

## **Parere n. 69 del 11/06/2009**

### **PREC 23/09/S**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dagli Istituti Riuniti di Beneficienza di Corinaldo (AN) - Affidamento del servizio di tesoreria degli Istituti Riuniti di Beneficienza per il periodo 1 gennaio 2009 – 31 dicembre 2013. – Importo a base d'asta: €71.835,28.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 12 agosto 2008 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale gli Istituti Riuniti di Beneficienza di Corinaldo hanno rappresentato di aver indetto, il 18 giugno 2008, la procedura di gara per l'affidamento dei servizi in oggetto, alla quale hanno invitato gli Istituti di Credito del Comune di Corinaldo (Banca delle Marche S.p.A., Banca di Credito Cooperativo di Corinaldo e San Paolo Banca dell'Adriatico) e di essere incorsi nell'errore di non indicare nel bando di gara sia il valore dell'appalto, limitandosi ad effettuare esclusivamente un rinvio alla delibera n. 31 del 16 giugno 2008 in cui esso era stato determinato in €71.835,28, sia il Codice Identificativo della Gara (CIG), non avendo provveduto ad attivare alcuna procedura per la sua attribuzione.

Nel corso delle operazioni di gara, alle quali hanno partecipato due degli Istituti invitati (la Banca delle Marche S.p.A. e la Banca di Credito Cooperativo di Corinaldo) sono emerse alcune contestazioni, come riportato nel verbale di gara.

In particolare, il rappresentante della Banca delle Marche ha rilevato che l'altro concorrente, la Banca di Credito Cooperativo di Corinaldo, non ha provveduto al pagamento del contributo all'Autorità, obbligatorio per la partecipazione alle procedure di gara e che, pertanto, avrebbe dovuto essere escluso.

A riscontro di tale contestazione, il rappresentante della Banca di Credito Cooperativo ha evidenziato di aver provveduto a presentare la documentazione richiesta dalla documentazione di gara e di non essere pertanto incorso in alcuna causa di esclusione.

A fronte delle indicate contestazioni, il Responsabile del procedimento, dopo aver interrotto le operazioni di gara al fine di poter verificare quanto esposto dai concorrenti ed a seguito dell'autorizzazione ricevuta dal Consiglio di Amministrazione con delibera n. 41 del 30 luglio 2008, ha rappresentato ai concorrenti l'intenzione della stazione appaltante di ripetere la procedura di gara.

La decisione troverebbe fondamento nel fatto che sussiste l'interesse dell'Ente ad acquisire il maggior numero di offerte, che invece sarebbe stato vanificato dalle omissioni in cui il medesimo Ente è incorso, nonostante per la procedura in questione (€71.835,28) non sussista l'obbligo di contribuzione previsto per le gare il cui importo è superiore a 150.000 euro e sebbene sia previsto nel bando di gara che l'aggiudicazione dell'appalto avvenga anche in presenza di una sola offerta.

Le Banche concorrenti, in riscontro alla proposta della stazione appaltante, hanno rappresentato quanto segue.

La Banca delle Marche, che, ai fini della partecipazione alla procedura di gara in questione, ha provveduto al versamento del contributo all'Autorità, ha contestato la soluzione proposta sostenendo che, sebbene nella disciplina di gara non siano stati riportati né il CIG né il valore dell'appalto, tali omissioni non impedivano ai concorrenti di effettuare il versamento all'Autorità, essendo previsto dall'Autorità medesima che in assenza di importo presunto a base d'asta il contributo da versare deve essere calcolato in ragione dell'importo massimo previsto nella deliberazione del 24 gennaio 2008 e che, qualora il versamento del contributo non sia espressamente richiesto nel bando di gara, esso è comunque condizione di partecipazione ai fini dell'ammissione alla procedura.

In ragione di ciò, poiché la Banca di Credito Cooperativo non ha effettuato alcun versamento, la medesima deve essere esclusa e, considerato che la disciplina di gara prevede la possibilità di procedere all'aggiudicazione anche nell'ipotesi di una sola offerta valida, la Banca delle Marche chiede l'ultimazione della procedura mediante l'apertura dell'unica offerta economica rimasta in gara.

La Banca di Credito Cooperativo ha, invece, rilevato che non si sono verificati i motivi di esclusione specificamente indicati nel bando, avendo la stessa provveduto al rispetto di tutte le condizioni ivi indicate, e di non aver provveduto al versamento all'Autorità in ragione del fatto che il valore dell'appalto è inferiore a 150.000 euro. Inoltre, viene rilevato che il versamento effettuato dalla Banca delle Marche sarebbe in ogni caso nullo in quanto privo del CIG, elemento essenziale per l'identificazione della gara, che la stazione appaltante deve indicare per consentire agli operatori economici di effettuare correttamente il versamento.

Per tali ragioni, la Banca di Credito Cooperativo ritiene che la stazione appaltante debba procedere alla selezione con la verifica delle condizioni economiche.

In ordine ai fatti esposti e al proprio operato, gli Istituti Riuniti di Beneficienza di Corinaldo chiedono di conoscere il parere dell'Autorità, proponendo, ai fini della definizione della questione, la ripetizione della gara.

