

Parere n.8 del 08/02/2012

PREC 245/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006, presentata dall'Impresa d'Aprile Giovanni - Affidamento dell'appalto triennale - anni 2012/2014 - per la manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili universitari, ubicati nelle sedi di Bari, Valenzano, Policoro e Taranto - Importo a base d'asta € 5.971.850,00 - S.A.: Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 28 settembre 2011, l'Impresa d'Aprile Giovanni ha chiesto un parere in merito alla legittimità della esclusione disposta nei propri confronti dall'Università degli Studi di Bari Aldo Moro per aver effettuato il pagamento del contributo all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture mediante bollettino postale anziché mediante le modalità fissate dalla stessa Autorità ed espressamente richiamate al punto IV, lettera H), del Disciplinare di gara.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 8 novembre 2011, la Stazione Appaltante ha confermato la legittimità del proprio operato ribadendo che il versamento su conto corrente postale non rientra tra le modalità di pagamento del contributo stabilite dall'Autorità stessa nelle " *Istruzioni relative alle contribuzioni dovute, ai sensi dell'art.1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n.266, dai soggetti pubblici e privati, in vigore dal 1 gennaio 2011*" pubblicate sul sito Avcp. La Stazione Appaltante, inoltre, trae argomenti a sostegno della propria posizione dalla risposta alla FAQ D1, pubblicata sempre sul sito Avcp nell'apposita sezione, in cui si afferma che " *La stazione appaltante deve indicare nell'avviso pubblico, nella lettera d'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...*" e che " *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...*".

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne l'operato della Stazione Appaltante relativamente alla esclusione della società istante per non aver effettuato il pagamento del contributo a favore dell'Autorità secondo le modalità indicate dal Disciplinare di gara.

Al riguardo si osserva che il pagamento del contributo in oggetto è dovuto 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 3 novembre 2010 che disciplina nel dettaglio l'ammontare del contributo e le relative modalità di riscossione per l'anno 2011.

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 del 3 novembre 2010, che all'art.5 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 possa essere sanzionato dalla Stazione Appaltante con l'esclusione dalla gara, senza che si proceda 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 si presenti un inadempimento di tipo sostanziale, consistente nel mancato pagamento delle contribuzioni dovute all'Autorità, e non un inadempimento di tipo formale. (Cfr. Pareri Avcp n.8 del 14.01.2010, n.67 del 25.03.2010, n.225 del 16.12.2010, n.4 del 12.01.2011).

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 delle 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 (TAR Lombardia, Brescia, sez.I, sentenza n.487 del 7.05.2008).

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 giudice amministrativo " *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, se è vero che dalla lettura della *lex specialis*, punto IV, lett. H) del Disciplinare di gara, emerge la volontà della Stazione Appaltante di sanzionare con l'esclusione non soltanto il mancato pagamento del contributo a favore dell'Autorità, ma anche il mancato rispetto degli oneri formali concernenti le modalità di pagamento, non può farsi a meno di considerare che in quest'ultimo caso la previsione dell'esclusione 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 ha erroneamente interpretato sia quanto previsto dal documento di "Istruzioni relative alle contribuzioni dovute" sia quanto chiarito dall'Autorità stessa nella risposta alla citata FAQ D1 in cui si prevede che le Stazioni Appaltanti indichino espressamente nella documentazione di gara che il versamento sia effettuato esclusivamente nelle modalità stabilite dall'Autorità, rinviando alle apposite istruzioni presenti sul sito, ma non si fa alcun cenno alla necessità di procedere all'esclusione dei concorrenti che abbiano pagato in modo diverso il contributo in questione. Al contrario nella risposta alla FAQ si chiarisce che nel caso in cui un operatore economico sia comunque in grado di attestare l'avvenuto versamento, sia pure con modalità diverse da quelle previste dall'Autorità, la Stazione Appaltante dovrà richiedere all'operatore stesso di effettuare un ulteriore versamento secondo le modalità ammesse (salva la possibilità di richiedere il rimborso del versamento già effettuato) proprio al fine di consentire comunque l'ammissione in gara del concorrente.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

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

I Consiglieri Relatori: Cons. Giuseppe Borgia, Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

Il Segretario: Maria Esposito