

Parere n.114 del 22/12/2014

PREC 216-14-S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla società R.D. Ambiente S.r.l. – “Affidamento dell’esecuzione dei lavori di sistemazione II° tratto Via S.Rocco ” - Importo a base di gara: € 157.138,20 – S.A.:
Comune di Presenzano (CS)

Contributo all’Autorità - mancato pagamento del contributo all’Autorità – clausola del bando che sancisce l’insussistenza in capo ai concorrenti di alcun obbligo contributivo nei confronti dell’Autorità - esclusione – illegittimità – principio di tutela dell’affidamento del concorrente – principio di *favor participationis*

Qualora la *lex specialis* contenga una clausola secondo cui non è dovuto alcun contributo all’Autorità, il concorrente che non abbia versato il contributo, confidando nella legittimità della clausola, non può essere poi escluso dalla partecipazione alla procedura per tale mancato versamento. È, infatti, costante ed ormai consolidato l’orientamento che, a tutela del legittimo affidamento ingenerato dall’erronea clausola del bando e della massima partecipazione alle gare, secondo cui l’errore commesso dalla stazione appaltante non può produrre effetti lesivi sul concorrente, né può determinarne l’esclusione dalla partecipazione alla gara.

Articolo 1, commi 65 e 67 della l. n. 266/2005

Articolo 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 18 giugno 2014 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale la società R.D. Ambiente S.r.l. ha rappresentato di essere stata esclusa dalla procedura di gara in oggetto per mancato pagamento del contributo dovuto all’Autorità ai fini della partecipazione alle gare.

In particolare, la commissione di gara, nella seduta del 14 maggio 2014, aveva escluso l’odierna istante - nonché la società Edilstia S.r.l. - per omesso versamento del contributo di gara, in quanto esso costituisce adempimento necessario, a pena di esclusione, in capo al concorrente.

La società R.D. Ambiente, in seguito alla comunicazione dell’esclusione, aveva contestato il provvedimento alla stazione appaltante e richiesto la riammissione alla gara, richiamando la clausola del bando di gara, alla sezione XI.2.1, lettera Q) che recitava “Nessun contributo è dovuto dai partecipanti a favore dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici”: una clausola che, secondo l’istante, aveva ingenerato in errore i concorrenti sull’insussistenza dell’obbligo contributivo.

Il Comune, dal suo canto, aveva riscontrato sostenendo che il mancato pagamento della contribuzione dovuta all’Autorità costituisce di per sé causa di esclusione dalle procedure di gara e, conseguentemente, a prescindere dal fatto che la legge di gara preveda o meno tale obbligo, i concorrenti sono ad esso tenuti; aggiungendo altresì che, sebbene il bando prevedesse che nessun contributo fosse dovuto in favore dell’Autorità, lo stesso riportava comunque l’importo a base di gara ed il codice CIG, dati dai quali il concorrente avrebbe potuto calcolare l’ammontare del contributo dovuto, così come avevano fatto altri concorrenti alla procedura. Sulla base di tali argomentazioni, la richiesta di riammissione alla gara veniva rigettata.

La società istante e la stazione appaltante sono state formalmente avvisate dell’istruttoria con nota di questa Autorità del 9 settembre 2014.

Conseguentemente, le parti hanno fatto pervenire le loro memorie difensive, confermando le reciproche posizioni.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica sottoposta all'attenzione dell'Autorità presuppone la valutazione della legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti di un concorrente che non abbia provveduto al versamento del contributo dovuto all'Autorità per la partecipazione alle gare, qualora nella *lex specialis* sussista una clausola che dispone l'insussistenza di alcun obbligo contributivo ai fini della partecipazione alla procedura.

Come noto, l'articolo 8, comma 12, del d.lgs. n. 163/2006 prevede che, "all'attuazione dei nuovi compiti, l'Autorità fa fronte senza nuovi e maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, ai sensi dell'articolo 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266", norma alla stregua della quale, "l'Autorità, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento, determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione."

Proprio in ragione di tale quadro normativo, l'omesso versamento del contributo previsto ai fini della partecipazione alle gare, in violazione delle menzionate disposizioni, costituisce causa di esclusione dalle procedure e, dunque, rientra nella fattispecie di cui all'articolo 46, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, che subordina l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara al verificarsi del mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice, dal regolamento attuativo e da altre disposizioni di legge vigenti (*cf.* AVCP, *determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012*).