Si è pertanto proceduto ad avviare l'istruttoria procedimentale a riscontro della quale non sono pervenuti ulteriori documenti oltre a quelli prodotti dalla stazione appaltante istante. Conseguentemente, l'Autorità ha proceduto a valutare la questione sulla base degli elementi in suo possesso.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione sottoposta all'attenzione di questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati, attiene, da un lato, alla necessità di attivare la procedura di attribuzione del Codice Identificativo della Gara (CIG) e, dall'altro, all'obbligatorietà del versamento del contributo all'Autorità ai fini della partecipazione ad una procedura di gara. In via generale, in ordine al pagamento del contributo per la partecipazione alle procedure di gara, l'Autorità ha più volte chiarito che, come indicato nella deliberazione 24 gennaio 2008, il versamento del contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta alla procedura di gara, con l'effetto che la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento del contributo comporta l'esclusione dell'impresa offerente; ciò anche nel caso in cui la *lex specialis* non preveda espressamente tale obbligo (da ultimo, *parere n. 25 del 31 gennaio 2008*). L'esclusione, invece, non si estende alle ipotesi in cui l'impresa abbia indicato in modo errato il CIG ovvero abbia ommesso di indicarlo nella causa di versamento, essendo possibile in tal caso procedere all'integrazione documentale (da ultimo, *parere n. 34 del 31 gennaio 2008*).

In relazione alle ipotesi in cui la stazione appaltante ometta di richiedere e/o indicare il CIG nella documentazione di gara, l'Autorità ha precisato che la stessa deve procedere a pubblicare un avviso di rettifica (in tal senso, si veda la risposta n. 6 ai quesiti frequenti, pubblicati sul sito dell'Autorità, nella sessione riscossioni).

Nelle "Istruzioni relative alle contribuzioni dovute, ai sensi dell'articolo 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2006 n. 266 di soggetti pubblici e privati", pubblicate sul sito dell'Autorità, sono indicate le modalità e i termini di contribuzione (sezione B delle Istruzioni), dalle quali si evince che la stazione appaltante non è tenuta alla richiesta del CIG per lotti di servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro e per lotti di lavori inferiore a 40.000 euro e che sono esonerate dal versamento del contributo le procedure il cui importo complessivo a base d'asta è inferiore a 150.000 euro.

Tanto premesso in via generale, occorre rilevare che nel caso di specie gli Istituti Riuniti di Beneficienza di Corinaldo, pur avendo bandito una procedura di gara di importo pari a 71.835,28 euro e quindi di importo inferiore a 150.000 euro, soglia al di sotto della quale non è previsto l'obbligo di contribuzione, non hanno tuttavia provveduto ad attivare la procedura di accreditamento della gara al Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG), che avrebbe attribuito alla procedura un Codice Identificativo della Gara e determinato l'importo dell'eventuale contribuzione.

Dal momento che dalla menzionata procedura di accreditamento presso il sistema SIMOG sono esonerate esclusivamente le procedure o i lotti di valore inferiore a 20.000 euro, per i servizi, e di 40.000 euro, per i lavori, mentre il valore dell'appalto in oggetto, come sancito dal Consiglio di Amministrazione nella delibera n. 31/2008, è pari a 71.835,28 euro, è evidente che, sebbene per la procedura di gara in questione non sussista l'obbligo di contribuzione all'Autorità, tuttavia ciò non comporta anche l'esonero per la stazione appaltante di procedere al relativo accreditamento presso il sistema SIMOG al fine di ottenere il CIG.

Gli Istituti Riuniti dovranno, pertanto, procedere a registrare la procedura in questione nel sistema SIMOG, pubblicando una rettifica alla documentazione di gara prodotta con l'indicazione del CIG così ottenuto.

I medesimi Istituti non potranno, invece, procedere all'esclusione dell'offerta presentata dalla Banca di Credito Cooperativo per non aver provveduto al versamento del contributo all'Autorità, non sussistendo il relativo obbligo per la gara in questione, per cui risulta scongiurato il rischio di dover aggiudicare all'unica offerta rimasta in gara e di frustrare, in tal modo, l'interesse ad avere il maggior numero di offerte in gara.

Peraltro, proprio in relazione all'intenzione manifestata dagli Istituti Riuniti di rinnovare la procedura di gara, occorre rilevare che, come più ampiamente precisato dall'Autorità nel *parere n. 19 del 12 febbraio 2009*, sebbene la valutazione di un possibile annullamento in autotutela di una procedura di gara rientri nell'esclusiva potestà discrezionale di una stazione appaltante, che è chiamata a decidere in tal senso laddove sussistano ragioni di opportunità e di interesse pubblico attuale e concreto, tale provvedimento dovrà, in ogni caso, essere adottato fondando la valutazione non sulla mera esigenza di ripristinare la legalità in una procedura di gara, ma tenendo conto della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto. Se l'illegittimità del provvedimento, infatti, giustifica l'esercizio del potere di autotutela nel caso in cui la procedura sia inficiata da vizi che non hanno consentito di assicurare il rispetto della concorrenza tra le imprese e la *par condicio* tra le stesse, occorre comunque, che vengano individuati da parte della stazione

appaltante tutti gli interessi pubblici attuali, distinti dal mero interesse al ripristino della situazione di legittimità che giustifica la rimozione dell'atto viziato.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che gli Istituti Riuniti di Beneficienza di Corinaldo dovranno procedere a registrare la procedura in questione nel sistema SIMOG, pubblicando una rettifica alla documentazione di gara prodotta con l'indicazione del CIG ottenuto, e non potranno escludere l'offerta presentata dalla Banca di Credito Cooperativo per non aver provveduto al versamento del contributo all'Autorità, non sussistendo il relativo obbligo per la gara in questione.

I Consiglieri Relatori: Andrea Camanzi, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30/06/2009