

Parere n.138 del 30/07/2013

PREC 125/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Azienda Ospedaliera "Civico – Di Cristina – Benfratelli" di Palermo – "*Affidamento della realizzazione, gestione e manutenzione del nuovo sistema RIS – PACS dell'A.R.N.A.S. Civico – Di Cristina – Benfratelli di Palermo*" – Importo a base di gara euro 5.600.000,00 – S.A.: Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "Civico – Di Cristina – Benfratelli" di Palermo.

art. 55, quarto comma, del Codice – possibilità di aggiudicare in presenza di almeno due offerte valide – nel caso di sopravvenuta inefficacia delle offerte per decorso del termine di 180 giorni.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con bando pubblicato il 7 luglio 2012, l'Azienda Ospedaliera "Civico – Di Cristina – Benfratelli" di Palermo ha indetto una procedura aperta per l'appalto della *realizzazione, gestione e manutenzione del nuovo sistema RIS – PACS*, di importo a base di gara pari ad euro 5.600.000,00 da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Entro il termine del 18 settembre 2012 sono pervenute cinque offerte, tutte ammesse (r.t.i. Philips, r.t.i. Carestream Health Italia, r.t.i. Agfa Gevaert, r.t.i. GE Medical Systems Italia, r.t.i. Esaote). Ultimata la fase di verifica dei requisiti di ammissione e la valutazione delle offerte tecniche, la stazione appaltante ha fissato al 9 maggio 2013 la seduta pubblica per la lettura dei punteggi parziali e per l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche. In tale seduta, è accaduto nell'ordine che:

- la commissione giudicatrice ha dato pubblica lettura dei punteggi assegnati per la componente tecnico-qualitativa dell'offerta, riportati nel prospetto analitico allegato al verbale, ed ha disposto l'esclusione del solo r.t.i. Philips, che ha conseguito per l'offerta tecnica il punteggio di 26,292 (inferiore al punteggio minimo di 30,00 fissato dal disciplinare di gara ai fini dell'ammissione alla fase successiva);
- la commissione ha quindi informato i delegati delle imprese concorrenti della "(...) necessità di acquisire formale conferma dell'offerta economica, essendo già trascorsi più di 180 gg. dalla sua presentazione, benché gli operatori economici presenti non abbiano preliminarmente opposto alcuna eccezione alla validità dell'offerta" ed ha temporaneamente sospeso la seduta;
- alla ripresa delle operazioni, il solo r.t.i. Esaote ha dichiarato di confermare la propria offerta, mentre i delegati dei restanti tre raggruppamenti hanno dichiarato di non confermare il contenuto delle rispettive offerte economiche;
- la commissione giudicatrice si è riservata di decidere.

Con il quesito in esame, pervenuto all'Autorità il 22 maggio 2013, l'Amministrazione chiede parere sui seguenti punti: A) se siano ammissibili le dichiarazioni di mancata conferma delle offerte, che i delegati di tre dei quattro concorrenti rimasti in gara hanno reso soltanto dopo che era stata data pubblica lettura dei punteggi assegnati alle offerte tecniche; B) se sia consentita la prosecuzione della procedura e l'apertura delle offerte economiche, in presenza di un solo concorrente rimasto in gara.

La comunicazione di avvio del procedimento di precontenzioso è stata trasmessa, con nota dell'Autorità del 6 giugno 2013, alla stazione appaltante ed alle imprese concorrenti, che hanno tutte trasmesso le proprie deduzioni scritte.

Ritenuto in diritto

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda la procedura aperta indetta dall'Azienda Ospedaliera "Civico – Di Cristina – Benfratelli" di Palermo per l'appalto della *realizzazione, gestione e manutenzione del nuovo sistema RIS – PACS*.

Per quanto qui interessa, il disciplinare di gara dispone: che "L'offerta avrà validità di 180 gg. dalla data di scadenza della sua presentazione" (pag. 17), che "Si procederà all'aggiudicazione dell'appalto solo nel caso in cui siano pervenute o siano rimaste in gara almeno due offerte valide" (pag. 21), che "Ciascun offerente avrà facoltà di svincolarsi dalla propria offerta mediante comunicazione con lettera raccomandata (...) una volta decorsi 180 giorni dalla data di presentazione della stessa" (pag. 21).

Le operazioni di gara si sono protratte oltre il termine di 180 giorni dalla presentazione delle offerte e, nella seduta pubblica del 9 maggio 2013, tre dei quattro concorrenti hanno dichiarato di non confermare il contenuto delle offerte.

A) In primo luogo, la stazione appaltante dubita dell'ammissibilità delle predette dichiarazioni di svincolo, che sono state rese dai delegati presenti alla seduta (su esplicito invito della commissione giudicatrice) soltanto dopo che erano stati comunicati i punteggi assegnati alle offerte tecniche. Come è noto, l'art. 11, sesto comma, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando (e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione) e che la stazione appaltante può chiedere ai concorrenti il differimento di detto termine.

La giurisprudenza ha chiarito che la ratio della 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. 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 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 remuneratività dell'offerta fino al momento dell'aggiudicazione. Il concorrente può pertanto validamente svincolarsi dalla propria offerta, senza soggiacere ad un onere di motivazione o ad un termine per l'esercizio di tale diritto, ma certamente non può pretendere che tutti gli altri concorrenti facciano altrettanto e che la stazione appaltante debba in ogni caso procedere all'integrale rinnovazione della gara (cfr. TAR Sardegna, sez. I, 1 febbraio 2010 n. 109).

