

## Quesito:

Nello specifico a pagina 13, punto 10 del predetto documento è espressamente statuito che *“alle offerte tempo che prevedano la consegna degli elaborati di gara necessari per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas entro la data del 30 ottobre 2015 saranno attribuiti 20 punti, mentre alle altre offerte sarà attribuito un punteggio proporzionalmente minore rispetto ai giorni di differenza tra la data del 30 ottobre 2015 e la data in concreto offerta, che comunque non potrà superare il 19 novembre 2015, cui corrisponderà l'attribuzione di 0 punti.*

*Nel caso di mancata consegna degli elaborati entro la data offerta sarà applicata una penale in misura fissa pari ad euro 2.000,00 per ogni giorno di ritardo”.*

Tanto premesso la scrivente si domanda come la stazione appaltante intenda conciliare e disciplinare le previste penali per ritardata consegna degli elaborati di gara (termine ultimo 19.11.2015), nell'ipotesi in **cui i concessionari uscenti non forniscano i dati** necessari per procedere alle validazioni ex art. 4 D.M. 226/2011, posto che, ai sensi dell'art. 4, commi 3 e seguenti del D.M. 226 del 2011 e s. m. e i, i dati di cui al comma 1 sono forniti entro un termine di 60 giorni dalla richiesta dell'Ente locale concedente, termine prorogabile di ulteriori 30 giorni dall'Ente locale medesimo in casi di particolare complessità.

E' altresì previsto che l'Ente locale concedente, entro 60 giorni dal ricevimento dello stato di consistenza, anche previo accesso all'impianto, o dal ricevimento di altre informazioni di cui al comma 1 e 2, possa comunicare al concessionario le eventuali osservazioni e proposte di rettifica, a cui il gestore è tenuto a rispondere entro 30 giorni.

A ciò si aggiunga che in caso di mancata fornitura dello stato di consistenza, entro i termini di cui al comma 3, si applica l'art. 10 del D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902, per effetto del quale nel caso di rifiuto o di mancato rispetto del termine perentorio da parte del concessionario, lo stato di consistenza è formato, nel termine dei successivi centoventi giorni, dall'ente concedente, i cui incaricati, in base ad un decreto del prefetto, potranno accedere anche coattivamente nelle officine o negli altri locali dell'impianto o dell'esercizio.

Appare, dunque, di tutta evidenza che, dall'apertura delle offerte (**da presumersi** successiva al 4 settembre 2015, visto che nel disciplinare di gara non sono stati indicati la data, l'orario e la sede dell'apertura delle buste medesime, sebbene la possibilità di partecipare alla seduta pubblica sia finalizzata a garantire la trasparenza dell'operato della P.A.), fino al 31 ottobre 2015, non sono integrati i 60 giorni previsti dal legislatore per l'invio dei dati, da parte del concessionario uscente, all'Ente locale.

Vieppiù persino nell'eventualità in cui l'ipotetica concorrente presentasse la propria offerta indicando, come termine di consegna degli elaborati di gara, il 19.11.2015, la medesima potrebbe, comunque, incorrere in penali, in quanto l'Ente locale potrebbe, ai sensi del citato art 4, comma 3, formulare osservazioni e proposte di rettifica, con facoltà di esercitare tale potere entro 30 giorni dalla comunicazione dei dati da parte del concessionario uscente, a fronte delle quali al gestore è riconosciuto un termine di 30 giorni per pronunciarsi sulle stesse.

Pertanto l'ipotetica concorrente è, di fatto, esposta, in termini di elevata probabilità, al rischio penali, in caso di aggiudicazione, ad arbitrio del concessionario uscente o addirittura dell'Ente locale medesimo, che, oltretutto, ha disposto una penale giornaliera di rilevante importo.

Vi richiedo un ulteriore chiarimento in merito alla seguente previsione del disciplinare di gara, in quanto sussiste contraddittorietà tra il primo ed il secondo capoverso: *“In ogni caso, pena la risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1456 c.c., la consegna degli elaborati di gara necessari per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas non potrà superare il termine di 20 giorni prima della data prevista dalla normativa vigente per la pubblicazione del bando di gara, siccome eventualmente prorogato rispetto all'attuale scadenza dell'11 settembre 2015. Il rispetto di tale*

*termine è essenziale anche per l'ipotesi in cui dovesse venire a scadenza antecedentemente rispetto al termine di cui al comma che segue".*

Infatti il termine dell'11 settembre 2015 viene indicato come "essenziale", motivo per cui, ai sensi dell'art. 1457 c.c., in caso di mancato rispetto del predetto termine, la risoluzione del contratto opera *ipso iure*, quindi la previsione della risoluzione *ex art. 1456 c.c.* appare contraddittoria, perché la risoluzione si verifica sempre di diritto, ma è subordinata alla dichiarazione di volontà della parte interessata, nei confronti dell'altra, di valersi della clausola risolutiva espressa.

A fronte delle rilevate contraddizioni, la scrivente chiede che il Comune si pronunci sulla essenzialità o meno del termine dell'11 settembre 2015 e che il medesimo espliciti in che termini si avvarrà della clausola risolutiva espressa, visto e considerato che, qualora il termine di legge rimanga il giorno 11 settembre 2015, gli elaborati di gara dovrebbero essere consegnati entro la data del 21 agosto 2015, ossia addirittura prima della scadenza prevista per la presentazione dell'offerta.

Inoltre tale previsione contrasta anche con il successivo comma: "*Qualora il termine dell'11 settembre non dovesse essere prorogato e il candidato non abbia offerto di consegnare i documenti entro il 30 ottobre 2015, la consegna degli elaborati di gara necessari per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas non potrà essere successiva al 19 novembre 2015, pena la possibilità per il Comune di risolvere il contratto, ai sensi dell'art. 1456, c.c.*", dal cui tenore letterale, parrebbe evincersi che il termine dell'11 settembre 2015 non abbia carattere essenziale.

Tanto premesso la scrivente richiede, altresì, che, qualora il termine da considerarsi essenziale sia il 19 novembre 2015, il Comune espliciti in che termini si avvarrà della clausola risolutiva espressa, in considerazione del fatto che eventuali ritardi nella consegna degli elaborati di gara possono dipendere dall'arbitrio dei concessionari uscenti o addirittura dell'Ente locale medesimo, nei termini in precedenza espressi.

## **Risposta:**

Il Comune di Vercelli in risposta alle richieste di chiarimenti pervenute da potenziali concorrenti alla gara "per l'aggiudicazione, mediante procedura aperta, dei servizi di assistenza tecnica, ai sensi del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i., nel procedimento amministrativo finalizzato all'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale ai sensi del D.M. 226 del 12/11/2011", formula le seguenti osservazioni:

- 1) come stabilito dall'art. 9, ultimo comma, del Disciplinare Tecnico e Normativo, la seduta pubblica per l'apertura delle offerte è fissata per il giorno 7 settembre, h. 10,00, presso la sede del Comune di Vercelli;
- 2) qualora il termine per la pubblicazione del bando di gara, fissato *ex lege* per l'11 settembre 2015, non venga prorogato, gli elaborati di gara dovranno essere consegnati entro il termine del 19 novembre 2015, salvo che i concorrenti, come previsto dall'art. 10 del Disciplinare Tecnico e Normativo, non abbiano formulato un'offerta che preveda la consegna degli elaborati entro una data compresa tra il 30 ottobre e il 19 novembre; si precisa che l'offerta tempo dovrà essere formulata per consentire il meccanismo premiale stabilito nel disciplinare di gara, ma che nel caso in cui il termine dell'11 settembre dovesse essere prorogato, vale quanto previsto nel disciplinare e chiarito nel punto che segue;
- 3) qualora il termine dovesse invece essere prorogato rispetto all'11 settembre p.v., gli elaborati dovranno essere consegnati almeno 20 giorni prima della nuova scadenza;

4) le penali per il mancato rispetto di tali termini, ovviamente, saranno applicate solo nell'ipotesi in cui l'inadempimento sia imputabile all'aggiudicatario e non nel caso in cui esso dipenda dalla mancata consegna dello stato di consistenza da parte dei gestori uscenti. Rispetto a tale ultima questione, si segnala che il Comune di Vercelli ha già provveduto a richiedere gli stati di consistenza ai gestori uscenti e a sollecitarne la consegna. Qualora la consegna dello stato di consistenza dovesse avvenire dopo la data fissata per l'apertura delle buste, il termine per la consegna degli elaborati, anche al fine dell'applicazione delle penali, verrà conteggiato dal momento in cui lo stato di consistenza sarà a disposizione dell'aggiudicatario.