

O.d.g. del _____

PROPOSTA DI DELIBERA DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE N°-----7

Delibera n° _____ del _____

Oggetto: **PROCEDURA APERTA N. 06/2020 PER LA FORNITURA BIENNALE DI GASOLIO PER AUTOTRAZIONE - AGGIUDICAZIONE**

ALLEGATI/NOTE:

Allegato 1: verbale di gara 469 del 24/06/2020

Allegato 2: verbale di gara 470 del 01/07/2020

Allegato 3: verbale di gara 475 del 22/07/2020

Allegato 4: parere avv. Rusconi prot. 10592 del 09/07/2020.

Il Direttore Generale f.f., d'intesa con il Capo Unità Contratti ed acquisti f.f. riferisce e propone quanto segue:

Premesso che:

- In forza di deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 20 del 24/03/2020, è stata indetta la procedura aperta n. 3/2020, ai sensi dell'art. 60 del D. lgs. 50/2016, per la fornitura biennale di circa 6.000.000 di litri di gasolio per autotrazione.
- Le condizioni di gara hanno previsto l'aggiudicazione della procedura mediante il criterio del prezzo più basso, sulla base dello sconto più alto da applicare sul prezzo settimanale medio del gasolio per autotrazione, rilevato dal Ministero per lo sviluppo economico, a rialzo rispetto allo sconto minimo di € 0,090/litro.
- Il valore stimato dell'appalto è di € 7.000.000,00 (settemilioni/00) al netto della sola IVA, parametrato al quantitativo di lt. 6.000.000 di gasolio.
- A seguito dell'indizione della procedura, svolta telematicamente sul portale <https://amattaranto.traspare.com>, sono pervenuti n. 2 plichi telematici contenenti offerte, assunti ai numeri di protocollo 9391 del 22/06/2020 e 9396 del 22/06/2020.
- Con nota prot. n. 9491 del 23/06/2020, è stata nominata la commissione di gara, incaricata di compiere la valutazione della documentazione amministrativa e di procedere all'apertura delle buste economiche.
- Le operazioni di gara si sono svolte nella sedute del 24/06/2020 (verbale di gara n. 469 – **Allegato 1**), del 01/07/2020 (verbale di gara n. 470- **Allegato 2**), del 22/07/2020

(verbale di gara n. 475 - **Allegato 3**).

- Nel corso delle operazioni di gara, è stato necessario attivare il soccorso istruttorio, ex art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016, nei confronti dei seguenti concorrenti:

1. Basile Petroli s.p.a., in quanto, nella dichiarazione rilasciata per l'Allegato B al punto 6, ha omesso di specificare l'opzione scelta, in merito alla presenza, o meno, di soggetti, tra quelli indicati al punto 3 dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, cessati nell'anno precedente alla pubblicazione del bando di gara
2. Petrolmenga s.r.l., a causa dell'assenza del contributo ANAC di € 200,00 richiesto dal bando. Il concorrente, inizialmente, con verbale 469 del 24/06/2020, era stato ammesso dalla commissione al prosieguo della gara, nella erronea convinzione dell'applicabilità alla procedura della sospensione del pagamento del contributo ANAC prevista dall'art. 65 del DECRETO-LEGGE 19 maggio 2020, n. 34 ("Decreto Rilancio").

Successivamente, la commissione, con verbale n. 470 del 01/07/2020, ha revisionato la propria decisione di ammissione al prosieguo della gara ed ha, invece disposto il soccorso istruttorio, per l'assenza del contributo ANAC, in quanto la procedura aperta n. 06/2020, pubblicata prima del 19/05/2020, non rientra, pertanto, tra quelle per cui gli operatori economici sono esonerati dal pagamento del contributo all'ANAC ai sensi del citato decreto.

La commissione, nel decidere sull'ammissione del concorrente ha tenuto conto del fatto che l'AMAT, in data 11/06/2020, prima della scadenza della gara, ha rilasciato risposta a richiesta di chiarimenti del concorrente "Petrolmenga", con cui ha comunicato l'erronea circostanza dell'assoggettabilità della procedura all'art. 65 del Decreto rilancio, sulla base di una cattiva lettura del dettato normativo. La commissione, ritenendo che l'errore del mancato pagamento del contributo ANAC da parte del concorrente sia stato anche indotto dalla risposta erronea alla richiesta di chiarimenti, ne ha deciso l'ammissione al soccorso istruttorio.

La decisione della commissione è stata corroborata da apposito parere legale, rilasciato dall'avv. Giuseppe Rusconi, assunto al n. di prot. 10592 del 09/07/2020 (**Allegato 4**).

- Entrambi i soccorsi istruttori hanno dato esito positivo.
- Con verbale di gara n. 475 del 22/07/2020, la commissione, al termine delle opera-

zioni, ha dichiarato migliore offerta quella proposta da Petrolmenga s.r.l. che ha offerto uno sconto complessivo di € 0,099 sul prezzo (al netto di IVA) del gasolio rilevato settimanalmente dal Ministero per lo Sviluppo Economico nella tabella "Prezzi medi settimanali dei carburanti e combustibili", riga "Gasolio auto" nella pagina web https://dgsaie.mise.gov.it/prezzi_carburanti_settimanali.php.

