

Parere n.80 del 16/05/2012

PREC 32/12/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie, ex art. 6, comma 7, lettera n) del Decreto Legislativo n. 163/06, presentata dal Comune di Alba Adriatica (TE) – -Procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara per l'affidamento dei "Lavori di ampliamento del Cimitero comunale sito in C.da Basciani I stralcio -Importo o base d'asta euro 649.745,79- S.A.: Comune di Alba Adriatica (TE)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10 gennaio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Alba Adriatica (TE), chiede se sia ammissibile il ritiro, da parte di uno dei concorrenti, del plico di gara già presentato e protocollato.

Più specificamente, la stazione appaltante fa presente che, nell'ambito della procedura indetta per l'affidamento dei lavori in oggetto, durante la seduta prevista per l'apertura delle buste contenenti la documentazione di gara, quindi dopo la scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, il sig. Carlo Di Centa, delegato dal legale Rappresentante dell'Impresa Di Bernardo Giuseppe & C. S.a.s. di Basciano, ha presentato richiesta per il ritiro del plico protocollato in data 28.12.2011, adducendo "motivi cartacei documentali".

Si tratta al riguardo della gara indetta per l'affidamento dei lavori di ampliamento del cimitero comunale, da affidarsi secondo il criterio del prezzo più basso, determinato mediante offerta di unico ribasso, con esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell'art.122, comma 9, d.lgs. n. 163/2006.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 21 febbraio 2012, il Comune di Alba Adriatica ha specificato quanto avvenuto e ribadito la necessità di acquisire il parere di questa Autorità.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto del presente esame attiene alla possibilità, per un concorrente, di ritirare la propria offerta dopo la scadenza del termine di presentazione previsto nel bando di gara o nella lettera di invito.

Si deve, al riguardo, evidenziare che l'articolo 11, comma 6, del Codice dei contratti pubblici dispone che l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nella lettera di invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. Il

successivo comma 7, stabilisce che l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine per la stipulazione del contratto.

L'articolo 2, comma 4, del Codice dei contratti pubblici stabilisce poi che, per quanto non espressamente previsto nel Codice, l'attività contrattuale delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal Codice Civile. In una prospettiva civilistica, il bando di gara è da considerarsi come invito a offrire, mentre l'offerta del concorrente è una proposta.

Dal combinato disposto dell'art. 1328, comma 1, Codice civile (*“La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso”*) e del citato comma 6, secondo periodo, dell'art. 11 del Codice dei contratti pubblici (*“L'offerta è vincolante per il periodo indicato dal bando o nella lettera di invito e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione”*) si ricava che la proposta del concorrente al pubblico appalto diviene irrevocabile non appena sia scaduto il termine per la sua presentazione.

Ed infatti, scaduto il predetto termine, la proposta diviene irrevocabile anche ai sensi di quanto prevede l'art. 1329, c. 1, del Codice civile (*“Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senz'effetto”*).

Peraltro, la previsione di un termine di efficacia dell'offerta presentata di durata certa, stabilita preventivamente, e non più manovrabile per effetto di eventuali accordi tra partecipanti, come tali ormai individuati, ovvero ad opera della stessa commissione aggiudicatrice, risponde anche ad un'evidente esigenza di trasparenza delle pubbliche gare, idonea, a seconda dei casi, a non alterare il calcolo delle medie ovvero, come nella specie, della soglia di anomalia. E questa esigenza è tanto più sentita in ipotesi, come quella di cui si tratta, nella quale è prevista l'esclusione automatica delle offerte anomale (*cfr. Consiglio di Stato, sez V, 28 novembre 2006*).

Come peraltro recentemente affermato da questa Autorità nella determinazione n. 7 del 2011, sull'offerta economicamente più vantaggiosa nel settore dei servizi e forniture, anche nel caso di utilizzo di tale criterio di aggiudicazione occorre evitare che la graduatoria possa essere modificata artatamente da un concorrente a favore di un altro in fase di procedura di gara. Ciò, ad esempio, potrebbe verificarsi, nel caso si utilizzi il metodo aggregativo compensatore, ritirando un'offerta che, comportando la modifica del valore massimo o del valore medio dei ribassi offerti, comporti una variazione della graduatoria per cui la gara viene aggiudicata ad un concorrente diverso (*con un'offerta peggiore sul piano qualità/prezzo per l'amministrazione*) rispetto a quello (*con un'offerta migliore sul piano qualità/prezzo per l'amministrazione*) che sarebbe risultato vincitore, in presenza di tutte le offerte. Al fine di scongiurare tali rischi, l'Autorità ha ritenuto che, in base alle norme prima illustrate, i punteggi conseguiti per l'offerta tecnica e per l'offerta economica non si modificano dopo l'apertura delle buste economiche anche se un concorrente ritira la propria offerta con tutte le conseguenze previste dalla legislazione di settore ed in particolare dagli articoli, 38, 48 e 75 del Codice dei contratti pubblici.

Alla luce delle sopra esposte considerazioni, si può quindi concludere che non è ammissibile la richiesta di ritiro dell'offerta da parte di un concorrente dopo la scadenza del termine per la presentazione della stessa, in quanto dopo tale data l'impresa è vincolata alla propria istanza di partecipazione alla gara ed alla propria offerta, con tutte le conseguenze previste dalla legislazione di settore ed in particolare dagli articoli, 38, 48 e 75 del d.lgs. n. 163/2006.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che non si possa accogliere la richiesta di ritiro dell'offerta avanzata dal concorrente Di Bernardo Giuseppe & C. S.a.s. in quanto essa è avvenuta dopo la scadenza del termine previsto per la sua presentazione.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 maggio 2012

Il Segretario: Maria Esposito