

Parere n. 18 del 26 gennaio 2011

PREC 247/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Interm Installazioni Termomeccaniche srl - Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di rifacimento dei terrazzi di copertura dei fabbricati n.909 e 912 Caserma Mameli - Importo a base d'asta €767.000,00 – S.A.: Ministero della Difesa

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 1 ottobre 2010 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe indicata, con la quale la società Interm Installazioni Termomeccaniche srl ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito all'esclusione dalla gara indicata in oggetto, per aver effettuato il pagamento del contributo all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture mediante bollettino postale anziché attenersi alle modalità di pagamento fissate dalla stessa Autorità e indicate a pena di esclusione nella *lex specialis*.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la legittimità del proprio operato, precisando di essersi conformata, nel redigere la *lex specialis*, alle nuove disposizioni dell'Autorità, in vigore dal 1.5.2010, che consentono di effettuare il predetto pagamento o *on line* mediante carta di credito o in contanti mediante modello di pagamento rilasciato dal servizio di riscossione. Per tale ragione il Ministero ha disposto nel disciplinare di gara, a pena di esclusione, che i concorrenti effettuassero il versamento in questione secondo le modalità sopra indicate (art.3).

Secondo il Ministero, la legittimità di tale previsione sarebbe confermata dalla lettura del Comunicato del Presidente dell'Autorità, con cui le stazioni appaltanti sono state invitate a consentire la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica anche a quelle imprese che nei giorni compresi tra il 29 ed il 30 luglio 2010 avessero eseguito il versamento dovuto a mezzo di bollettino di conto corrente postale, e ciò anche in presenza di clausole del bando che dispongono l'esclusione dalla gara in caso di versamento eseguito con modalità difformi da quelle previste nelle istruzioni operative in vigore. Secondo il Ministero, infatti, "*da ciò si desume agevolmente che l'Autorità esprimendosi in questi termini, abbia riconosciuto pacificamente la legittimità di clausole siffatte ed abbia ravvisato la necessità di invitare le stazioni appaltanti a derogare ai propri dettami solo ed esclusivamente in quel breve frangente temporale per via della difficoltà di natura tecnica presenti nel servizio di riscossioni contributi del proprio sito*".

La società Nomentana srl, aggiudicataria definitiva della gara *de qua*, ha condiviso le argomentazioni della stazione appaltante: difatti, dopo aver richiamato la specifica disciplina dettata dalla *lex specialis* sul punto, precisa che essendo stata la gara in oggetto bandita nel luglio del 2010,

ossia dopo l'entrata in vigore delle nuove regole di pagamento del contributo, quest'ultimo doveva essere effettuato tassativamente secondo le nuove prescrizioni, ma non anche a mezzo del servizio postale.

Ritenuto in diritto

E' controverso l'operato della stazione appaltante relativamente all'esclusione della società Intern Installazioni Termomeccaniche srl per non aver effettuato il pagamento del contributo a favore dell'Autorità secondo le modalità prescritte dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

Ai fini della soluzione della questione, va innanzitutto osservato che la corresponsione del contributo in oggetto è dovuta ai fini dell'ammissione alla gara in ossequio all'art. 1, comma 67, legge n. 266/2005, che ha stabilito "*l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta*". L'omesso versamento costituisce quindi causa di esclusione (o di non ammissione) prevista direttamente dalla legge e, come tale, ribadita dall'Autorità nella citata deliberazione, che disciplina nel dettaglio l'ammontare del contributo e le relative modalità di riscossione. Di contro, la predetta norma legislativa non dispone, a pena di esclusione, alcun onere formale o procedurale circa i tempi e le modalità di prova dell'avvenuto pagamento né un simile onere si rinviene nella deliberazione dell'Autorità del 15.2.2010, che all'art. 4 prevede l'esclusione solo in caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento. Resta, quindi, da chiarire se il versamento effettuato secondo modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità costituisca causa di esclusione oppure rappresenti una mera irregolarità formale della procedura. Al riguardo l'Autorità, pur confermando l'essenzialità del pagamento del contributo di cui trattasi da parte del concorrente ai fini dell'ammissione alla gara, ha ritenuto che un inadempimento meramente formale non può essere considerato dalla stazione appaltante nel bando di gara *sic et simpliciter* causa di esclusione, senza procedere ad un previo accertamento dell'effettivo versamento dell'importo dovuto all'Autorità, in quanto l'esclusione dalla gara rappresenta un atto dovuto ogni qual volta che si presenti un inadempimento di tipo sostanziale, consistente nel mancato pagamento delle contribuzioni dovute all'Autorità, e non un inadempimento di tipo formale (cfr. AVCP pareri n.8 del 14.1.2010, n.67 del 25.3.2010, n.225 del 16.12.2010).

Ne deriva che se è corretto riportare nella *lex specialis* il contenuto delle istruzioni operative concernenti il versamento del contributo all'Autorità, prevedendo, altresì, l'esclusione in caso di mancato pagamento, non è, invece, corretto prevedere la medesima sanzione nel caso di violazione meramente formale delle predette istruzioni. Osta a ciò, da un lato, il principio di stretta interpretazione della cause di esclusione dalle gare pubbliche – avendo previsto il legislatore l'esclusione solo in caso di mancato versamento del contributo – e dall'altro, i principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa – che sarebbero violati se la stazione appaltante non distinguesse, all'interno della *lex specialis*, tra inadempimenti di tipo sostanziale, comportanti l'esclusione del concorrente, ed inadempimenti di tipo formale, non aventi le stesse conseguenze dei primi (cfr. TAR Lombardia Brescia, sez. I, sentenza n. 487 del 7.5.2008).

L'orientamento espresso dall'Autorità è condiviso dalla giurisprudenza amministrativa, la quale - dopo aver ricordato che la disciplina dell'affidamento degli appalti pubblici è governata dai principi di derivazione comunitaria in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, che vedono quale corollario i principi di massima partecipazione alle pubbliche gare e, quindi, di tassatività delle cause di esclusione - ha precisato che queste ultime "*possono essere legittimamente apposte dal legislatore nazionale, ovvero dalle singole stazioni appaltanti mediante una espressa clausola del bando, solo ove sorrette da un apprezzabile interesse pubblico nazionale riferito allo svolgimento della gara, ovvero alla successiva esecuzione del contratto, ovvero alla garanzia di par condicio dei concorrenti, purché alla stregua di canoni di ragionevolezza,*

adeguatezza e proporzionalità”(cfr. TAR Lazio Roma, sez. II bis, sentenza n. 4893 del 7.5.2009). Conseguentemente, secondo il TAR “*la norma relativa al pagamento del contributo all’Autorità di vigilanza ai fini della partecipazione alle gare d’appalto tutela un interesse erariale a contenuto economico-finanziario, connesso alle esigenze di copertura delle spese (generalmente e di funzionamento) dell’Autorità di vigilanza, e traduce tale interesse in una nuova imposizione di carattere fiscale a carico delle imprese interessate, mediante la pretesa sostanziale all’ottenimento del pagamento a pena di esclusione dalla gara. La previsione della medesima norma, viceversa, non si traduce né può tradursi, in conformità ai descritti principi comunitari e costituzionali ed all’ormai consolidata giurisprudenza in materia di possibilità di regolarizzazione degli oneri fiscali e di bollo (per molti versi analoghi al contributo in esame), nella previsione di filtri formali insuscettibili di regolarizzazione formale e quindi capaci di causare l’esclusione di imprese che comunque adempiono al previsto onere contributivo e che sono inoltre in possesso dei prescritti requisiti economici e professionali, e che consentirebbero dunque di estendere la competizione per la scelta della migliore offerta”.*

Venendo al caso di specie, se è vero che la *lex specialis* sanziona con l’esclusione il pagamento del contributo in esame con modalità difformi da quelle prescritte dall’Autorità, non può farsi a meno di rilevare che simile previsione non è corretta ed anzi si pone in contrasto con i principi di derivazione comunitaria, che regolano la materia degli affidamenti degli appalti pubblici sopra richiamati. La stazione appaltante, infatti, si è determinata nel senso sopra indicato basandosi su un’erronea interpretazione della delibera dell’Autorità del 15.2.2010, la quale nell’imporre il pagamento del contributo o *on line* mediante carta di credito o in contanti mediante modello di pagamento rilasciato dal servizio di riscossione, non dispone che debba procedersi all’esclusione dei concorrenti che abbiano pagato in modo diverso il contributo in questione. Conseguentemente, l’esclusione che ha come suo presupposto la suddetta prescrizione della *lex specialis* non è conforme ai principi che regolano la materia dell’affidamento degli appalti pubblici.

Quanto al Comunicato del Presidente, si osserva che quest’ultimo è stato emanato, esclusivamente, per evitare che disfunzioni del sistema informatico dell’Autorità, registrate nel periodo dal 29 al 30 luglio 2010, potessero compromettere la partecipazione a procedure ad evidenza pubblica, e non è, quindi, corretto far derivare da esso un qualsiasi avallo dell’Autorità circa una specifica clausola contenuta in un bando o in un disciplinare di gara.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’esclusione dalla gara della società Interm Installazioni Termomeccaniche srl non sia conforme ai principi che regolano la normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2011

Il Segretario: Maria Esposito