

A.S.P.
VALLONI MARECCHIA
Azienda di Servizi alla Persona

Adunanza del 16.01.2023
N. 1 del Registro

L'anno duemila ventitrè (2023) il giorno Lunedì sedici Gennaio - alle ore 11:00 - in Rimini, nella Sede dell'Ente.

A seguito di convocazione effettuata con lettera di invito Prot. n. 0000189 del 12/01/2023, consegnata a tutti i componenti nei modi e termini prescritti, si è riunito il Consiglio di Amministrazione per l'esame degli oggetti posti all'ordine del giorno e risultanti dal relativo avviso.

Sono presenti i signori:

1. Stefano Vitali
2. Andrea Novelli
3. Fabio Scarpellini

Presidente
Vice Presidente
Consigliere

Totale presenti n.3 - Totale assenti n. 0

Costatato legale il numero degli intervenuti, si dichiara aperta la seduta, alla quale partecipa il Responsabile del Settore AA.GG. e Patrimonio, Dott.ssa Sofia Catania, con funzioni di segretario verbalizzante.

Partecipano altresì alla seduta il Responsabile del Settore Finanziario, Dott. Massimo Casadei e il Responsabile del Settore Servizi alla Persona, Dott.ssa Manuela Graziani.

OGGETTO N.1 VALLONI MARECCHIA

APPALTO DI SERVIZI FINANZIARI RELATIVI ALLA CONCESSIONE DI UN MUTUO A TASSO FISSO FINALIZZATO ALL'ESTINZIONE TOTALE DI UN MUTUO PRESENTE NEL PORTAFOGLIO DI DEBITO DELL'ASP VALLONI MARECCHIA CON SURROGAZIONE NELLA GARANZIA IPOTECARIA. ANNULLAMENTO D'UFFICIO IN AUTOTUTELA DELL'AGGIUDICAZIONE.

Asp Valloni Marecchia. Appalto di servizi finanziari relativi alla concessione di un mutuo a tasso fisso finalizzato all'estinzione totale di un mutuo presente nel portafoglio di debito dell'ASP Valloni Marecchia con surrogazione nella garanzia ipotecaria. Annullamento d'ufficio in autotutela dell'aggiudicazione.

Considerato che nel "Piano degli Obiettivi 2021" approvati con Deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 13 del 15/09/2021 è indicato fra gli obiettivi attribuiti al Responsabile del Settore Servizi Finanziari la "*Pubblicazione gara per l'affidamento di servizi finanziari relativi alla concessione di un mutuo finalizzato all'estinzione totale di un mutuo presente nel portafoglio di debito dell'ASP*";

Dato atto che con Determinazione n. 9 del 29/12/2021 del Responsabile del Settore Finanziario – ufficio Ragioneria - si è proceduto all'indizione dell'appalto di servizi finanziari relativi alla concessione di un mutuo a tasso fisso finalizzato all'estinzione totale di un mutuo presente nel portafoglio di debito dell'ASP Valloni Marecchia con surrogazione nella garanzia ipotecaria mediante procedura aperta e con l'applicazione del criterio del minor prezzo individuato come spread (in punti percentuali) da aggiungere all'Interest rate Swap (IRS) e sono stati approvati i seguenti documenti di gara:

- 1) Progetto ai sensi dell'art. 23 commi 14 e 15 del Codice, con i contenuti ivi previsti, comprensivo dei seguenti documenti:
 - Relazione progettuale tecnico-illustrativa;
 - Disciplinare tecnico-prestazionale;
- 2) Bando di gara (allegato "A");
- 3) Disciplinare di gara (allegato "B");
- 4) Modello di domanda di partecipazione alla procedura (allegato "C");
- 5) Modello F23 per il pagamento dell'imposta di bollo (Allegato "D");
- 6) Modello DGUE (allegato "E");
- 7) Modello di dichiarazioni sostitutive e integrative (allegato "F");
- 8) Informativa privacy (allegato "G");
- 9) Modello offerta economica (allegato "H");

Visto che la procedura di gara è stata gestita interamente in modalità telematica ai sensi degli artt. 40, 52 e 58 del D.Lgs 50/2016, avvalendosi della Piattaforma Regionale telematica di negoziazione messa a disposizione dall'Agenzia Regionale Intercent-ER, denominata "SATER";

