

Illegittimità di disporre un'esclusione per una violazione consistente in una mera irregolarità formale, che sarebbe stata ritenuta dalla stessa Autorità di Vigilanza non giustificato motivo di esclusione dalle gare e non sarebbe stata prevista come tale

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' legittima l' esclusione da una procedura ad evidenza pubblicato di un'impresa per aver presentato il versamento della tassa a favore dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici a mezzo bonifico bancario e non secondo le diverse modalità previste dalla deliberazione del 24.1.2008 della stessa autorità.?quali quindi le conseguenze?

L'esclusione non è da confermare: poiché non può essere attualmente messo in discussione l'effettivo espletamento dell'effettuato versamento, la questione, a parere del Collegio, deve limitarsi alla sola modalità del versamento ed alla verifica dell'esistenza nel bando di comminatoria di esclusione per modalità diverse dalle due indicate: ora in assenza però di quell'univocità della previsione di esclusione che si possa ritenere atta a vincere il favor participationis che si collega, normalmente, ad irregolarità di mera forma, il Collegio ritiene che, in carenza di una espressa clausola di bando comminante direttamente l'esclusione per l'ipotesi di effettuazione del versamento con modalità diverse da quelle previste, in ossequio al criterio di tassatività delle previsioni di esclusione ed a quello di favorire la massima partecipazione alle gare, il ricorso sia fondato e debba essere accolto con il conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara. **_ La gara dovrà quindi essere riaperta e proseguita a partire dall'illegittima esclusione della ricorrente.**

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 609 del ottobre 2008, emessa dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste.

Il Collegio ritiene peraltro che non possa essere attualmente messo in discussione l'effettivo espletamento dell'effettuato versamento, e quindi l'andata a buon fine del bonifico, perché il thema decidendum appare circoscritto dalla motivazione con cui l'esclusione appare essere stata disposta, che risulta essere la seguente: " la Vs. ditta non è stata ammessa alle procedure di gara in quanto ha presentato il versamento della tassa a favore dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, mediante bonifico bancario e non secondo le modalità previste dalla deliberazione del 24.01.2008 della stessa Autorità".

In ogni caso non va neanche dimenticato che, se l'esclusione per la mera irregolarità formale non si desume direttamente dalla normativa di gara, la verifica dell'effettivo versamento di tale somma poteva essere effettuata anche attraverso accesso al SIMOG ,come chiarito dalla stessa Autorità di Vigilanza nelle istruzioni operative fornite con la delibera 24.1.08.

Deve essere comunque ribadito che l'esclusione risulta essere stata disposta solo perché la ricorrente "ha presentato il versamento della tassa ... mediante bonifico bancario e non secondo le modalità".

Quindi la questione, a parere del Collegio, deve limitarsi alla sola modalità del versamento ed alla verifica dell'esistenza nel bando di comminatoria di esclusione per modalità diverse dalle due indicate.

Il disciplinare di gara, come già accennato, prevede, al suo art. 4, una serie di cause di esclusione tra le quali (punto 7) la "mancata presentazione dell'attestazione di pagamento del contributo all'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici".

L'ambiguità di tale previsione appare evidente dal confronto con il già citato punto del disciplinare di gara denominato "MODALITA' DI PRESENTAZIONE E CRITERI DI AMMISSIBILITA' DELLE OFFERTE" che recita: Nella busta "A - documentazione" devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: Omissis ... 6. Ricevuta del versamento dell'importo di Euro 40,00= (quaranta/00) relativo al contributo di cui all'art. 1, commi 65 e 67, della Legge 23.12.2005 n. 266.

Orbene, se anche si potesse ritenere che la previsione della presentazione di “attestazione” facesse riferimento allo specifico tagliandino previsto ad hoc nei versamenti effettuati su conto corrente postale, nel caso di specie il suddetto punto 6) confonde le idee, parlando anche di “ricevuta” ed ammettendo una modalità di versamento diversa da quella sul conto corrente postale quale il versamento on line.

Manca pertanto quell’univocità della previsione di esclusione che si possa ritenere atta a vincere il favor participationis che si collega, normalmente, ad irregolarità di mera forma.

In conclusione il Collegio ritiene che, in carenza di una espressa clausola di bando comminante direttamente l’esclusione per l’ipotesi di effettuazione del versamento con modalità diverse da quelle previste, in ossequio al criterio di tassatività delle previsioni di esclusione ed a quello di favorire la massima partecipazione alle gare, il ricorso sia fondato e debba essere accolto con il conseguente annullamento dell’impugnato provvedimento di esclusione di ALFA dalla gara e della conseguente determinazione n. 278 dell’11.9.2008 di aggiudicazione dei lavori di realizzazione del capannone industriale alla BETA Costruzioni spa.

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 406 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ALFA Srl, rappresentato e difeso dagli avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Trieste, via Donota 3;

contro

Comune di Chiusaforte, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

nei confronti di

BETA Costruzioni Spa, rappresentato e difeso dagli avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Trieste, via Filzi 17;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'esclusione dalla gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un capannone industriale, presso il compendio dell'ex caserma *****, in Comune di Chiusaforte.

Visti i motivi aggiunti depositati in data 17.9.2008, con i quali si impugna la determinazione n. 278 dd. 11.9.2008;

Visto il decreto presidenziale n. 161 del 18 settembre 2008 di accoglimento dell'istanza di misure cautelari provvisorie;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Chiusaforte;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di BETA Costruzioni Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 08/10/2008 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha impugnato con il ricorso introduttivo la propria esclusione, dalla gara d'appalto in epigrafe, disposta per aver presentato il versamento della tassa a favore dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici a mezzo bonifico bancario e non secondo le diverse modalità previste dalla deliberazione del 24.1.2008 della stessa autorità. Successivamente, a mezzo motivi aggiunti, ha impugnato anche il conclusivo provvedimento di aggiudicazione e l'affidamento dei lavori alla controinteressata, che ha provveduto a costituirsi in giudizio per resistere al ricorso, al pari del Comune.

