

Parere n. 163 del 23/09/2010

PREC 84/10/L

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla Coop. MI.RU. e dall'ATI Costruzioni e Restauri Menale Antimo S.r.l./Costruzioni Generali Nicchio S.r.l. - Lavori di restauro e recupero delle facciate dell'Hotel Terme di Agnano e riqualificazione funzionale ed impiantistica della cabina elettrica del complesso Terme di Agnano - Importo a base d'asta: euro 1.730.003,93 - S.A.: Terme di Agnano S.p.A..

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 marzo 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Coop. MI.RU. ha contestato l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei propri confronti per la seguente motivazione riportata nel verbale di gara del 4 marzo 2010: " *La domanda di partecipazione non è ammessa in quanto non è stato allegato nella Busta n. 1 - Documentazione Amministrativa la ricevuta del versamento intestato all'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, requisito richiesto a pena di esclusione nel bando di gara* ", rappresentando che la ricevuta allegata era riferita alla gara precedentemente annullata.

L'impresa aveva, infatti, partecipato alla gara di appalto in oggetto indetta con bando pubblicato il 2 settembre 2009, in relazione alla quale aveva regolarmente versato il contributo di che trattasi all'Autorità.

Successivamente, la stazione appaltante, con nota indirizzata alle imprese partecipanti aveva comunicato che, nella seduta del 26 novembre 2009, era stato rilevato che il suddetto bando non aveva tenuto conto dell'abrogazione del 5° comma dell'art. 86 del D.Lgs. n.163/2006 (Codice dei contratti pubblici) - secondo cui " *Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio* " - disposta dall'articolo 4- quater , comma 1, lettera b), del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102, in vigore dal 5 agosto 2009.

Pertanto, la stazione appaltante, rilevato che il bando aveva prescritto, a pena di esclusione, la presentazione, nella busta n. 4, delle giustificazioni a corredo dell'offerta e rilevato, altresì, che i chiarimenti forniti ai concorrenti - nel senso di dispensarli dal suindicato onere - non erano stati pubblicati con le stesse modalità previste per il bando, aveva disposto, in via di autotutela decisoria, l'annullamento della gara e la rinnovazione degli atti del procedimento, a partire dalla pubblicazione del bando, disponendo la restituzione delle polizze fideiussorie e della documentazione di gara.

In data 4 dicembre 2009 era stata, quindi, bandita una nuova gara avente il medesimo oggetto e lo stesso importo a base d'asta di quella annullata, fatta precedere dalla richiesta a questa Autorità del Codice CIG, che però rimaneva senza esito a causa di una interruzione nel collegamento telematico. Successivamente, la stazione appaltante provvedeva in data 21 dicembre 2009 a contattare telefonicamente questa Autorità, ricevendo riscontro positivo all'inserimento dello stesso Codice della gara in precedenza annullata stante l'impossibilità di collegamento e, ad esplicita richiesta di quesiti sull'argomento, inseriva sul proprio sito il seguente chiarimento: " *E' necessario introdurre nella busta 1 - Documentazione Amministrativa (documento n.10) ricevuta di versamento in originale (pena esclusione) della contribuzione a favore dell'Autorità di Vigilanza. Tale obbligo ricade anche per coloro che hanno già partecipato alla gara precedente* ".

Uguale sorte (esclusione dalla gara) e per gli stessi motivi è toccata all'ATI Costruzioni e Restauri Menale Antimo S.r.l./Costruzioni Generali Nicchio S.r.l., la cui istanza di parere, al medesimo fine (riammissione alla gara) presentata in data 20 aprile 2010, è stata riunita, per ragioni di evidente connessione, a quella della Coop. MI.RU.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha difeso la legittimità del proprio operato, citando a riprova i numerosi pronunciamenti espressi in materia dall'Autorità medesima, secondo cui il versamento del contributo è condizione di ammissibilità dell'offerta e va sempre effettuato anche in caso di gara annullata; i soggetti che intendono partecipare alla gara sono tenuti al pagamento del contributo a prescindere dal fatto che nel bando o nella lettera di invito sia espressamente richiamato tale obbligo e perfino in assenza del Codice CIG (Risposta R4 dell'Autorità a frequenti quesiti); l'eventuale pagamento non dovuto, infine, può essere rimborsato.