Dato atto che con Determinazione del Responsabile del Settore Finanziario n. 6 del 22/04/2022 – ufficio ragioneria - è stato disposto:

- di approvare i verbali di seduta pubblica n.1 e n. 2 del 19/04/2022;
- di approvare la proposta di aggiudicazione formulata in sede di gara, e per l'effetto di aggiudicare la procedura in oggetto indicata all'Operatore Economico "Banco BPM - S.p.A." con sede legale in Milano (MI), P.zza Filippo Meda n.4. C.F. 09722490969 – P.IVA 10537050964 che ha offerto uno spread pari a 0,890%. Il tasso fisso complessivo del mutuo sarà 2,29% ottenuto aggiungendo, come stabilito nella documentazione di gara, lo Spread offerto dall'Operatore "Banco BPM S.p.A." pari a 0,890 al tasso IRS 12 anni, indicato sul "Sole 24 Ore", rilevato al giorno precedente al 07/04/2022 e pertanto al 06/04/2022 pari a 1,40% (1,40% IRS rilevato in data 06/04/2022 + 0,890% spread offerto dal Banco BPM in sede di gara= 2,29%);
- di subordinare l'efficacia dell'aggiudicazione all'esito positivo delle verifiche previste dall'art. 71 del DPR n. 445/2000 sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive presentate dal concorrente in merito al possesso dei requisiti prescritti dal Disciplinare di gara ai sensi dell'art. 32, comma 7, del D.Lgs 50/2016;

- di dare atto che l'efficacia dell'aggiudicazione sarà approvata con successivo e separato atto conseguentemente alla verifica da parte dell'ASP del possesso dei requisiti come stabilito nel punto precedente;

Dato atto che con Determinazione del Responsabile del Settore Finanziario – Ufficio Ragioneria - n. 7 del 15/06/2022 è stata disposta l'efficacia dell'aggiudicazione della procedura in oggetto indicata, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del D. Lgs 50/2016, stante l'esito favorevole delle verifiche sull'autocertificazione richiamate in premessa, al “Banco BPM - S.p.A.” con sede legale in Milano (MI), P.zza Filippo Meda n. 4, C.F. 09722490969 – P.IVA 10537050964;

Visto che, successivamente all'aggiudicazione sopra citata, ci sono state varie richieste telefoniche e numerosa corrispondenza in cui l'ASP chiedeva al Banco BPM di concordare una possibile data per la stipula del contratto di mutuo;

Considerato che in data 12/10/2022, ultimo giorno utile per la stipula del contratto salvo il differimento espressamente concordato con l'aggiudicatario ai sensi dell'art. 21 del Disciplinare di gara, Banco BPM SPA ha inviato una PEC con la quale afferma:

“Spett.le Azienda,

facendo seguito alla pregressa corrispondenza, con la presente vi rappresentiamo che la perizia di stima del valore del bene oggetto di ipoteca redatta dal professionista da noi incaricato ha evidenziato un valore del bene notevolmente inferiore rispetto a quello indicato nella vostra perizia di stima del 12/11/2007 ed aggiornata il 4/02/2008 richiamata dalla documentazione di gara.

Alla luce di quanto sopra la Banca è impossibilitata ad addivenire alla stipula del contratto e ad erogare il finanziamento.

Poiché tale circostanza è conseguente ad un fatto (incapienza del bene oggetto di garanzia) non a noi imputabile, vi invitiamo a non escutere la garanzia provvisoria non essendo integrati i presupposti previsti dall'art. 93 comma 6 del d.lgs. 50/2016 e dall'art. 10 del disciplinare di gara.”;

Rilevato che successivamente a tale comunicazione sono intercorsi vari contatti tra Asp e Banco BPM (e i rispettivi legali);

Viste le tesi del Banco BPM, esposte tramite il proprio legale, di seguito sintetizzate.

- 1) Il mutuo da estinguere stipulato (importo iniziale di 7 milioni di euro) fra ASP e Credit Agricole è disciplinato dall'art. 42 del d. lgs. 385/1993 (“*testo unico bancario*” o “*t.u.b.*”), che regola il “*credito alle opere pubbliche*”. Ai sensi del comma 4 dell'articolo citato, al credito alle opere pubbliche si applica la normativa del “*credito fondiario*”; a tale disciplina è da assoggettare anche il Mutuo da stipularsi ad esito della nuova gara.