Tanto premesso si propone:

1. Di aggiudicare la procedura aperta n. 06/2020 per la fornitura biennale di gasolio per autotrazione, al concorrente Petrolmenga s.r.l. che ha offerto uno sconto di € 0,099/litro sul prezzo settimanale medio del gasolio per autotrazione, rilevato dal Ministero per lo sviluppo economico.
2. Di autorizzare la Direzione generale e la Ripartizione contratti ed acquisti per l'assunzione di ogni atto connesso e conseguente.

- Il Capo Unità Contratti ed acquisti f.f. 

- Il Direttore Generale f.f. 

IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

- vista la proposta formulata ed i relativi allegati;
- ritenuto di approvarla;
- visti lo Statuto Sociale ed il Codice civile;
- a voti ...

DELIBERA

- a) Di aggiudicare la procedura aperta n. 06/2020 per la fornitura biennale di gasolio per autotrazione, al concorrente Petrolmenga s.r.l. che ha offerto uno sconto di € 0,099/litro sul prezzo settimanale medio del gasolio per autotrazione, rilevato dal Ministero per lo sviluppo economico.
- b) Di autorizzare la Direzione generale e la Ripartizione contratti ed acquisti per l'assunzione di ogni atto connesso e conseguente.

VERBALE DI GARA N. 469 DEL 24/06/2020

(PROCEDURA APERTA n° 06/2020 PER LA FORNITURA BIENNALE DI GASOLIO PER AUTOTRAZIONE)

In data 24/06/2020 alle ore 10:15 si è riunita la commissione di gara, nominata con nota prot. 9491 del 23/06/2020, incaricata di compiere l'apertura delle offerte riferite alla procedura aperta in oggetto, autorizzata con deliberazione del Consiglio di Amministrazione n° 22 del 24/03/2020.

Sono presenti:

- dott. Nicola Carrieri – Presidente
- dott. Palmo Duggento – Componente
- rag. Luigi Pignatale – Componente

Svolge le funzioni di segretario il rag. Luigi Pignatale

La seduta, tenuta in forma riservata presso la sede dell'AMAT, è stata aperta alla partecipazione dei concorrenti mediante videoconferenza sulla piattaforma "https://www.gotomeeting.com/it-it".

Partecipano alla videoconferenza:

- il sig. Antonio Rocco Menga e il dott. Antonio Leone, in rappresentanza della Petrolmenga s.r.l.
- la dott.ssa Stefania Pecorella in rappresentanza della Basile Petroli s.p.a.

La commissione prende atto che sul portale "amattaranto.trasparenza.com" per la gestione delle gare telematiche sono pervenute le seguenti offerte:

n.	Concorrente	Prot.
1	Petrolmenga S.R.L.	Prot. n.9391 del 22/06/2020
2	BASILE PETROLI SPA	Prot. n.9391 del 22/06/2020

La commissione prende atto che i plichi pervenuti sono conformi a tutte le prescrizioni dell'allegato "Manuale Operativo Gara Telematica" ed è pervenuto nei termini previsti dal bando di gara.

La commissione decide, allora, di passare all'esame della documentazione ivi contenuta. I risultati dell'esame sono riportati nella tabella che segue:

Documenti	Petrolmenga	Basile Petroli
a- copia bando di gara	SI	SI
b- domanda di partecipazione alla	SI	SI**

Documenti	Petrolmenga	Basile Petroli
gara		
c- contributo ANAC*	*	SI
d- versamento cauzione provvisoria	SI	SI
e- DGUE	SI	SI

* Si conferma la facoltà di sospensione del pagamento del contributo ANAC in applicazione dell'art. 65 del DECRETO-LEGGE 19 maggio 2020, n. 34 ("Decreto Rilancio").

**1. Il concorrente Basile Petroli, nell'allegato B, in presenza di opzioni a risposta multipla, ha barrato l'opzione scelta, come indicato nel bando di gara. Il dott. Antonio Leone, in rappresentanza della Petrolmenga s.r.l., in merito, dichiara quanto segue: "Come da chiarimenti reso dalla stazione appaltante, nell'allegato B, ove indicata la parola "barrare", si deve intendere flaggare".

La commissione osserva come il concorrente si sia attenuto letteralmente a quanto richiesto nel bando di gara, ove è indicata la parola "barrare" e non ritiene tale elemento difforme alle richieste della stazione appaltante.

2. Il concorrente, nella dichiarazione rilasciata per l'Allegato B al punto 3, non ha rilasciato alcuna dichiarazione in merito al richiesto possesso, o meno, di autorizzazione rilasciata dall'IVASS all'esercizio nel ramo assicurativo dell'appalto. La commissione osserva come tale elemento sia stato inserito per mero refuso nel modulo prestampato "Allegato B".

