offerte delle ditte ammesse al concorso (Cons. Stato, sez. III, sent. n. 4884/2013);

CONSIDERATO, peraltro, che proprio al fine di scongiurare che le lungaggini procedurali si riverberino in danno dell'operatore economico, gli artt. 32, comma 4, e 93, comma 5, fissano un termine di validità di 180 giorni per l'offerta e per la cauzione provvisoria presentate (salvo il diverso termine previsto nei bandi di gara), decorso il quale l'operatore è libero 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). 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, 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);

RILEVATO, tuttavia, che il Codice, all'art. 32, fa salva la potestà dell'ente appaltante di esigere una dichiarazione esplicita di conferma dell'offerta da parte dell'operatore economico; la richiesta risponde ad intuibili ragioni di ordine del procedimento ed è volta a garantire che il complesso delle operazioni di gara non venga vanificato dall'esercizio (legittimo) del recesso del concorrente (Cons. Stato, sez. III, n. 3918 del 2015);

CONSIDERATO, altresì, che la giurisprudenza ha escluso l'applicabilità al procedimento amministrativo dell'art. 152 c.p.c., che definisce i termini processuali come ordinatori salvo quelli espressamente qualificati come perentori, in quanto “*l'individuazione del termine come perentorio è... basata sulla ratio dello stesso in rapporto alla fase del procedimento in cui si colloca l'adempimento*” (Cons. Stato, Ad. Pl. n. 4/2010; in senso analogo, Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6051 e giurisprudenza ivi citata); pertanto, anche in mancanza di una espressa previsione della *lex specialis*, è riconosciuto alle Stazioni appaltanti il potere di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

fissare termini perentori per la corretta esecuzione di taluni adempimenti, quando siano finalizzati a garantire celerità e certezza al procedimento di gara, purché i termini fissati siano ragionevoli e congrui (cfr. Cons. Stato, sent. n. 3718 del 2002);

RILEVATO che, in adesione al citato principio, la giurisprudenza ha riconosciuto alla Stazione appaltante, anche in mancanza di una espressa previsione della *lex specialis*, la possibilità di fissare termini perentori per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto, al fine precipuo di evitare che la fase provvisoria si protragga indefinitamente (TAR Lombardia, sez. I, 24.08.2017, n. 1766; TAR Lazio, sez. II bis, 2.9.2005, n. 6527; TAR Liguria, sez. II, 19.2.2005, n. 266; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20/07/2006, n. 7610; Cons. di St., V, 6.7.2002, n. 3718), con il solo limite della ragionevolezza e congruità del termine assegnato;

CONSIDERATO, inoltre, che qualora la mancata trasmissione del rinnovo dell'offerta e della cauzione provvisoria non fosse stata accompagnata dalla fissazione di un termine perentorio per l'adempimento, l'Amministrazione sarebbe rimasta soggetta *sine die* all'esercizio del diritto potestativo dell'operatore economico di svincolarsi dall'offerta presentata, con la conseguente inutilità della richiesta stessa;

CONSIDERATO, infine, che l'esclusione dell'operatore economico che non abbia riscontrato la richiesta dell'Amministrazione nei termini perentori fissati costituisce provvedimento vincolato e che una diversa conclusione determinerebbe la violazione della *par condicio* dei concorrenti; sul punto, l'Autorità, affrontando la questione del mancato rispetto dei termini assegnati in sede di soccorso istruttorio, ha osservato che la concessione di una proroga premierebbe il comportamento di chi negligentemente abbia omesso di allegare la documentazione richiesta a scapito di quegli operatori che, invece, hanno presentato una documentazione completa e regolare o che si sono immediatamente conformati alle richieste della stazione appaltante. “*La possibilità di concedere una proroga è riconosciuta nei casi di obiettiva impossibilità o difficoltà dovute a cause “esterne”, indipendenti dalla volontà del concorrente*” (Delibera n. 751 del 5 settembre 2018);

RITENUTO che può, pertanto, affermarsi che nelle procedure ad evidenza pubblica, quando siano trascorsi più di 180 giorni dalla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte e le operazioni di gara non si siano ancora concluse, risponde ai principi di buona amministrazione, economicità, efficacia e concentrazione delle operazioni di gara, l'assegnazione da parte della Stazione appaltante di un termine perentorio per la trasmissione del rinnovo dell'offerta e della cauzione provvisoria, purché il termine assegnato risulti ragionevole e congruo;

RILEVATO che, nel caso di specie, dalla documentazione versata agli atti, risulta che con PEC dell'11 ottobre 2019 la Stazione appaltante, essendo trascorsi più di 180 giorni dalla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte e dovendo ancora procedere all'esame delle offerte tecniche, richiedeva a tutti i concorrenti ammessi di rinnovare, entro il 22 ottobre 2019, la propria offerta economica e la cauzione provvisoria presentate, specificando che il mancato adempimento avrebbe comportato l'esclusione dalla gara;



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

RILEVATO che con successivo provvedimento del 6 novembre 2019 l'Amministrazione prendeva atto che due delle cinque imprese ammesse, tra le quali il costituendo raggruppamento istante, non avevano trasmesso quanto richiesto e ne disponeva, pertanto, l'esclusione;

RILEVATO che con PEC dell'11 novembre 2019, l'istante rappresentava che a causa di problemi tecnici dovuti alla difficoltà di connessione, il Legale rappresentante, che si trovava all'estero, non aveva potuto visualizzare la mail/PEC di richiesta di rinnovo dell'offerta e della cauzione provvisoria, finita negli spam, e che ne aveva preso contezza solo con la comunicazione di esclusione: confermava, pertanto, la validità della propria offerta e domandava di considerare valido l'adempimento tardivo, richiesta puntualmente rigettata dall'Amministrazione il 22 novembre 2019;

RITENUTO, alla luce delle considerazioni svolte, che la richiesta di rinnovo dell'offerta e della cauzione provvisoria presentate abbia costituito un corretto esercizio dei poteri espressamente riconosciuti dall'ordinamento a garanzia della certezza e celerità alle operazioni di gara e che la ragionevolezza e congruità del termine assegnato agli operatori economici possa evincersi dal suo allineamento con altri termini procedurali (cfr. art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016) nonché desumersi dalla circostanza che cinque delle sette imprese ammesse hanno tempestivamente adempiuto alla richiesta; peraltro, l'istante ha riscontrato la richiesta a distanza di più di venti giorni dalla scadenza dei termini assegnati;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono:

- Conforme alla normativa di settore l'esclusione del costituendo raggruppamento istante, disposta in ragione della mancata trasmissione, entro i termini decadenziali a tal uopo fissati, del rinnovo dell'offerta e della cauzione provvisoria presentate per la gara in oggetto.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 febbraio 2020
Il segretario *Maria Esposito*