Per quanto detto, deve concludersi che le dichiarazioni di mancata conferma delle rispettive offerte, rese a verbale dai rappresentanti del r.t.i. Carestream Health Italia, del r.t.i. Agfa Gevaert e del r.t.i. GE Medical Systems Italia, siano pienamente efficaci, sebbene non trasmesse all'Amministrazione mediante lettera raccomandata (dovendo, in tal caso, riconoscersi l'equivalenza delle forme e non essendo contestato il potere rappresentativo dei delegati presenti alla seduta di gara) e neppure rilevando, in contrario, che i punteggi assegnati alle offerte tecniche fossero già noti (trattandosi, peraltro, di una sequenza imputabile alla condotta della commissione di gara, che non può comunque pregiudicare il diritto potestativo del concorrente di sciogliersi dalla proposta contrattuale).

B) Per decidere delle sorti della gara, deve allora stabilirsi se la stazione appaltante possa proseguire

nell'esame dell'offerta economica del r.t.i. Esaote, unico concorrente che ha confermato il contenuto dell'impegno nonostante il decorso del termine di 180 giorni previsto dal bando e dalla legge.

La risposta al quesito non può che essere affermativa.

Il disciplinare di gara ha fatto applicazione dell'art. 55, quarto comma, del Codice dei contratti pubblici, secondo cui l'Amministrazione può prevedere che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida ovvero nel caso di due sole offerte valide, che non verranno aperte, restando comunque ferma la facoltà di non aggiudicare prevista in via residuale dall'art. 81, terzo comma, dello stesso Codice.

La norma, che trova i suoi antecedenti nell'art. 69 del R.D. n. 827 del 1924 e nell'art. 76 del D.P.R. n. 554 del 1999, esprime un principio generale delle procedure di evidenza pubblica e risponde all'esigenza della stazione appaltante di selezionare il miglior contraente attraverso un effettivo confronto concorrenziale delle offerte, possibile soltanto in presenza di una pluralità di partecipanti ammessi alla gara.

La giurisprudenza ha interpretato la regola nel senso che la gara deve ritenersi deserta solo ove non siano state "presentate" almeno due offerte, mentre tale situazione non si verificherebbe quando, ad esempio, una delle offerte presentate ed ammesse sia poi stata giudicata anomala e quindi esclusa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2003 n. 4210).

Le offerte non "valide" ai fini di quanto stabilito dal vigente art. 55 del Codice, recepito dall'Azienda Ospedaliera nel disciplinare di gara, sono esclusivamente quelle irregolari in quanto viziate nelle forme prescritte dal bando o dalla legge, ovvero quelle inammissibili perché prive dei requisiti sostanziali per la partecipazione alla gara, oppure ancora quelle inadeguate sotto il profilo tecnico-qualitativo che non superano la soglia di sufficienza prescritta dal bando (cfr., in questo senso: TAR Lazio, sez. III-quater, 13 novembre 2008 n. 10142). Ma tali non possono qualificarsi, ad avviso dell'Autorità, le offerte divenute inefficaci a causa dell'indebito protrarsi dei tempi di celebrazione della gara, circostanza imputabile esclusivamente alla commissione giudicatrice. Nello stesso senso depone la formulazione letterale del disciplinare di gara, ove si dispone che l'appalto sarà aggiudicato qualora "siano rimaste in gara almeno due offerte valide" (pag. 21), da intendersi secondo il significato suesposto.

Ed appunto, nella fattispecie in esame si è in presenza di quattro offerte tutte valide, per essere state ammesse nella fase di qualificazione ed aver superato anche la soglia di ammissibilità di 30,00 punti, che sono poi divenute inefficaci (e non invalide) per decorso del termine di 180 giorni.

In tale situazione, non è precluso all'Amministrazione di aggiudicare l'appalto all'unico concorrente che ha confermato l'efficacia della proposta contrattuale oltre il termine previsto dal bando. La previsione, nella *lex specialis* di gara, della non aggiudicazione in presenza di una sola offerta o di due sole offerte valide, non determina in capo alla stazione appaltante un obbligo di non aggiudicazione, poiché essa non risponde all'interesse dei concorrenti alla ripetizione della gara, ma mira a garantire un pieno confronto concorrenziale nell'esclusivo interesse della stazione appaltante e lascia a questa, in definitiva, la scelta discrezionale se aggiudicare o meno, sulla base della concreta convenienza tecnica ed economica (così, su controversia analoga: A.V.C.P., parere 17 luglio 2008 n. 199).

Pertanto, deve concludersi che l'Azienda Ospedaliera sia tenuta ad aprire l'offerta economica del r.t.i. Esaote ed a valutarne l'ammissibilità e la convenienza, ai fini dell'eventuale aggiudicazione, ferma restando la facoltà discrezionale di non aggiudicare, secondo quanto stabilito dal disciplinare di gara e dalla generale previsione dell'art. 81, terzo comma, del Codice.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, in relazione alla procedura in epigrafe:

- che sono ammissibili ed efficaci le dichiarazioni di mancata conferma delle offerte del r.t.i.

Carestream Health Italia, del r.t.i. Agfa Gevaert e del r.t.i. GE Medical Systems Italia, espresse nella seduta di gara del 9 maggio 2013;

- che la stazione appaltante è tenuta a proseguire la gara, esaminando l'offerta economica del r.t.i.

Esaote, ferma restando la facoltà di non aggiudicazione ai sensi dell'art. 81, terzo comma, del Codice.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2013

Il Segretario Rosetta Greco