Il requisiti di idoneità professionale richiesti dal bando all'art. 4 lett. 2 sono relativi unicamente al possesso di iscrizione nel registro della camera di commercio industria artigianato per attività analoghe a quelle della presente procedura, relativa a forniture di gasolio per autotrazione. Tale requisito è stato stabilito ai sensi dell'art. 83 comma 2 del D.Lgs. 50/2016, in quanto elemento affine e proporzionato all'oggetto dell'appalto.

La commissione valuta come innocua la mancata compilazione della dichiarazione relativa al possesso di iscrizione all'IVASS, che non è un requisito di partecipazione dell'appalto ed è stato inserito per mero refuso.

3. Il concorrente, nella dichiarazione rilasciata per l'Allegato B al punto 6 ha omissso di specificare l'opzione scelta, in merito alla presenza, o meno, di soggetti, tra quelli indicati al punto 3 dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, cessati nell'anno precedente alla pubblicazione del bando di gara.

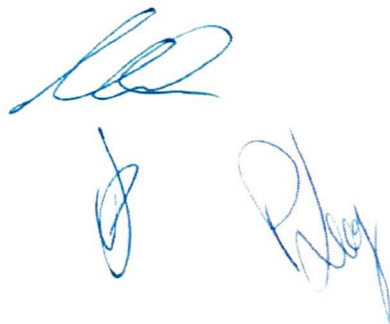
La commissione, in merito a tale punto, decide di attivare il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016.

LIBRO DEI VERBALI DELLE COMMISSIONI DI GARA

Pag. 1205

Al termine dell'esame della documentazione presentata, la commissione decide di ammettere il concorrente "Petrolmenga s.r.l." al prosieguo della procedura e di ammettere al soccorso istruttorio il concorrente "Basile Petroli s.p.a.".

Verbale letto, confermato e sottoscritto alle ore 12:20.



VERBALE DI GARA N. 470 DEL 01/07/2020

(PROCEDURA APERTA n° 06/2020 PER LA FORNITURA BIENNALE DI GASOLIO PER AUTOTRAZIONE)

In data 01/07/2020 alle ore 10:25 si è riunita la commissione di gara, nominata con nota prot. 9491 del 23/06/2020, incaricata di compiere l'apertura delle offerte riferite alla procedura aperta in oggetto, autorizzata con deliberazione del Consiglio di Amministrazione n° 22 del 24/03/2020.

Sono presenti:

- dott. Nicola Carrieri – Presidente
- dott. Palmio Duggento – Componente
- rag. Luigi Pignatale – Componente

Svolge le funzioni di segretario il rag. Luigi Pignatale

La seduta, tenuta in forma riservata presso la sede dell'AMAT, è stata aperta alla partecipazione dei concorrenti mediante videoconferenza sulla piattaforma "https://www.gotomeeting.com/it-it".

Partecipano alla videoconferenza:

- il dott. Antonio Leone, in rappresentanza della Petrolmenga s.r.l.
- la dott.ssa Stefania Pecorella in rappresentanza della Basile Petroli s.p.a.

La commissione, a questo punto, rende noto che l'obiettivo della presente riunione è quello di sciogliere le riserve emerse nel corso della precedente seduta di gara del 24/06/2020, in merito alle offerte presentate dal concorrente "Basile Petroli".

La riserva, è riferita ai seguenti carenze della documentazione:

"Il concorrente, nella dichiarazione rilasciata per l'Allegato B al punto 6 ha omissso di specificare l'opzione scelta, in merito alla presenza, o meno, di soggetti, tra quelli indicati al punto 3 dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, cessati nell'anno precedente alla pubblicazione del bando di gara. La commissione, in merito a tale punto, decide di attivare il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016."

Si dà atto che il concorrente, nell'ambito del soccorso istruttorio, con nota prot. 10010 del 29/06/2020 ha prodotto ad AMAT la dichiarazione richiesta.

Per tali ragioni, la commissione decide di ammettere il concorrente "Basile Petroli". al prosieguo della gara.

A questo punto, la commissione comunica che si è accorta di aver commesso errore, nella precedente seduta del 24/06/2020, in sede di esame della documentazione amministrativa del concorrente "Petrolmenga".

La commissione, infatti, ha ammesso il concorrente a prosieguo della gara, nonostante l'assenza de contributo ANAC di € 200,00 richiesto dal bando, nella erronea convinzione



dell'applicabilità alla procedura della sospensione del pagamento del contributo ANAC prevista dell'art. 65 del DECRETO-LEGGE 19 maggio 2020, n. 34 ("Decreto Rilancio").

