

Parere n. 58 del 23 marzo 2011

PREC 263/10/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 Regione Sicilia - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di stampa e consegna della rivista Terra - Importo a base d'asta € 152.000,00 - S.A.: Regione Sicilia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 1 ottobre 2010 è pervenuta l'istanza in esame, con la quale la Regione Sicilia ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alle doglianze presentate dalla Eurografica srl avverso il provvedimento di esclusione dalla gara indicata in oggetto.

In particolare dal verbale di gara n. 1 risulta che quest'ultima era stata ammessa con riserva " *in quanto a comprova dell'avvenuto pagamento, il partecipante non ha prodotto copia della ricevuta di pagamento trasmessa dal servizio riscossione (punto 18.3 del bando di gara)* " e dal verbale di gara n. 2 risulta che la Commissione aveva sciolto la riserva, " *decidendo di non ammetterla per i motivi di cui al precedente verbale* " .

La Eurografica srl ritiene illegittimo il provvedimento di esclusione sotto diversi e concorrenti profili. Secondo la società dal contesto della motivazione appare evidente che l'esclusione dalla gara sia stata comminata per aver effettuato il pagamento del contributo dovuto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture mediante bollettino postale, invece di utilizzare il modello scaricabile da Internet. Il bando di gara, tuttavia, prevedeva al punto 18.1, a pena di esclusione, solo il mancato versamento del contributo, mentre alcuna sanzione era disposta dai successivi punti 18.2. e 18.3, che disciplinavano le modalità di pagamento del predetto contributo. Ne conseguirebbe, secondo l'istante, l'illegittimità dell'esclusione in assenza di una espressa previsione della legge o del bando di gara che sanzioni in tal modo una certa condotta. L'Eurografica srl, inoltre, richiama l'insegnamento della giurisprudenza secondo cui nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici va scongiurata un'applicazione meccanica del formalismo, che contraddica la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa. Secondo la società, quindi, l'esclusione in esame si pone in contrasto con il predetto orientamento giurisprudenziale, posto che, da un lato, la società ha comunque pagato il contributo dovuto, e, dall'altro, non si ravvisa nella diversa modalità di pagamento la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante. Anzi l'esclusione in questione, comporterebbe un vulnus all'interesse pubblico, considerato che la Eurografica srl ha presentato un'offerta economica, ritualmente aperta in sede di gara, più vantaggiosa di quella dell'aggiudicatario.

In riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la società Officine Grafiche Riunite e Pezzino spa (di seguito O.G.R. spa), aggiudicataria provvisoria, ha integralmente richiamato e rinviato alle deduzioni procedurali già assunte dalla stazione appaltante. La concorrente ritiene legittimo il provvedimento in esame in quanto l'art. 4 del disciplinare stabiliva che " *nella busta A devono essere contenuti a pena di esclusione i seguenti documenti: 1) ricevuta di pagamento trasmessa dal servizio riscossione attestante il versamento a titolo di contribuzione come meglio specificato al punto 18 del bando di gara* ". Inoltre dalla lettura in combinato disposto dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 18 del bando di gara risultava che " *a comprova dell'avvenuto pagamento il partecipante deve allegare all'offerta copia della ricevuta di pagamento trasmessa dal servizio riscossione* ". A ciò la O.G.R. spa aggiunge che l'esclusione in parola è conforme all'osservanza del principio generale della parità di trattamento, in quanto tutti i concorrenti hanno allegato all'offerta la ricevuta del contributo correttamente pagato secondo le prescrizioni essenziali ed inderogabili fissate dalla *lex specialis* e dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, che con deliberazione del 15 febbraio 2010 ha indicato le nuove modalità di riscossione del contributo per tutte le procedure bandite successivamente al primo maggio 2010. Secondo la società la stessa Autorità con comunicato del 5 agosto del 2010 avrebbe ammesso il pagamento del contributo con bollettino postale e, quindi, con formalità diversa rispetto a quelle indicate nelle istruzioni impartite, solo in presenza di un oggettivo impedimento, che nel caso in esame è inesistente. L'aggiudicataria, inoltre, fa presente la circostanza che la Eurografica srl neppure ha effettuato il pagamento del contributo all'Autorità mediante bollettino postale, ma ha dato disposizione di effettuarlo ad un intermediario finanziario. La società, infine, richiama in termini generali l'orientamento giurisprudenziale in ordine alla legittimità, validità e ragionevolezza dei provvedimenti di esclusione dalla procedura concorsuale adottati in applicazione delle comminatorie di esclusione contenute dalla *lex specialis* della gara a presidio della corretta osservanza delle modalità di pagamento del contributo all'Autorità.

Ritenuto in diritto

E' controverso l'operato della stazione appaltante relativamente all'esclusione della società Eurografica srl per non aver effettuato il pagamento del contributo a favore dell'Autorità secondo le

modalità prescritte dalla *lex specialis*.

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 deliberazione del 15.2.2010, 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 citata deliberazione dell'Autorità, 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, 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 a favore dell'Autorità, in quanto l'esclusione dalla gara rappresenta un atto dovuto ogni qual volta 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, si osserva che in effetti dalla lettura in combinato disposto dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 18 del bando di gara e dell'art. 4 del disciplinare emerge la volontà della stazione appaltante di sanzionare con l'esclusione non solo il mancato pagamento del contributo all'Autorità, ma anche l'avvenuto versamento dello stesso con modalità difformi rispetto a quelle prescritte dalla *lex specialis*. Tale risoluzione, però, 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 si è determinata nel senso sopra indicato basandosi probabilmente 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, se l'istante ha effettivamente versato la somma dovuta a titolo di contributo all'Autorità, sebbene ciò sia avvenuto mediante pagamento del bollettino postale intestato all'Autorità, ed ha fornito la relativa prova documentale inserendo nella busta A la ricevuta di pagamento, allora la sua esclusione non è conforme ai principi che regolano l'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 implicazioni di carattere generale come erroneamente fa l'aggiudicataria.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara della società Eurografica srl non sia conforme ai principi che regolano l'affidamento degli appalti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito