Parere n. 9 del 12/01/2011

PREC 209/10/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Multimedical srl - Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di forniture di deflussori e regolatori di flusso - Importo a base d'asta € 3.730.000,00 - S.A.: Estav Nord-Ovest

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 settembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale la società Multimedical srl ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla sua esclusione dalla gara indicata in oggetto, dovuta alla circostanza che la documentazione comprovante l'avvenuto versamento del contributo all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non è stata ritenuta conforme a quanto previsto dal disciplinare di gara.

L'istante rappresenta che ha partecipato alla gara *de qua* e che ha allegato il bollettino postale attestante il pagamento del contributo all'Autorità, ma la stazione appaltante ha ritenuto di dover escludere la predetta società in quanto la stessa non ha effettuato il pagamento seguendo le nuove modalità fissate dall'Autorità e richiamate dal disciplinare di gara. In particolare quest'ultimo a pag. 3 dispone che la busta 1 dovrà contenere, " *a pena di esclusione, attestazione comprovata in uno dei modi consentiti dall'Autorità, dell'avvenuto versamento del contributo dovuto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (...). L'impresa è tenuta a collegarsi al sito www.avcp.it per consultare attentamente le istruzioni operative diramate dall'Autorità in merito alle modalità di pagamento delle gare* ".

Secondo l'istante la stazione appaltante avrebbe errato nell'escluderla, in quanto non avrebbe tenuto conto che il pagamento dovuto era stato comunque effettuato con l'importo corretto ed entro la data richiesta dal bando di gara. Peraltro, l'istante lamenta la circostanza che il disciplinare di gara abbia rinviato semplicemente al sito dell'Autorità, senza riprodurre le nuove modalità di pagamento, generando in tal modo un'assenza di informazioni, che avrebbe indotto la società a presumere che il vecchio sistema di pagamento fosse ancora valido.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha precisato che, a fronte di quanto disposto a pena di esclusione dal disciplinare di gara, l'istante ha effettuato il pagamento del contributo in maniera diversa rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis*. La stazione appaltante, inoltre evidenzia che il pagamento controverso è stato effettuato in data 30.6.2010, quando erano state già pubblicate le istruzioni operative dell'Autorità, disciplinanti le seguenti procedure di pagamento del contributo in questione: *on line* mediante carta di credito; in contanti mediante modello di pagamento rilasciato dal servizio di riscossione. La stazione appaltante, infine, fa presente che l'Autorità ha previsto deroghe alle predette modalità solo per far fronte a situazioni eccezionali e che la decisione di escludere la società Multimedical srl è stata supportata anche dalla lettura della FAQ n.35 pubblicata sul sito dell'Autorità.

Ritenuto in diritto

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

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

del contributo dovuto 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).

Tale orientamento 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 (generalì 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 dalla lettura della *lex specialis* emergere la volontà della stazione appaltante di sanzionare con l'esclusione non soltanto il mancato pagamento del contributo a favore dell'Autorità, ma anche l'avvenuto pagamento con modalità difformi da quelle prescritte nel disciplinare di gara, 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.

Probabilmente tale errore deriva dall'interpretazione non corretta della delibera dell'Autorità del 15.2.2010, la quale, nell'imporre il pagamento del contributo *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. Né un'indicazione in tal senso può cogliersi dalle FAQ dell'Autorità, anzi deve tenersi presente che, superando anche i precedenti sul punto, alla domanda " *le stazioni appaltanti possono accettare il versamento del contributo mediante modalità difformi da quelle previste nelle istruzioni relative alle contribuzioni dovute?* " si è ritenuto di rispondere che " *l a stazione appaltante deve indicare nell'avviso pubblico, nella lettera di invito o nella richiesta di offerta comunque denominata che il versamento della contribuzione sia effettuato esclusivamente secondo le modalità stabilite dall'Autorità, inserendo un rimando alle istruzioni operative in vigore pubblicate all'indirizzo <http://www.avcp.it/riscossioni.html> . Qualora l'operatore economico, che partecipa alla procedura di scelta del contraente, attesti di aver effettuato il pagamento, per mero errore, mediante una modalità diversa da quella richiesta dall'Autorità, la stazione appaltante, ai fini dell'ammissione del concorrente, deve richiedere che venga effettuato un nuovo versamento con una delle modalità ammesse, ferma restando la possibilità per l'operatore economico di richiedere all'Autorità la restituzione di quanto già versato* " (FAQ D1).

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

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

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 gennaio 2011

Il Segretario: Maria Esposito