La commissione ha compiuto in merito i seguenti approfondimenti:

- Come è noto, l'art. 1, comma 67, della legge n. 266/2005 ha introdotto l'obbligo di versamento del contributo ANAC quale "condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche".
- L'AMAT ha indetto la procedura aperta 06/2020, per la fornitura biennale di gasolio per autotrazione, con scadenza fissata al 22/06/2020. La gara è stata pubblicata sulla GUCE del 05/05/2020 e sulla GURI del 11/05/2020.
- L'art. 65 del DECRETO-LEGGE 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Decreto Rilancio") ha disposto per le stazioni appaltanti e gli operatori economici l'esonero dal versamento dei contributi di gara (CIG) all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), per tutte le procedure di gara avviate dalla data di entrata in vigore di tale legge (il 19/05/2020) e fino al 31 dicembre 2020.
- Come chiarito da Comunicato del Presidente dell'ANAC del 20/06/2020 " *per avvio della procedura si intende la data di pubblicazione del bando di gara oppure, nel caso di procedure senza previa pubblicazione di bando, la data di invio della lettera di invito a presentare l'offerta.*

La data di pubblicazione del bando a cui fare riferimento è quella della prima pubblicazione sulla GUCE, sulla GURI oppure all'Albo Pretorio."

- La procedura aperta indetta dall'AMAT, pubblicata prima del 19/05/2020, non rientra, pertanto, tra quelle per cui gli operatori economici sono esonerati dal pagamento del contributo all'ANAC.
- Si precisa, inoltre, che la legge di gara non prevede espressamente l'adempimento del versamento ANAC "a pena di esclusione".
- In data 11/06/2020, l'impresa "Petrolmenga", ha inoltrato la seguente richiesta di chiarimenti all'AMAT: *"Confermate che è sospeso il versamento del contributo ANAC pari a € 200,00 vista la Delibera Anac n. 289/2020 e l'art. 65 del Decreto Rilancio?"*
- Si precisa che all'interno del portale dell'AMAT per la gestione delle gare telematiche "Traspare" non è riportata la data di prima pubblicazione sulla GUCE del bando di gara.
- Il R.U.P. della gara, in data 11/06/2020, ha fornito i seguenti erronei chiarimenti all'impresa Petrolmenga: *"Si conferma l'applicabilità di quanto disposto all'art. 65 del DECRETO-LEGGE 19 maggio 2020, n. 34, normativa sopraggiunta successivamente all'indizione della gara."* Il riscontro è stato inviato all'impresa richiedente e pubblicato nella sezione pubblica del portale per la gestione telematica delle gara "amatitaranto.traspare.com". L'errore nel chiarimento è derivato da una cattiva lettura del dettato normativo, il quale estende l'applicabilità dell'esonero alla contribuzione solo a tutte le gare indette (ovvero pubblicate) dal 19 maggio e non anche a tutte quelle che hanno scadenza a partire dal 19 maggio. Si ritiene che il chiarimento sia suscettibile di avere indotto in errore taluni concorrenti, i quali, non potendo desumere direttamente dal portale istituzionale dell'AMAT la data di pubblicazione della gara, possano aver prestato affidamento su tale chiarimento, che erroneamente conferma l'applicabilità alla procedura dell'art. 65 del Decreto Rilancio.



- Nella seduta di gara del 24/06/2020, il concorrente Petrolmenga è stato ammesso al prosieguo della gara nell'erronea convinzione della applicabilità dell'art. 65 del Decreto Rilancio alla procedura, indotta in tal senso anche dai chiarimenti resi al concorrente dal R.U.P.
- La commissione ritiene che il chiarimento reso, con cui si è menzionata espressamente l'applicabilità alla procedura del citato art. 65, possa avere indotto in errore il concorrente, inducendolo ad ritenere di poter usufruire dell'esonero dal versamento, in assenza della disponibilità, sul portale AMAT, dell'informazione sulla data di pubblicazione sulla GUCE, elemento discriminante in merito all'applicabilità, o meno, della norma sull'esonero.
- Ciò in quanto, per alcuna giurisprudenza (CONS. STATO, SEZ. V, 2 DICEMBRE 2015, N. 5454) i chiarimenti forniti dalle Stazioni Appaltanti tra la data della pubblicazione dei bandi di gara e la data dell'apertura delle offerte, debbono essere considerati alla luce del principio della "buona fede precontrattuale" che caratterizza le procedure ad evidenza pubblica. Pertanto, l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla Stazione appaltante di escludere dalla gara un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità alle previsioni della legge di gara, potendo eventuali parziali difformità costituire oggetto di richiesta d'integrazione; ed inoltre, l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura, così come non è ammissibile l'iscrizione in capo al concorrente delle conseguenze negative di un errore indotto dalla disciplina di gara o dal comportamento tenuto dall'Amministrazione appaltante.

La commissione, alla luce di quanto sopra, decide di :

- Rivedere la propria decisione di ammissione del concorrente "Petrolmenga" al prosieguo della gara, assunta nel corso della seduta del 24/06/2020 (verbale n. 469)
- Ammettere concorrente "Petrolmenga" al soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016. Il concorrente dovrà, nell'ambito di esso, eseguire il pagamento del contributo dell'ANAC di € 200,00, entro un termine perentorio.

Verbale letto, confermato e sottoscritto alle ore 10:48.