Quanto alla citata disciplina del credito fondiario l'art. 38 t.u.b. (e la relativa delibera CICR di attuazione del 22 aprile 1995) fissano un limite di finanziabilità nei seguenti termini: *i)* fino all'80% del valore dei beni ipotecati; *ii)* fino al 100%, qualora vengano prestate garanzie integrative. Il limite di finanziabilità va, comunque, individuato nel valore cauzionale effettivo dell'immobile, inteso come presumibile valore di realizzo in asta giudiziaria. La violazione del limite di finanziabilità determina la nullità del contratto di mutuo per violazione di norme imperative, ai sensi dell'art. 1418 c.c. e, per la Banca, anche un illecito sanzionabile dall'Autorità di Vigilanza (la Banca Centrale Europea) per violazione dei canoni di sana e prudente gestione dell'attività bancaria.

La medesima linea di ragionamento rimarrebbe valida – secondo la Banca – anche ove si ipotizzasse la stipula di un Mutuo secondo la forma del mutuo ordinario: anche in tal caso il valore cauzionale dell'immobile costituirebbe un vincolo ineludibile, posto che i criteri di sana e prudente gestione dell'attività bancaria non consentono di concedere mutui per un valore superiore al valore cauzionale.

Da una nuova perizia di stima dell'immobile del Settembre 2022 fatta redigere dal BPM sarebbe risultato un valore del bene oggetto di ipoteca sensibilmente inferiore a quello

determinato dalla perizia acquisita dalla precedente banca mutuante e ciò avrebbe determinato per Banco BPM la possibilità di finanziare ASP solo per un importo “in conformità al limite di finanziabilità rispetto al valore cauzionale dell’immobile”.

- 2) L’art. 3 del disciplinare tecnico prestazionale di gara (il “Disciplinare”) prevede che *“il costo globale applicabile all’operazione non potrà essere superiore a quello determinato ai sensi della Determina del Dipartimento del Tesoro – Direzione seconda del 02 dicembre 2021 ID:4241775”* (la “Determina”). Ai sensi della Determina il costo globale annuo dei mutui, da stipulare a tasso fisso, non può essere superiore, per i mutui fino a 20 anni, all’*interest rate swap* (“IRS”) 12 anni + 1,15%. Pertanto, il valore dello *spread* posto a base di gara, su cui effettuare il ribasso, è del 1,151%. L’effettivo piano di ammortamento del finanziamento da allegare al contratto di Mutuo deve essere quello *“risultante dal valore dello spread offerto in sede di gara dall’aggiudicatario (comunque inferiore al valore posto a base di gara pari al 1,151%) da aggiungere all’IRS 12 anni rilevato alla data dell’ultimo giorno lavorativo bancario precedente del giorno fissato per la presentazione delle offerte indicato sul «Sole 24 ore».*

Secondo Banco BPM, le previsioni del Disciplinare nella parte in cui prevedono che lo *spread* offerto dalla banca sia *“da aggiungere all’IRS 12 anni rilevato alla data dell’ultimo giorno lavorativo bancario precedente del giorno fissato per la presentazione delle offerte”* sono da reputarsi illegittime per contrarietà alle previsioni della Determina, che invece espressamente stabilisce che *“i tassi Swap sono i tassi verso Euribor riportati alla pagina EURSFIXA= del circuito Reuters del giorno precedente la stipula del contratto”.*

Ne deriverebbe – secondo Banco BPM – che la previsione dell’art. 3 del Disciplinare è una clausola nulla e improduttiva di effetti proprio perché contrastante con la predetta norma regolamentare di cui alla citata determina MEF del 2021.

Considerato che il Banco BPM ha presentato delle proposte per poter ugualmente procedere alla stipula del contratto di seguito indicate:

- 1) Formalizzare a favore di BPM una cessione in garanzia dei crediti che l’Asp vanta verso il Comune di Rimini (o comunque un’altra forma tecnica che consenta di porre detti crediti a garanzia del rimborso del finanziamento) e quindi ipotizzare la stipula di un mutuo entro i limiti di finanziabilità previsti per legge e, per il residuo, la contestuale stipula di un collegato mutuo chirografario.
- 2) ASP dovrebbe applicare, quanto a tempistiche e modalità di rilevazione dei tassi, direttamente le previsioni della Determina del Dipartimento del Tesoro – Direzione seconda del 02/12/2021 ID:4241775 che il disciplinare tecnico-prestazionale espressamente richiama.