Le argomentazioni svolte in diritto concernono l'illegittimità di disporre un'esclusione per una violazione consistente in una mera irregolarità formale, che sarebbe stata ritenuta dalla stessa Autorità di Vigilanza non giustificato motivo di esclusione dalle gare e non sarebbe stata prevista come tale dalla normativa di gara.

Osserva il Collegio che il disciplinare di gara prevedeva che nella busta A- documentazione andassero contenuti a pena di esclusione vari documenti tra cui sub 6) viene inclusa la "ricevuta del versamento dell'importo di euro 40 relativo al contributoDetto versamento dovrà essere effettuato con le modalità stabilite dalla deliberazione ... di seguito indicate: - mediante versamento on line collegandosi al portale web "sistema di riscossione " all'indirizzo.... ; - oppure mediante versamento sul conto corrente postale n. ..."

L'art. 4 punto 7 del medesimo disciplinare includeva poi tra le cause di esclusione dalla gara anche la "mancata presentazione dell'attestazione di pagamento del contributo all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici".

La ricorrente ha presentato un "Dettaglio Bonifico in partenza" dal quale si evince che l'operazione è stata presa in carico il 4.8.2008 alle ore 13.00.15 ed è stata scaricata con spedizione altra banca lo stesso giorno alle ore 20.30.15. I dati del beneficiario coincidono con quelli indicati dal bando per il versamento sul conto corrente postale dell'Autorità di vigilanza.

Il Collegio ritiene peraltro che non possa essere attualmente messo in discussione l'effettivo espletamento dell'effettuato versamento, e quindi l'andata a buon fine del bonifico, perché il thema decidendum appare

circoscritto dalla motivazione con cui l'esclusione appare essere stata disposta, che risulta essere la seguente: " la Vs. ditta non è stata ammessa alle procedure di gara in quanto ha presentato il versamento della tassa a favore dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, mediante bonifico bancario e non secondo le modalità previste dalla deliberazione del 24.01.2008 della stessa Autorità".

In ogni caso non va neanche dimenticato che, se l'esclusione per la mera irregolarità formale non si desume direttamente dalla normativa di gara, la verifica dell'effettivo versamento di tale somma poteva essere effettuata anche attraverso accesso al SIMOG ,come chiarito dalla stessa Autorità di Vigilanza nelle istruzioni operative fornite con la delibera 24.1.08.

Deve essere comunque ribadito che l'esclusione risulta essere stata disposta solo perché la ricorrente "ha presentato il versamento della tassa ... mediante bonifico bancario e non secondo le modalità".

Quindi la questione, a parere del Collegio, deve limitarsi alla sola modalità del versamento ed alla verifica dell'esistenza nel bando di comminatoria di esclusione per modalità diverse dalle due indicate.

Il disciplinare di gara, come già accennato, prevede, al suo art. 4, una serie di cause di esclusione tra le quali (punto 7) la "mancata presentazione dell'attestazione di pagamento del contributo all'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici".

L'ambiguità di tale previsione appare evidente dal confronto con il già citato punto del disciplinare di gara denominato "MODALITA' DI PRESENTAZIONE E CRITERI DI AMMISSIBILITA' DELLE OFFERTE" che recita: Nella busta "A - documentazione" devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: Omissis ... 6. Ricevuta del versamento dell'importo di Euro 40,00= (quaranta/00) relativo al contributo di cui all'art. 1, commi 65 e 67, della Legge 23.12.2005 n. 266.

Orbene, se anche si potesse ritenere che la previsione della presentazione di "attestazione" facesse riferimento allo specifico tagliandino previsto ad hoc nei versamenti effettuati su conto corrente postale, nel caso di specie il suddetto punto 6) confonde le idee, parlando anche di "ricevuta" ed ammettendo una

modalità di versamento diversa da quella sul conto corrente postale quale il versamento on line.

Manca pertanto quell'univocità della previsione di esclusione che si possa ritenere atta a vincere il favor participationis che si collega, normalmente, ad irregolarità di mera forma.

In conclusione il Collegio ritiene che, in carenza di una espressa clausola di bando comminante direttamente l'esclusione per l'ipotesi di effettuazione del versamento con modalità diverse da quelle previste, in ossequio al criterio di tassatività delle previsioni di esclusione ed a quello di favorire la massima partecipazione alle gare, il ricorso sia fondato e debba essere accolto con il conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione di ALFA dalla gara e della conseguente determinazione n. 278 dell'11.9.2008 di aggiudicazione dei lavori di realizzazione del capannone industriale alla BETA Costruzioni spa.

La gara dovrà quindi essere riaperta e proseguita a partire dall'illegittima esclusione di ALFA.

Sussistono comunque giusti motivi per disporre la compensazione delle spese tra le parti tranne per il contributo unificato che va posto a carico del Comune.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Chiusaforte a rifondere al ricorrente le spese del contributo unificato. Spese compensate per il resto.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 08/10/2008 con l'intervento dei Magistrati:

*****, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

*****, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/illegittimita-di-disporre-un-esclusione-per-una-violazione-consistente-in-una-mera-irregolarita-formale-che-sarebbe-stata-ritenuta-dalla-stessa-autorita-di-vigilanza-non-justificato-motivo-di-esclus/>