VERBALE DI GARA N. 475 DEL 22/07/2020

(PROCEDURA APERTA n° 06/2020 PER LA FORNITURA BIENNALE DI GASOLIO PER AUTOTRAZIONE)

In data 22/07/2020 alle ore 10:10 si è riunita la commissione di gara, nominata con nota prot. 9491 del 23/06/2020, incaricata di compiere l'apertura delle offerte riferite alla procedura aperta in oggetto, autorizzata con deliberazione del Consiglio di Amministrazione n° 22 del 24/03/2020.

Sono presenti:

- dott. Nicola Carrieri – Presidente
- dott. Palmu Duggento – Componente
- rag. Luigi Pignatale – Componente

Svolge le funzioni di segretario il rag. Luigi Pignatale

La seduta è tenuta presso la sede dell'AMAT, con partecipazione dei concorrenti mediante videoconferenza sulla piattaforma "<https://www.gotomeeting.com/it-it>".

Partecipano alla videoconferenza:

- il dott. Antonio Leone, in rappresentanza della Petrolmenga s.r.l.
- la dott.ssa Stefania Pecorella in rappresentanza della Basile Petroli s.p.a.

La commissione, a questo punto, rende noto che l'obiettivo della presente riunione è quello di sciogliere le riserve emerse nel corso della precedente seduta di gara del 01/07/2020, in merito all'ammissione al prosieguo della gara del concorrente "Petrolmenga".

La riserva, è riferita all'assenza, nella busta amministrativa del concorrente "Petrolmenga", della ricevuta del pagamento del contributo a favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per un importo di € 200,00, richiesto nel bando di gara all'art. 6 lett. c.

Si dà atto che l'AMAT ha inoltrato al concorrente richiesta di soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016, con nota prot. 10775 del 13/07/2020.

il concorrente, nell'ambito del soccorso istruttorio, con nota assunta al numero di protocollo AMAT n. 10889 del 15/07/2020 ha prodotto ad AMAT la dichiarazione richiesta. Per tali ragioni, la commissione decide di ammettere il concorrente "Petrolmenga s.r.l.". al prosieguo della gara.

La commissione, a questo punto, passa all'esame delle offerte economiche delle concorrenti rimaste in gara, dando lettura a voce alta dello "Sconto aggiuntivo" offerto dai singoli concorrenti che, sommato a quello "minimo" di € 0,090/litro stabilito nel bando, concorrerà alla formazione dello "Sconto complessivo", parametro che sarà utilmente considerato dalla commissione ai fini della determinazione del migliore offerente.

Lo sconto offerto è riportato nella tabella seguente:

LIBRO DEI VERBALI DELLE COMMISSIONI DI GARA

Pag. 1236

	a	b	c
Ditta	"Sconto minimo" €.	"Sconto aggiuntivo" offerto (€/litro)	"Sconto complessivo" [(a) + (b)]
Petrolmenga s.r.l.	0,090	€ 0,009	€ 0,099
Basile Petroli s.p.a.	0,090	€ 0,005	€ 0,095

La commissione dichiara, pertanto, migliore offerta quella proposta da Petrolmenga s.r.l. che ha offerto uno sconto complessivo di € 0,099 sul prezzo (al netto di IVA) del gasolio rilevato settimanalmente dal Ministero per lo Sviluppo Economico nella tabella "Prezzi medi settimanali dei carburanti e combustibili", riga "Gasolio auto" nella pagina web https://dgsaie.mise.gov.it/prezzi_carburanti_settimanali.php.

Verbale letto, confermato e sottoscritto alle ore 10:25

[Signature]
[Signature]

[Signature]



Studio Legale

RUSCONI & PARTNERS

Appalti / Project Financing / Public Utilities
p.iva n. 03131730131 | www.rusconiepartners.eu

Via Balicco 61

23900 Lecco | Italia

T +39 0341 284 259

F +39 0341 286 851

giuseppe.rusconi@rusconiepartners.eu

Pec: giuseppe.rusconi@lecco.pecavvocati.it

Via V. Monti 8

20123 Milano | Italia

Via Savoia, n. 78

00198 Roma | Italia

Lecco, 09 luglio 2020

Via pec all'indirizzo:
amat@pec.amat.ta.it

Spett.le
Amat spa
Via C. Battisti n. 657
74121 - Taranto (TA)

All'attenzione dell'ing. Massimo Dicecca - Rup

Parere relativo alla gara per la fornitura di gasolio per autotrazione

Rif. 20 5842 GFR

Egregio Ingegnere,

ho esaminato la documentazione che mi è stata trasmessa, in relazione alla gara per la fornitura biennale di gasolio per autotrazione.

Prima di entrare nel merito, ritengo opportuno evidenziare alcuni accadimenti (in sequenza) che hanno generato la richiesta di parere, essendo peraltro ben note ad Amat spa tutte le circostanze.

1 - Gli antefatti

1.1 - L'11.05.2020 era pubblicato sulla GURI il bando di gara per la fornitura di cui si è detto, di valore superiore alla soglia comunitaria; l'art. 6 indicava il contenuto della busta amministrativa tra cui, alla lettera c), l'attestazione del versamento del contributo a favore di Anac per un importo di euro 200; l'adempimento dell'art. 6 non era previsto a pena di

esclusione.

