



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 174 DEL 6 marzo 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Comune di Castel Madama – Realizzazione di un parcheggio pubblico in località Stallone – Importo a base di gara: euro 1.399.813,71- S.A.: Comune di Castel Madama.

PREC 260/18/L

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 116748 del 12 ottobre 2017, il Comune di Castel Madama ha sottoposto all’Autorità un quesito sugli effetti del ritiro dell’offerta da parte dell’operatore economico – Mario Cipriani S.r.l. – in seguito rivelatosi aggiudicatario della gara. In particolare, la stazione appaltante ha rappresentato che l’indicato operatore economico, con nota pervenuta alla vigilia (2 maggio 2017) della seduta fissata per l’apertura delle buste contenenti l’offerta economica (4 maggio 2017), ha comunicato alla centrale unica di committenza incaricata di espletare la procedura di gara che «la polizza a garanzia dell’offerta è scaduta in data 30/11/2016 e con essa ogni obbligazione della scrivente verso la Stazione Appaltante. Pertanto, visti anche i problemi tecnico-organizzativi sopraggiunti, si comunica che la scrivente rinuncia all’offerta presentata». Come riferito dalla stazione appaltante, la CUC ha proceduto all’apertura delle offerte economiche senza tenere conto della rinuncia della Mario Cipriani S.r.l. e, all’esito, ha predisposto un verbale recante l’aggiudicazione provvisoria a favore del medesimo operatore economico in quanto titolare dell’offerta economicamente più vantaggiosa. La stazione appaltante ha chiesto all’Autorità di valutare la legittimità dell’operato della CUC pronunciandosi, in caso di esito positivo del giudizio, sulla possibilità di richiedere alle imprese partecipanti la proroga delle polizze a garanzia dell’offerta, essendo ancora in corso le operazioni di gara, al fine di salvaguardare l’interesse pubblico consistente nella conservazione dell’offerta individuata come quella economicamente più vantaggiosa e di procedere all’escussione della polizza nei confronti della Mario Cipriani S.r.l. in caso di ribadita rinuncia. Nel caso invece fosse ritenuto sussistente il diritto dell’operatore economico al ritiro della propria offerta, la stazione appaltante ha chiesto se sia corretto procedere allo scorrimento della graduatoria.

A seguito dell’avvio del procedimento con note prot. n. 5115 e 5118 del 22 gennaio 2019, il Comune ha prodotto documentazione a supporto dell’istanza.

Ritenuto in diritto

La gara in esame è stata avviata con bando pubblicato in data 11 aprile 2016 recante quale termine ultimo di presentazione delle offerte la data del 9 maggio 2016 e, secondo quanto rappresentato dalla stazione appaltante, la commissione incaricata della valutazione delle offerte tecniche ha trasmesso il

verbale conclusivo delle sedute al Rup della CUC in data 13 marzo 2017 e in data 27 aprile 2017 la CUC ha invitato gli operatori economici in gara a presenziare all'apertura delle offerte economiche nella seduta fissata per il 4 maggio 2017.

In base a quanto previsto dal paragrafo 12 del Disciplinare di gara, gli operatori economici partecipanti alla gara hanno assunto «l'impegno a mantenere vincolata la propria offerta per almeno 180 giorni dalla data di presentazione della stessa», in conformità al comma 6 dell'art. 11 del d.lgs. n.163/2006 (applicabile *ratione temporis*), 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 della sua presentazione, salvo che la stazione appaltante chieda il differimento di detto termine.

Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità (CGA, 27 novembre 2012, n. 1045; Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010 n. 4019; Id., 24 novembre 2010 n. 8224; id, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169; id, V, 13 settembre 2016 n. 3866), la disposizione richiamata è posta a protezione e tutela dell'offerente perché limita la vincolatività dell'offerta entro un lasso di tempo entro il quale l'offerta si presume conservi la propria remuneratività e decorso il quale l'offerente può ritenersi sciolto dall'offerta presentata. Pertanto, la sussistenza del "vincolo" non significa che decorso il termine l'offerta decade *ex lege* ma che l'offerente può svincolarsi da essa. L'esercizio di tale diritto potestativo, in assenza del quale l'offerta conserva la propria efficacia, deve avvenire attraverso una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte dell'interessato.

La *ratio* della norma ha condotto la giurisprudenza a ritenere che, decorsi i 180 giorni o il diverso termine fissato nella *lex specialis*, il concorrente può validamente svincolarsi dalla propria offerta senza soggiacere ad un onere di motivazione o ad un termine per l'esercizio di tale diritto potestativo (TAR Toscana, sez. I, 31 marzo 2017 n. 496).

Alla luce dei principi sopra illustrati, la rinuncia all'offerta manifestata in modo inequivocabile dalla Mario Cipriani S.r.l. dopo la scadenza del termine di 180 giorni previsto dalla *lex specialis* e prima dell'apertura delle offerte economiche è da considerarsi legittimo esercizio del diritto potestativo di svincolarsi dalla propria offerta riconosciuto dal legislatore all'operatore economico a tutela della remuneratività della stessa. Ne consegue che l'offerta della Mario Cipriani S.r.l. non avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione ai fini del calcolo del punteggio economico e della formazione della graduatoria finale. In forza del principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici, l'affidamento in esame può essere portato a compimento previa parziale rinnovazione della procedura, a partire dalla fase di calcolo del punteggio economico.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- non conforme alla normativa di settore l'operato della CUC nella parte in cui non ha tenuto conto del ritiro dell'offerta da parte della Mario Cipriani S.r.l.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 marzo 2019

Il Segretario Maria Esposito