Ritenuto che l’ASP non possa accogliere le proposte sopra citate del Banco BPM in quanto, nelle gare pubbliche vige il divieto comunitario di rinegoziazione delle offerte, ovvero *“dopo che l’aggiudicatario è stato nominato e informato e prima della firma del contratto di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici non possono negoziare nessuno degli elementi essenziali dell’appalto. Tali elementi includono, ma senza limitazione, prezzo, natura dei lavori/delle forniture/dei servizi, periodo di completamento, termini di pagamento o materiali da utilizzare. Questo tipo di negoziazione è vietato in quanto modifica la natura dell’appalto pubblicato, il che significa che gli altri offerenti non hanno avuto la possibilità di formulare un’offerta per l’appalto modificato”* (Commissione Europea, «Orientamenti in materia di appalti pubblici per professionisti su come evitare gli errori più comuni nei progetti finanziati dai Fondi strutturali e d’investimento europei», febbraio 2018, pag. 102). Pertanto, non vi può essere alcun margine discrezionale per la stazione appaltante tra la fase di aggiudicazione e la stipula del contratto, non potendo esso divergere in maniera sostanziale rispetto a quanto contenuto nell’offerta risultata aggiudicataria. Anche la giurisprudenza è concorde nel precisare che *“ammettere la possibilità di rinegoziare successivamente all’aggiudicazione le condizioni sulla cui base è stata condotta la gara, in sede di stipula del contratto, condurrebbe alla paradossale conseguenza di consentire una indeterminata possibilità di modifica, e per le più svariate ragioni, agli aggiudicatari, che durante lo svolgimento*

della gara sarebbero indotti al confezionamento di offerte a minimi livelli al solo fine di conseguire la favorevole conclusione della procedura di selezione, salvo poi, attraverso postume negoziazioni delle condizioni contrattuali, recuperare condizioni più vantaggiose, sotto il profilo del prezzo, del contenuto delle prestazioni o delle modalità di esecuzione della stessa” (ex multis, TAR Piemonte, sentenza 1226/2021 del 29.12.2021);

Dato inoltre atto che, come fatto rilevare anche da BPM nel corso dei contatti intervenuti, è ormai irrimediabilmente trascorso il termine di cui all’art. 32, comma 8, D.Lgs. 50/2016, a mente del quale *“divenuta efficace l’aggiudicazione, e fatto salvo l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell’invito ad offrire, ovvero l’ipotesi di differimento espressamente concordata con l’aggiudicatario, purché comunque giustificata dall’interesse alla sollecita esecuzione del contratto. [...] Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l’aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto”*. Tale termine era fissato dalla *lex specialis* di gara in 180 giorni dal conseguimento dell’efficacia dell’aggiudicazione, termine già scaduto; in ogni caso la Banca, nelle comunicazioni e negli incontri intercorsi, ha chiarito che non avrebbe sottoscritto il contratto per come richiesto dalla stazione appaltante;

Evidenziato che l’ASP ha richiesto un parere al Prof. Avv. Andrea Vicari, Ordinario di Diritto Commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano circa la possibile “convenienza” di ASP di intentare una causa a Banco BPM al fine di escutere la polizza fideiussoria e di pretendere l’eventuale maggior danno alla Banca alla luce dei fatti intercorsi;

Visto il parere dell’Avv. Andrea Vicari pervenuto al Prot. 0000259 del 16/01/2023 in base al quale *“i vari e differenti argomenti illustrati dal Banco BPM (e dai suoi legali) e da ASP (e dai suoi legali), relativi a molteplici profili della fattispecie e della disciplina rilevanti, sono suscettibili di diverse, opposte, valutazioni e non consentono di poter allo stato sostenere – con un ragionevole grado di certezza – che, ove ASP avviasse un contenzioso, essa risulterebbe verosimilmente vittoriosa in sede di giudizio, in primo grado oppure nei gradi successivi.*

D’altra parte, come anticipato dai legali di Banco BPM, anche talune condotte di ASP potrebbero venire contestate nel processo e non sono, quindi, da escludere, (e, anzi, sono state paventate) possibili contro-pretese della Banca.