1.2 - Il 19.05.2020 nella GURI era pubblicato il decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, recante *"Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"*, entrato in vigore lo stesso giorno (ai sensi dell'art. 266), il cui art. 65 prevede l'esonero temporaneo dal versamento dei contributi a favore di Anac *"per tutte le procedure di gara avviate dalla data di entrata in vigore della presente norma e fino al 31 dicembre 2020."*; la disposizione, segue quanto richiesto dalla stessa Anac con la Delibera numero 289 del 1° aprile 2020 *"Esonero per le stazioni appaltanti e gli operatori economici fino al 31 dicembre 2020 dal versamento della contribuzione dovuta all'ANAC ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67 della legge n. 266 del 23 dicembre 2005"*.

1.3 - Il successivo 11.06.2020 un'impresa, poi divenuta concorrente, formulava un quesito ad Amat di questo tenore *"Confermate che è sospeso il versamento del contributo ANAC pari a € 200,00 vista la Delibera Anac n. 289/2020 e l'art. 65 del Decreto Rilancio?"*. Al quesito era fornita questa risposta, poi pubblicata sulla piattaforma informatica della S.A.: *"Si conferma l'applicabilità di quanto disposto all'art. 65 del DECRETO-LEGGE 19 maggio 2020, n. 34, normativa sopraggiunta successivamente all'indizione della gara."*

1.4 - Alla gara presentavano offerta solo due concorrenti, dei quali uno provvedeva al versamento del contributo ad Anac mentre l'altro, l'autore del quesito, no.

1.5 - La commissione di gara dapprima lo ammetteva al prosieguo della procedura, in forza di quanto contenuto nella risposta al quesito, salvo poi avvedersi, nella successiva seduta, del contenuto erroneo del chiarimento, che riteneva applicabile la *"normativa sopraggiunta successivamente all'indizione"*

della gara.", e della conseguente ammissione del concorrente, ma si determinava ad applicare il soccorso istruttorio, come risulta dal verbale n. 470 dell'1.07.2020, facendo ricorso al principio della buona fede contrattuale che deve permeare l'operato della S.A., per cui la risposta al chiarimento ha potenzialmente fatto cadere in errore il concorrente.

Da qui la necessità del parere, essendosi prospettate comunque ad Amat tre scenari:

- ì - applicare quanto stabilito dalla Commissione di gara e quindi procedere con il soccorso istruttorio;
- ìì - escludere il concorrente, che comunque non ha proceduto al versamento del contributo, a differenza del suo competitor;
- ìì - annullare la gara, per sopravvenute ragioni di pubblico interesse, consistenti nella salvaguarda della stessa Amat a fronte di eventuali richieste di danno per responsabilità precontrattuale.

Un'ultima annotazione: dalla piattaforma della S.A., non risulta la data di pubblicazione del bando nella GURI.

2 - Il contributo ad Anac ed il pensiero (in pillole) della giurisprudenza

Come noto, la legge finanziaria 2006 (l. 23 dicembre 2005, n. 266: "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*"), all'art. 1, comma 65, ha introdotto il principio del finanziamento da parte del mercato, per il funzionamento di alcune Autorità, oltre al contributo statale: "*A decorrere dall'anno 2007 le spese di funzionamento della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della*

Commissione di vigilanza sui fondi pensione sono finanziate dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità."

Ai sensi del successivo comma 67, l'allora AVCP (ora, ANAC) determini ogni anno l'ammontare del contributo dovuto dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, *"compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche."*

In sostanza, il versamento del contributo deve essere antecedente alla presentazione dell'offerta, trattandosi di una condizione di ammissibilità dell'offerta stessa.

Anche l'attuale Codice dei contratti pubblici, di cui al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, all'art. 213, comma 12 prevede che *"Resta fermo quanto previsto dall'articolo 1, comma 67, legge 23 dicembre 2005, n. 266."*, confermando quindi l'obbligo di versamento del contributo, quale causa di ammissibilità dell'offerta.

La giurisprudenza amministrativa (maggioritaria) ha avuto modo di interpretare ed applicare le diverse fattispecie relative al contributo, delineando alcuni punti fermi:

2.1 - il principio generale è così declinato: il mancato versamento, comporta l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio: in caso di omesso pagamento del contributo ANAC trova applicazione il principio per cui l'omissione non può essere *"sanata dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte poiché, come è noto, il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una "condizione di ammissibilità dell'offerta" e la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge"* (Consiglio di Stato, III, 12 marzo 2018, n. 1572) e la *"mancata allegazione dei relativi documenti è sanabile solo se l'operatore*

economico dimostri che l'adempimento ha data certa anteriore alla scadenza dell'offerta ovvero che le condizioni formalizzate poi in un documento sussistevano al momento della presentazione dell'offerta." (Consiglio di Stato, V, 30/01/2020 n. 746);

