

Parere n. 92 del 10/09/2009

PREC 54/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Marsiconuovo - Servizio di tesoreria Comunale ex articolo 213 del D.Lgs. n. 267/2000 - S.A.: Comune di Marsiconuovo (PZ).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 gennaio 2009 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Comune di Marsiconuovo ha rappresentato di aver indetto la procedura di gara in oggetto, senza prevedere nella documentazione di gara l'obbligo del pagamento del contributo all'Autorità in capo ai concorrenti e senza procedere all'accreditamento della procedura stessa presso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG) ai fini del rilascio del Codice Identificativo della Gara (CIG). In particolare, trattandosi di una gara avente valore indeterminato e non essendo prevista alcuna specifica prescrizione per tali fattispecie nelle deliberazioni adottate dall'Autorità concernenti il versamento del contributo di gara Deliberazioni 10 gennaio 2007, 24 gennaio 2008, 30 luglio 2008), il Comune ha ritenuto che non sussistessero nel caso di specie i menzionati obblighi.

Tuttavia, nel corso delle operazioni di gara, uno dei due concorrenti istituti bancari, la Banca di Credito Cooperativo Monte Prugno di Roscigno e di Laurino ha rilevato che l'altra concorrente, la Banca Popolare di Bari, non avendo provveduto al versamento del contributo all'Autorità dovesse essere esclusa dalla procedura, dal momento che il pagamento in questione costituisce condizione di ammissibilità alla gara, anche nell'ipotesi in cui il bando nulla disponga in tal senso e l'importo a base d'asta sia indeterminato.

In ragione di tali contestazioni, il Comune di Marsiconuovo ha proceduto all'esclusione della Banca Popolare di Bari, per non aver effettuato il pagamento della tassa di gara, aggiudicando provvisoriamente il contratto all'altro concorrente.

Tuttavia, considerato che le omissioni poste in essere in sede di indizione della procedura di gara hanno ingenerato incertezze e dubbi in capo ai partecipanti, il Comune ha formulato un'istanza di parere al fine di conoscere l'orientamento dell'Autorità in ordine ai fatti rappresentati.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale la Banca di Credito Cooperativo Monte Pruno di Roscigno e di Laurino, aggiudicataria provvisoria, ha richiesto di ottenere l'assegnazione definitiva del contratto, sostenendo la legittimità dell'esclusione dell'istituto bancario concorrente per non aver effettuato il versamento del contributo all'Autorità.

Dal suo canto, la Banca Popolare di Bari, invece, evidenziando che la disciplina di gara prevedeva esclusivamente specifici adempimenti ai fini della partecipazione alla procedura, senza alcuna menzione dell'obbligo di versamento del contributo all'Autorità e senza alcuna indicazione del Codice CIG, identificativo della gara, ha sostenuto l'illegittimità della propria esclusione in quanto contraria ai principi di massima partecipazione e *par condicio* tra gli operatori economici.

Il mancato versamento del contributo sarebbe stato, infatti, indotto dall'erronea formulazione della disciplina di gara, priva del riferimento al contributo, nonché dalla mancata attivazione della procedura di attribuzione del Codice CIG presso il Sistema SIMOG.

Peraltro, la stessa Banca Popolare di Bari ha evidenziato che, in ogni caso, il versamento effettuato dall'istituto bancario aggiudicatario non avrebbe alcuna efficacia in quanto privo delle caratteristiche necessarie e sufficienti ad identificare la procedura di gara, essendo sullo stesso riportato esclusivamente il codice fiscale del concorrente e non anche il Codice CIG che ne consentirebbe l'ascrivibilità alla procedura in questione.

Ritenuto in diritto

La problematica sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati, attiene, da un lato, all'obbligatorietà del versamento del contributo all'Autorità ai fini della partecipazione alle procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui tale obbligo non sia

previsto nella disciplina di gara e il valore del contratto non sia determinato, dall'altro, alla necessità di attivare la procedura di attribuzione del Codice Identificativo della Gara (CIG), mediante accreditamento presso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG).