Da quanto sopra, la stazione appaltante ha dedotto che, anche in presenza di un Codice presumibilmente errato, ben potevano le ditte istanti effettuare il versamento mediante bollettino

postale e chiedere il rimborso del precedente (Risposta R38 a frequenti quesiti), senza contare che, attraverso il collegamento al sito della medesima stazione appaltante o mediante semplice richiesta (telefonata, e-mail, fax) al RUP, i cui recapiti erano indicati negli atti di gara, le ditte partecipanti avrebbero potuto chiarire la situazione, in un contesto in cui ben 20 ditte su 26 partecipanti hanno provveduto ad effettuare un nuovo versamento.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta con le istanze di parere indicate in epigrafe, si deve, preliminarmente rilevare che questa Autorità in più occasioni (si vedano, *ex multis* le deliberazioni n. 216 del 27 giugno 2007 e 232 del 12 luglio 2007) ha chiarito che il versamento del contributo costituisce condizione di ammissibilità e, pertanto, la mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento è causa di esclusione dalla procedura di gara secondo quanto divisato, ancor più di recente, nel parere 19 giugno 2008, n. 189.

Infatti, gli operatori economici che intendono partecipare a procedure di gara per l'appalto di commesse pubbliche sono tenuti al pagamento della contribuzione quale condizione di ammissibilità alla procedura di selezione del contraente. Essi sono tenuti a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di gara.

D'altra parte, il carattere essenziale di tale contributo, ai fini della partecipazione alla gara, è stato più volte esplicitato da questa Autorità sul proprio sito internet, in ordine ai frequenti quesiti ricevuti in proposito.

Alla luce delle risposte fornite e citate dalla stessa stazione appaltante - alle quali, per inciso, possono aggiungersi le attuali: R38, ai sensi della quale il contributo deve essere versato ogniquale volta venga avviata una procedura finalizzata alla realizzazione di un appalto pubblico, indipendentemente dal buon esito della procedura stessa e R32, ai sensi della quale il contributo deve essere versato anche nel caso di gara deserta - risulta invero chiaro che, nel caso di specie, il versamento del contributo di che trattasi riveste il carattere dell'obbligatorietà, anche in considerazione del fatto che, nella fattispecie, la stazione appaltante ha provveduto ad indicare il CIG nella nuova lettera di invito. Pertanto, tutti i concorrenti erano tenuti a rinnovare il versamento del contributo.

Né varrebbe addurre in contrario quanto da questa stessa Autorità più volte espresso - da ultimo con i pareri n. 34 del 31 gennaio 2008 e n. 217 del 25 settembre 2008 - e cioè che, nell'ipotesi in cui le disposizioni del bando di gara siano in grado di indurre l'operatore economico in errore nella formulazione dell'offerta, è possibile che la Commissione di gara consenta l'integrazione della documentazione, al fine di favorire la più ampia partecipazione alla procedura di gara.

Valga, invero, considerare che, da un lato l'annullamento della precedente gara costituiva un atto di autotutela vincolato a seguito dello *ius superveniens* recato dal D.L. n.78/2009 e, d'altro lato, le imprese istanti, che avevano partecipato alla precedente gara annullata, erano state preavvertite dell'obbligo su di esse ricadenti, di rinnovare l'obbligo di versamento suddetto, sicché l'adempimento richiesto poteva considerarsi sufficientemente chiaro (cfr. in tal senso il parere 5 novembre 2008 n. 235).

Come, al riguardo, giustamente osservato dalla stazione appaltante, sulla base dei principi di carattere generale in materia contrattuale, può affermarsi che le imprese istanti sono venute meno agli obblighi di leale cooperazione, di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del rapporto di cui agli art. 1175 e 1375 c.c., gravanti sui partecipanti alle procedure di evidenza pubblica per la scelta dei contraenti dell'amministrazione o di un organismo di diritto pubblico, quale le Terme di Agnano S.p.A., società a totale capitale pubblico del Comune di Napoli.

In considerazione di quanto sopra evidenziato, quindi, correttamente la stazione appaltante ha disposto l'esclusione delle imprese incorse nell'errore, non potendosi consentire che il comportamento negligente di esse si risolvesse in un danno alla *par condicio* dei concorrenti.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara disposta dalla stazione appaltante nei confronti delle imprese istanti sia conforme alla normativa vigente di settore, nonché alle indicazioni fornite da questa Autorità.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 04 ottobre 2010