2.2 - l'omessa indicazione, negli atti di gara, dell'obbligo di versamento, in applicazione dei principi euro-unitari è una delle ipotesi eccezionali per le quali è possibile ricorrere al soccorso istruttorio, non dovendosi applicare il principio dell'eterointegrazione degli atti di gara: *"Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice"* (Corte di Giustizia 2 giugno 2016, Sesta Sezione - causa C- 27/15);

2.3 - si applica a tutti gli appalti, non solo a quelli di lavori espressamente richiamati dall'art. 1, comma 67, della legge finanziaria 2007, sia perché i poteri di ANAC si estendono per l'appunto anche agli appalti di servizi e di forniture (come in questo caso), sia perché il Bando tipo n. 1/2017 di ANAC, che ha valore vincolante per le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, concernente l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, ha confermato tale indicazione prevede, tra le condizioni di partecipazione alla procedura di gara che incidono sulla validità dell'offerta (art. 12), il versamento nei termini del contributo, che deve accompagnare l'offerta fin dalla sua presentazione; occorre dar conto di un

orientamento giurisprudenziale di segno opposto, per il quale la legge "23 dicembre 2005 n. 266 pone l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche" e che detta previsione legislativa appare comune una tipica espressione del brocardo "*in claris non fit interpretatio*" con la conseguenza che il versamento di tale contributo è caratteristica delle gare in materia di aggiudicazione della realizzazione di opere pubbliche" (Consiglio di Stato, V, 25 giugno 2018, n. 3907);

2.4 - quanto alla mancata indicazione, negli atti di gara, della sanzione espulsiva in caso di omesso versamento, la giurisprudenza è divisa tra un'applicazione rigorosa e che porta quindi all'esclusione comunque del concorrente, in quanto "*la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge*" (Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572), ed una tesa invece a favore il principio della massima partecipazione.

Per quest'ultima, è famosa la sentenza del Consiglio di Stato, V, 19/04/2018, n. 2386 la quale, richiamando anche la posizione della Corte di Giustizia, ha ritenuto conforme ai principi euro-unitari la possibilità di procedere con il soccorso istruttorio qualora, a fronte di un omesso versamento del contributo ANAC, la legge di gara non preveda in modo espresso l'esclusione del concorrente: "*sul punto va ancora una volta richiamata in senso contrario la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Con una recente pronuncia il giudice europeo ha infatti ritenuto conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza nella materia dei contratti pubblici un meccanismo di soccorso istruttorio (allora previsto dall'art. 38, comma 2-bis, del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) inteso a salvaguardare la partecipazione alla procedura di affidamento in caso di irregolarità essenziali, purché ciò non avvenga in caso di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione o sia così consentito all'operatore economico di formulare nella sostanza una nuova offerta (cfr. Corte di giustizia*

UE, sentenza 28 febbraio 2018, C 523/16 e C 536/16 - MA.T.I. SUD s.p.a.).

Ebbene, simili evenienze non sono configurabili nel caso di mancato versamento del contributo ai favore dell'ANAC, laddove non richiesto a pena di esclusione dalla normativa di gara, dal momento che tale adempimento non inerisce «all'offerta economica e all'offerta tecnica», per il quale la regolarizzazione della domanda di partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 è preclusa (nella versione risultante dalle modifiche introdotte con il correttivo al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, con funzione di chiarificazione rispetto alla versione originaria).";

2.5 - quanto al chiarimento fornito da Amat, ed alle conseguenze indotte nei confronti dei concorrenti, questa è la posizione pacifica della giurisprudenza: *"per quanto i chiarimenti della Stazione appaltante non assurgano a fonte della disciplina di gara (cfr. Sez. V, 28 maggio 2015, n. 2671), vale il principio della necessaria salvaguardia dell'affidamento indotto negli interessati di buona fede (cfr. Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981), in coerenza con i canoni della leale cooperazione e del favor per la più ampia partecipazione alle gare pubbliche (principi sui quali si veda, più ampiamente, V, 26 settembre 2013, n. 4760; 8 novembre 2012 n. 5692, nel senso, appunto, che l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla Stazione appaltante di escludere dalla gara un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità alle previsioni della legge di gara o al facsimile di offerta da essa stessa approntato, potendo eventuali parziali difformità costituire oggetto di richiesta d'integrazione; 26 gennaio 2011, n. 550, nel senso che l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della Stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura, così come non è ammissibile l'iscrizione in capo al concorrente delle conseguenze negative di un errore indotto dalla disciplina di gara*

o dal comportamento tenuto dall'Amministrazione appaltante; nello stesso senso v. infine 18 dicembre 2008, n. 6316)." (Consiglio di Stato, V, 2.12.2015, n. 5454).

3 - La gara in esame

Dalla breve ricostruzione dei fatti, è pacifica (a) la pubblicazione del bando nella GURI e nella GUUE, prima dell'entrata in vigore del D.L. "Rilancio", (b) la risposta positiva fornita da Amat al quesito del concorrente sulla sua applicabilità, pur trattandosi di *"normativa sopraggiunta successivamente all'indizione della gara."*, il che fa comunque comprendere che il bando è stato pubblicato prima, pur in assenza di data sul sito Amat e, infine, (c) l'omesso versamento da parte del concorrente richiedente, mentre l'altro lo ha effettuato.