Con specifico riferimento alla questione concernente l'obbligatorietà del versamento del contributo per la partecipazione alle procedure di gara, occorre premettere che l'Autorità si è più volte pronunciata sull'argomento, sostenendo che il versamento del menzionato contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta alla procedura di gara con l'effetto che la mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento comporta l'esclusione dell'impresa concorrente, anche nell'ipotesi in cui la *lex specialis* nulla preveda in tal senso (cfr. da ultimo il parere n. 25 del 31 gennaio 2008, parere n. 189 del 19 giugno 2008, parere n. 69 dell'11 giugno 2009). E' stato, inoltre, precisato che l'onere contributivo non sussiste, invece, nelle ipotesi in cui l'importo a base d'asta sia inferiore a 150.000 euro.

In tal senso, dispongono proprio le deliberazioni che l'Autorità ha emanato in attuazione dell'articolo 1, commi 65 e 67 della Legge 23 dicembre 2005 n. 266 (Deliberazioni 10 gennaio 2007, 24 gennaio 2008, 30 luglio 2008), alla stregua delle quali gli operatori economici che intendono partecipare a procedure di scelta del contraente sono tenuti al pagamento della contribuzione quale condizione di ammissibilità alla procedura di selezione, nonché devono dimostrare, al momento della presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione, in quanto la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara.

Né l'obbligo di contribuzione viene meno nelle ipotesi in cui non vi sia alcuna prescrizione in tal senso nella disciplina di gara dal momento che, come più volte affermato dall'Autorità in precedenti pronunce (più recentemente, cfr. parere n. 25 del 31 gennaio 2008, parere n. 189 del 19 giugno 2008, parere n. 69 dell'11 giugno 2009), gli operatori economici, anche qualora la *lex specialis* non contenga prescrizioni in ordine all'obbligo contributivo, sono ugualmente tenuti ad effettuare tale versamento, stante il fatto che la dimostrazione del pagamento del contributo costituisce per essi condizione di ammissione a presentare l'offerta.

Allo stesso modo, non può essere motivo di esenzione dal versamento del contributo ai fini della partecipazione alla gara il fatto che il valore dell'appalto non sia determinato dalla *lex specialis*, dal momento che le Risposte ai quesiti sui contributi in sede di gara (consultabili sul sito internet dell'Autorità) disciplinano espressamente tale fattispecie, disponendo che qualora l'importo a base di gara non sia previsto, la determinazione del contributo da versare avviene considerando l'importo massimo previsto dalla deliberazione del 24 gennaio 2008 (cfr. FAQ n. 29), stabilendo in tal modo che nessun tipo di esenzione contributiva sussista in casi simili in capo alla Stazione Appaltante e all'operatore economico.

Ne consegue che qualora una Stazione Appaltante accerti, nel corso delle operazioni di gara, che un concorrente non abbia versato il contributo all'Autorità deve procedere alla sua esclusione a prescindere dal fatto che la *lex specialis* nulla preveda in tal senso e che il valore del contratto sia indeterminato.

Alla luce di tali premesse e considerando i fatti rappresentati nel caso di specie, il Comune di Marsiconuovo, escludendo la Banca Popolare di Bari per non aver provveduto al versamento del contributo, ha agito conformemente alle menzionate deliberazioni dell'Autorità, che qualificano l'obbligo contributivo quale condizione di ammissibilità a presentare l'offerta.

Infatti, né la circostanza che la *lex specialis* non riportasse espressamente il menzionato obbligo quale condizione di partecipazione, né l'indeterminatezza del valore posto a base di gara costituiscono fattispecie esimenti in capo alla Banca Popolare di Bari, tenuta, in ogni caso, al versamento del contributo ai fini della partecipazione alla gara.