La materia è estremamente tecnica e, si caratterizza per un grado limitato di approfondimento da parte degli studiosi, con la conseguenza che non è agevole prevedere, anche alla luce delle peculiarità del caso concreto, quale potrebbe essere la risposta della corte interessata dal possibile contenzioso.

Alla luce di quanto sopra non sono, quindi, in grado di concludere nel senso che un possibile giudizio avviato da ASP nei confronti di Banco BPM sia da qualificarsi come “conveniente”;

Ritenuto:

- che le proposte fatte dal Banco BPM siano da considerarsi modifiche sostanziali, in quanto alterano considerevolmente le condizioni iniziali ed essenziali dell’appalto e divergono in maniera sostanziale rispetto a quanto contenuto nell’offerta risultata aggiudicataria;
- di non poter accogliere, visto che nelle gare pubbliche vige il divieto comunitario di rinegoziazione delle offerte, le proposte fatte dal Banco BPM in quanto divergono in maniera sostanziale rispetto a quanto contenuto nell’offerta risultata aggiudicataria . La gara in oggetto può essere pertanto dichiarata definitivamente senza esito non essendo stata presentata alcuna offerta appropriata, ex art. 63, comma 2, lett. a). D.lgs 50/2016;
- che, per i motivi sopra citati, ci siano le condizioni per procedere all’annullamento d’ufficio, ai sensi dell’art. 21- nonies della legge 07/08/1990 n.241, in autotutela della Determinazione del Responsabile del Settore Finanziario n. 6 del 22/04/2022 e n. 7 del 15/06/2022 con le quali è stato aggiudicato all’operatore BPM l’appalto di servizi finanziari relativi alla concessione di

un mutuo a tasso fisso finalizzato all'estinzione totale di un mutuo presente nel portafoglio di debito dell'ASP Valloni Marecchia con surrogazione nella garanzia ipotecaria CIG: 9042016BA4 in quanto l'offerta presentata da BPM non risulta appropriata;

- di autorizzare il Responsabile del Settore Finanziario ad effettuare tutti gli atti necessari per procedere all'annullamento d'ufficio delle Determinazioni n. 6 e 7 citate nel punto precedente;
- di prendere atto del parere Prof. Avv. Andrea Vicari, Ordinario di Diritto Commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano e di svincolare la garanzia fideiussoria provvisoria presentata dal Banco BPM per la partecipazione alla gara.

IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

All'unanimità

DELIBERA

- 1) Le premesse sono da intendersi parte integrante e sostanziale del presente atto.
- 2) Di non poter accogliere, visto che nelle gare pubbliche vige il divieto comunitario di rinegoziazione delle offerte, le proposte fatte dal Banco BPM indicate in premessa in quanto divergono in maniera sostanziale rispetto a quanto contenuto nell'offerta risultata aggiudicataria. La gara in oggetto può essere pertanto dichiarata definitivamente senza esito non essendo stata presentata alcuna offerta appropriata, ex art. 63, comma 2, lett. a). D.lgs 50/2016.
- 3) Di autorizzare il Responsabile del Settore Finanziario ad effettuare tutti gli atti necessari per procedere all'annullamento d'ufficio, ai sensi dell'art. 21- nonies della legge 07/08/1990 n.241, in autotutela delle proprie Determinazioni n. 6 del 22/04/2022 e n. 7 del 15/06/2022 con le quali è stato aggiudicato all'operatore Banco BPM l'appalto in oggetto.
- 4) Di prendere atto del parere Prof. Avv. Andrea Vicari, Ordinario di Diritto Commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano e di procedere allo svincolo della garanzia fideiussoria provvisoria presentata dal Banco BPM per la partecipazione alla gara.
- 5) Di dichiarare la presente deliberazione immediatamente eseguibile.
- 6) Di pubblicare la presente deliberazione per 15 giorni consecutivi all'Albo Pretorio dell'Azienda ASP "Valloni Marecchia".

Letto, approvato e sottoscritto.

Il Responsabile AA.GG. e Patrimonio
Sofia Catania

Il Presidente
Stefano Vitali