La situazione è quanto mai delicata, atteso anche il non univoco orientamento della giurisprudenza, specie sull'applicazione del soccorso istruttorio ad una gara in cui il mancato versamento non è sanzionato con l'esclusione, come in questo caso.

D'altra parte, ritengo che la tutela della buona fede del concorrente, ingenerata sia dalla risposta di Amat che dalla situazione contingente, con il susseguirsi di decretazione d'urgenza, spesso preceduta da annunci e/o prese di posizione (come la Delibera numero 289 di ANAC del 1° aprile 2020), debba essere adeguatamente considerata.

Di contro, è pur vero che l'altro unico competitor ha provveduto a versare il contributo, per cui ha interpretato in modo corretto le regole del bando di gara, alla luce del D.L. Rilancio.

In sostanza, è pur vero che in forza del principio di autoresponsabilità, che deve connotare la partecipazione alle gare da parte degli operatori economici, si potrebbe escludere il concorrente inadempiente, ma è innegabile che l'errore in cui è caduto potrebbe essere stato generato dal chiarimento fornito da Amat, seppur ondivago, laddove si riferisce alla antecedente pubblicazione del bando rispetto all'entrata in vigore del decreto.

A ciò si aggiunga che il quesito richiama, nella sua formulazione, sia la delibera ANAC che il DL Rilancio, con ciò lasciando intendere una prospettiva del concorrente volta a dar quasi per scontata l'esenzione dal pagamento.

In questa predisposizione, la risposta di Amat ha quindi dato conferma a quanto ipotizzato dal concorrente.

Un'ultima annotazione: per Amat, l'ammissione del concorrente, come già espresso dalla Commissione di gara, ha il vantaggio di allargare la platea dei concorrenti, altrimenti limitata ad uno solo, favorendo in questo modo la concorrenza.

A disposizione per qualsiasi chiarimento, voglia accogliere il mio più cordiale saluto.

Avv. Giuseppe Rusconi

RUSCONI GIUSEPPE
Avvocato
09.07.2020 08:00:16
UTC

Oggetto: POSTA CERTIFICATA: Amat spa - Taranto - Parere relativo alla gara per la fornitura di gasolio per autotrazione

Mittente: "Per conto di: giuseppe.rusconi@lecco.pecavvocati.it" <posta-certificata@sicurezzapostale.it>

Data: 09/07/2020 11.41

A: <amat@pec.amat.ta.it>

Messaggio di posta certificata

Il giorno 09/07/2020 alle ore 11:41:17 (+0200) il messaggio "Amat spa - Taranto - Parere relativo alla gara per la fornitura di gasolio per autotrazione" è stato inviato da "giuseppe.rusconi@lecco.pecavvocati.it" indirizzato a:

amat@pec.amat.ta.it

Il messaggio originale è incluso in allegato.

Identificativo messaggio:

opec2105.20200709114117.02630.30.1.211@sicurezzapostale.it

— postacert.eml —

Oggetto: Amat spa - Taranto - Parere relativo alla gara per la fornitura di gasolio per autotrazione

Mittente: <giuseppe.rusconi@lecco.pecavvocati.it>

Data: 09/07/2020 11.41

A: <amat@pec.amat.ta.it>

Alla cortese attenzione dell'ing. Massimo Dicecca - Rup

Gentili signori,
trasmetto in allegato il parere richiesto.
Cordiali saluti.

Avv. Giuseppe Rusconi
Studio Legale RUSCONI & PARTNERS

P.I.: 03131730131 | www.rusconiepartners.eu

Via Balicco 61 - 23900 Lecco | Italia

T +39 0341 28 42 59 - F +39 0341 28 68 51

Via V. Monti, n.8 - 20123 Milano

T +39 02 467 127 02

Via Savoia 78 - 00198 Roma

T +39 06 85237439 - F +39 06 85350187

Indirizzo mail: giuseppe.rusconi@rusconiepartners.eu

Indirizzo pec: giuseppe.rusconi@lecco.pecavvocati.it

Dichiarazione di riservatezza: Il contenuto di questo messaggio e dei suoi allegati è rivolto unicamente al

destinatario o ai destinatari. Se lei non è il destinatario indicato nel messaggio o se questo messaggio le è stato inviato per errore, non deve leggere, comunicare, riprodurre, distribuire, divulgare o diversamente usare questa trasmissione. La consegna di questo messaggio a qualsiasi persona diversa dal destinatario o dai destinatari voluti non costituisce in alcun modo rinuncia di privilegio o riservatezza. Se lei ha ricevuto questa trasmissione per errore, la preghiamo di segnalarlo al mittente tramite posta elettronica di risposta; le chiediamo inoltre di cancellare immediatamente questo messaggio ed i suoi eventuali allegati

— Allegati: —

daticert.xml	895 bytes
postacert.eml	285 kB
Parere AMAT 09.07.2020_signed.pdf	200 kB