

Deliberazione n. 42 Adunanza dell'8 luglio 2010

VISF/GE/10/11433

Oggetto: Procedura ristretta per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale per un quinquennio decorrente dal 1° gennaio 2010

Stazione appaltante: Comune di Omignano (SA);

Esponente: Banca di credito cooperativo dei comuni cilentani

Riferimenti normativi: art. 1, commi 65, 66 e 67, legge 23 dicembre 2005, n. 266;

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza servizi e forniture in data

Considerato in fatto

È pervenuta a questa Autorità una segnalazione da parte di una partecipante alla procedura di cui in oggetto, riguardante l'affidamento del servizio di tesoreria per il comune di Omignano, nella quale si contesta la mancata esclusione del concorrente che, pur avendo omesso di presentare unitamente alla documentazione relativa all'offerta la ricevuta di versamento a questa Autorità del contributo per la partecipazione, è poi risultato aggiudicatario.

La segnalante ha, inoltre, rilevato che la stazione appaltante avrebbe omesso di comunicare la procedura di gara al sistema informativo dell'Autorità (non ottenendo quindi il relativo codice identificativo C.I.G.) e non avrebbe versato a propria volta il contributo dovuto.

Considerata la rilevanza delle questioni, è stata avviata da questa Direzione un'istruttoria ed al fine di ottenere un quadro conoscitivo del procedimento in oggetto, si è richiesto alla amministrazione procedente di voler fornire una relazione corredata dalla relativa documentazione. Il Comune ha inviato una laconica nota di risposta nella quale, in modo molto sintetico, si riferiscono le ragioni poste a fondamento delle decisioni adottate nell'ambito del procedimento di gara in esame.

In particolare, si rappresenta che:

- Il Comune non ha richiesto a questa Autorità l'assegnazione del C.I.G. ai fini della pubblicazione del bando di gara e non ha versato il contributo " *per distrazione* ";
- Il concorrente, successivamente risultato aggiudicatario, che non ha presentato unitamente all'offerta la ricevuta di versamento del prescritto contributo a questa Autorità, non è stato escluso in forza del " *richiamo al parere del Consiglio di Stato n. 92 del 10 settembre 2009 espresso per analogia procedura d'appalto. In conformità al parere de quo il Comune ha acquisito successivamente il C.I.G. e l'aggiudicatario ha provveduto al versamento del contributo* ";
- In data 21.01.2010 è stata sottoscritta la convenzione con l'aggiudicatario ed in data 10.03.2010 il Comune ha ricevuto la notifica del ricorso avverso l'aggiudicazione attualmente pendente innanzi al Tar Campania Salerno;
- infine, riferisce il Comune di aver versato il contributo nell'unica procedura di affidamento bandita a far data dal 1° gennaio 2008 nella quale il pagamento era dovuto.

Ritenuto in diritto

L'articolo 1, comma 67 della l. 23 dicembre 2005, n. 266 prevede, come obbligatorio, il versamento del contributo; di eguale tenore, l'articolo 8, comma 12, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché la deliberazione di questa Autorità del 1° marzo 2009, pubblicata sulla G.U. n. 90 del 18 aprile 2009 (in vigore al momento della pubblicazione del bando in esame), con la quale sono state determinate le contribuzioni per l'anno 2009 e le relative modalità di riscossione, " *ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta* ", come disposto dalla richiamata legge finanziaria 2006. Pertanto, anche nel caso in cui nel bando di gara non sia richiesto il versamento del contributo, i soggetti che sono tenuti al pagamento devono comunque versarlo, sebbene nei documenti di gara non sia espressamente indicato tale obbligo (sul punto cfr. deliberazione dell'Autorità n. 232 del 12.07.2007).

Anche nei pareri formulati in sede di c.d. precontenzioso, l'Autorità ha precisato che - sebbene le irregolarità nel versamento del contributo - quali la mancata indicazione del C.I.G. e del codice fiscale del concorrente nel bollettino di pagamento - non legittimino l'esclusione dalla gara - ciò che rileva è " *che costituisce requisito essenziale per la partecipazione alla procedura di gara è l'avvenuto pagamento del contributo all'Autorità* "; solo laddove tale adempimento sia stato effettuato, l'integrazione documentale da parte dell'impresa può ritenersi ammissibile (Parere 27

giugno 2007, n. 216; parere 26 luglio 2007, n. 266; parere 26 luglio 2007, n. 267). Infatti, il versamento del 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).