L'Autorità, per l'anno 2014, ha stabilito con deliberazione del 5 marzo 2014, i soggetti tenuti alla contribuzione, nonché l'importo del contributo in ragione dell'importo dell'appalto, calcolato, ai sensi dell'articolo 29 del Codice, sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, comprensivo degli oneri della sicurezza e di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto, ed ha fissato, inoltre, la soglia dell'esenzione che, in caso di operatori economici, corrisponde ad un importo a base di gara di valore inferiore ai 150.000 euro.

Nel caso di specie, sebbene l'importo del contratto fosse tale da rientrare nelle ipotesi di affidamenti soggetti all'obbligo contributivo, la stazione appaltante aveva inserito nel bando di gara una clausola di contenuto contrario, alla stregua della quale: "Nessun contributo è dovuto dai partecipanti a favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici" (sezione XI.2.1, lettera Q). Tuttavia, nonostante la portata della clausola in questione aveva poi proceduto all'esclusione dell'odierno istante, che invece, confidando in tale prescrizione, non aveva provveduto al versamento dovuto.

La scelta operata dall'amministrazione comunale appare non corretta, in quanto costituisce violazione del principio generale che tutela l'affidamento incolpevole dei concorrenti rispetto alle regole di gara e agli adempimenti doverosi in esse contenuti.

Infatti, sebbene l'Autorità abbia più volte chiarito la portata vincolante dell'obbligo contributivo ed il suo effetto preclusivo ai fini della partecipazione alle procedure di gara ai sensi dell'articolo 46, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, una clausola della *lex specialis*, come quella inserita nel bando in esame, che specifica l'insussistenza dell'obbligo contributivo in favore dell'Autorità, può chiaramente aver ingenerato nei concorrenti il dubbio che la procedura fosse esente dalla contribuzione.

Pertanto, nella fattispecie controversa prospettata dall'istante, si ritiene applicabile il consolidato orientamento di questa Autorità per cui la tutela dell'affidamento e la correttezza dell'azione amministrativa impediscono che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla gara. Ne consegue, dunque, che le stazioni appaltanti non possono sanzionare con l'esclusione dalla gara un concorrente che abbia tenuto una condotta conforme alle indicazioni, fornite dalla stazione appaltante stessa, ai fini dell'interpretazione della disciplina di gara (*cf.* Avcp, *determinazione n. 4 del 10 ottobre 2014 ed, ex multis, parere n. 139 del 20 luglio 2011, parere n. 53 dell'11 marzo 2010*).

Per tali ragioni ed al fine di garantire la maggior concorrenza possibile nella procedura, il provvedimento oggetto di contestazione appare illegittimo, non potendo ricadere sul concorrente un

errore commesso dalla stazione appaltante nella formulazione della *lex specialis*.

Né appare conferente la giustificazione addotta dalla stazione appaltante basata sul fatto che, nonostante la formulazione della *lex specialis*, altri concorrenti avevano invece proceduto al versamento contributivo. Infatti, il fatto stesso che rispetto ad un adempimento come quello in questione che, chiaramente e per definizione, presupporrebbe un'applicazione uniforme da parte di tutti i concorrenti, si siano verificati - per effetto della menzionata clausola del bando - due diversi comportamenti tra gli offerenti, è di per sé dimostrazione della capacità di indurre in errore che ha una tale formulazione della *lex specialis* e della conseguente inapplicabilità della causa di esclusione.

La stazione appaltante avrebbe dunque dovuto procedere ad una rettifica del bando nella parte in cui esclude l'obbligo contributivo, consentendo conseguentemente agli operatori economici - che confidando nella veridicità di quella clausola non avevano versato il contributo - di procedere alla relativa integrazione, ovvero, anziché procedere alla loro esclusione, consentirgli di integrare la documentazione prodotta, provvedendo al relativo pagamento entro un termine specifico e perentorio fissato dalla commissione di gara.

Pertanto, in base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, illegittimo il provvedimento di esclusione disposto nei confronti della società R.D. Ambiente S.r.l., per non aver proceduto al versamento del contributo per la partecipazione alle gare, confidando nella clausola del bando di gara che prevedeva espressamente l'insussistenza di alcun obbligo contributivo da parte dei concorrenti.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2015

Il Segretario Rosetta Greco