Con specifico riferimento all'altra questione prospettata, relativa all'obbligo sussistente in capo alla Stazione Appaltante di procedere all'attivazione della procedura di accreditamento presso il sistema SIMOG, occorre premettere che nelle Istruzioni relative alle contribuzioni dovute ai sensi dell'articolo 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005 n. 266 di soggetti pubblici e privati, (consultabili sul sito internet dell'Autorità) alla sezione Modalità e termini di versamento della contribuzione è previsto che le Stazioni Appaltanti che intendono avviare una procedura finalizzata alla realizzazione di lavori o opere pubbliche, ovvero all'acquisizione di servizi e forniture debbono individuare uno o più dipendenti che procedano alla richiesta di accreditamento presso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG), per ottenere il Codice Identificativo della Gara (CIG) salvo nelle ipotesi in cui si tratti di lotti di servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro o di lotti di lavori inferiore a 40.000 euro.

Non essendo prevista altra fattispecie esclusa, l'esonero dall'obbligo di attivazione della procedura di accreditamento al Sistema SIMOG non può ritenersi estendibile altresì alle ipotesi in cui l'importo a base d'asta non sia determinato.

Pertanto, qualora la Stazione Appaltante non abbia provveduto ad effettuare la relativa procedura di accreditamento, la stessa dovrà ovviare all'omissione commessa secondo le modalità indicate dall'Autorità: nel caso in cui la Stazione Appaltante abbia ommesso di richiedere il CIG o di indicarlo sulla documentazione di gara, la medesima deve procedere a pubblicare un avviso di rettifica (FAQ n. 6 delle Risposte ai quesiti sui Contributi in sede di gara), mentre qualora l'Ente Appaltante abbia provveduto a perfezionare l'originaria procedura di scelta del contraente senza richiedere il Codice CIG e le circostanze non consentano, in relazione allo stato di avanzamento del procedimento, l'assunzione di specifici provvedimenti correttivi, deve procedere ad acquisire il Codice CIG e versare - pur se scaduti i termini temporalmente previsti - la relativa quota di contribuzione (FAQ n. 6 delle Risposte ai quesiti sugli obblighi informativi verso l'Autorità di cui all'articolo 7, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006).

Analizzando i fatti rappresentati nel caso di specie alla luce delle menzionate premesse, appare evidente come l'omissione in cui è incorso il Comune di Marsiconuovo, in ordine all'attivazione della procedura di accreditamento della gara presso il Sistema SIMOG al fine di ottenere il rilascio del Codice CIG, non è confortata da specifiche esenzioni in tal senso disposte dall'Autorità per i casi in cui il valore del contratto posto a base di gara non sia determinato.

Ne consegue che il Comune di Marsiconuovo avrebbe dovuto attivare la procedura di accreditamento presso il Sistema SIMOG e deve pertanto sanare l'omissione posta in essere.

Tuttavia, non avendo proceduto in tal senso al momento dell'indizione della gara ed essendo oramai la procedura stessa giunta alla fase di aggiudicazione provvisoria, fase in cui non è più possibile ovviare all'omissione mediante la pubblicazione di un avviso di rettifica che comunicati ai concorrenti il Codice CIG, il Comune di Marsiconuovo, in ossequio alle prescrizioni di cui alla FAQ 6 sugli obblighi informativi verso l'Autorità di cui all'articolo 7, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, dovrà provvedere ad acquisire il Codice CIG presso il Sistema SIMOG e versare la relativa quota di contribuzione, anche se sono ormai scaduti i termini; inoltre, dovrà comunicare il medesimo Codice CIG alla concorrente aggiudicataria, al fine di consentirle di integrare la documentazione prodotta in sede di partecipazione a comprova dell'avvenuto pagamento con un'apposita autodichiarazione che, riportando i dati mancanti concernenti la gara, certifichi che il versamento del contributo all'Autorità prodotto in sede di gara sia stato effettuato esclusivamente ai fini della partecipazione alla procedura di gara in questione (in tal senso, FAQ 27 sui Contributi in sede di gara).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Marsiconuovo nei confronti della Banca Popolare di Bari è conforme alla normativa di settore e che il Comune medesimo è in ogni caso tenuto ad effettuare la procedura di accreditamento presso il Sistema SIMOG al fine di ottenere il Codice CIG ed a versare la relativa quota di contribuzione e deve in ogni caso consentire alla concorrente aggiudicataria di integrare la documentazione presentata a comprova del versamento contributivo effettuato.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 settembre 2009