Di recente, infine, l'Autorità ha approvato il parere n. 92 del 10/09/2009 - al quale probabilmente si riferisce anche il Comune di Omignano nella sua nota di risposta in cui erroneamente richiama un parere del Consiglio di Stato avente i medesimi estremi (n. 92 del 10.09.2009). Il provvedimento riguarda proprio l'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia ommesso di richiedere il CIG o di indicarlo sulla documentazione di gara. Nel caso trattato, l'Autorità ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante che ha, comunque, escluso dalla procedura di gara il concorrente che non aveva fornito, unitamente all'offerta, la prova del versamento del contributo.

Infatti, nel parere si richiamano i già citati precedenti di questa Autorità e si ribadisce 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.

Con riferimento al mancato accreditamento da parte della stazione appaltante, si ribadisce la necessità che la stessa provveda ad ovviare all'omissione pubblicando " *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). In questo caso, la stazione appaltante dovrà anche comunicare il 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*". L'integrazione a cui si fa riferimento nel parere richiamato dal Comune di Omignano presuppone evidentemente l'avvenuto pagamento del contributo da parte del concorrente al momento della presentazione e consiste nella semplice specificazione del C.I.G. reso noto dalla stazione appaltante solo in un secondo momento, poiché in fase di pubblicazione del bando non aveva provveduto alla richiesta del codice all'Autorità.

Tanto premesso nel caso di specie deve concludersi che il Comune di Omignano non avendo escluso la Banca di Credito Cooperativo del Cilento dalla procedura contestata non ha agito conformemente alle menzionate deliberazioni dell'Autorità, che qualificano l'obbligo contributivo quale condizione di ammissibilità a presentare l'offerta. Al riguardo, anche la giurisprudenza più recente si è espressa nel senso che " *la mancanza o l'erroneità del codice fiscale indicato sulla ricevuta del versamento della tassa all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici non comporta l'esclusione dalla gara, mentre è causa di esclusione l'omesso pagamento del contributo e la mancanza o l'errata indicazione del CIG*" (Consiglio di Stato Sez. V sentenza 17 febbraio 2010 n. 918).

Deve, infine, rilevarsi che di recente, il Consiglio di Stato (Sezione V decisione n. 3685 del 12 giugno 2009), convalidando le conclusioni del Tar Puglia, ha ritenuto illegittimo un bando di gara non recante l'indicazione del C.I.G. e dell'obbligo di versamento della contribuzione per i partecipanti; nel caso oggetto di giudizio, la stazione appaltante non aveva ottenuto il codice di identificazione dall'Autorità e non aveva a sua volta versato il contributo dovuto. Secondo questo orientamento, dunque, il concorrente escluso per il mancato versamento del contributo è legittimato ad impugnare, unitamente all'esclusione, anche il bando di gara sprovvisto di indicazione del C.I.G.; pertanto, quando sussista una mancanza da parte della stazione appaltante che abbia a propria volta ommesso di richiedere il C.I.G. e di pagare in contributo dovuto, la stessa deve intervenire in autotutela rettificando il bando prima della presentazione delle offerte, altrimenti ove procedesse - come necessario - all'esclusione del concorrente che a sua volta abbia ommesso di pagare il contributo, la gara potrebbe comunque essere annullata dal giudice adito da quest'ultimo.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

- ritiene che il versamento del 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;
- censura l'operato della stazione appaltante per non aver provveduto alla acquisizione del C.I.G. ed al versamento del contributo a questa Autorità, nonché per non aver proceduto tempestivamente alla rettifica del bando di gara e per non aver escluso il concorrente che non aveva ottemperato all'obbligo di contribuzione;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture perché comunichi la presente

deliberazione al segnalante ed al Comune di Omignano, richiedendo allo stesso di indicare eventuali misure che intenda adottare al riguardo.

Firmato:

Il Consigliere Relatore: Piero Calandra

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 luglio 2010

Il Segretario: Maria Esposito