

La tassa sulle gare

Autore: Gurrieri Aldo

In: Diritto amministrativo

Premessa

Il contributo di partecipazione alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, conosciuto dagli addetti come la "tassa sulle gare", è stato introdotto nell'ordinamento degli appalti pubblici dall'art. 1 commi 65 e 67 della Legge finanziaria 2006 (L. 266/05) con lo scopo di dare attuazione all'autonomia finanziaria dell'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici (A.V.C.P.) prevista dal Decreto Legislativo n. 163/06, che all'art. 8 comma 12 recita "All'attuazione dei nuovi compiti previsti dagli articoli 6, 7, e 8, l'Autorità fa fronte senza nuovi e maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, ai sensi dell'articolo 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266".

L'introduzione di tale contributo ha rappresentato l'inserimento di un ulteriore elemento nell'elenco di presupposti e requisiti che delimitano l'accesso degli operatori economici ai procedimenti di gara. In particolare, va premesso che il contributo in questione è obbligatorio ed il relativo pagamento costituisce condizione inderogabile per la partecipazione alle procedure di gara; di conseguenza, il mancato versamento all'A.V.C.P. è causa di inammissibilità dell'offerta.

Per quanto attiene alla quotidianità degli appalti pubblici, le problematiche conseguenti all'introduzione del suddetto contributo obbligatorio sono riassumibili in tre fattispecie, che, per la loro tipicità e frequenza, possono essere assunte a casistica significativa ed esaustiva:

A) omesso pagamento;

B) avvenuto pagamento, ma omessa presentazione della ricevuta;

C) pagamento parziale.

Omesso pagamento.

La fattispecie dell'omesso pagamento si verifica qualora l'operatore economico non provveda al versamento della somma dovuta all'A.V.C.P. entro il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta.

Tale fattispecie non dà adito a dubbi interpretativi di sorta; come sopra accennato, il pagamento costituisce condizione inderogabile per la partecipazione alle procedure di gara; il concorrente che non ha adempiuto a tale obbligo va escluso dal procedimento.

A tal riguardo, è appena il caso di precisare che il mancato pagamento non è omissione sanabile, in ossequio, fra l'altro, al principio della Parità di Trattamento, che impone alla stazione appaltante l'osservanza di comportamenti uniformi indistintamente nei confronti di tutti i concorrenti; consentire ad un concorrente il pagamento tardivo (ovvero dopo avere ravvisato -in sede di apertura plichi e verifica della documentazione amministrativa- la mancanza del pagamento) rappresenterebbe un comportamento discriminatorio nei confronti delle altre ditte che, in adesione alla normativa generale e speciale, hanno diligentemente provveduto nei termini.

Accade frequentemente che l'esclusione fondata sull'omesso pagamento venga contestata in caso di assenza di una espressa previsione nella lex specialis; in altri termini, spesso i concorrenti chiedono di essere ammessi al pagamento tardivo, quando il bando di gara non prescrive espressamente l'obbligo del

contributo né indica l'importo del versamento.

Siffatte contestazioni trovano riscontro puntuale -e negativo- nel Parere dell'Autorità n. 147/20.07.11, nel quale viene evidenziato che:

L'Autorità ha più volte affrontato la questione ribadendo, con le varie deliberazioni sulla contribuzione in sede di gara, che gli operatori economici <<sono tenuti a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione>> e che <<la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di gara, di tal ch , il versamento del contributo costituisce condizione di ammissibilit  ai fini della partecipazione alle gare>>; inoltre: "Gli operatori economici, anche qualora la lex specialis non contenga prescrizioni in ordine all'obbligo contributivo, sono ugualmente tenuti ad effettuare il versamento"; oppure: "data l'essenzialit  ed indefettibilit  del contributo di che trattasi, i concorrenti erano tenuti al versamento del contributo, pure se tale obbligo non era stato espressamente previsto nella documentazione di gara".

Coerentemente, la F.A.Q. n. 15 del sito web ufficiale dell'Autorit  (nella versione aggiornata al 01/03/2011) ribadisce che gli operatori economici "sono tenuti al pagamento del contributo a prescindere dal fatto che nel bando di gara o lettera di invito sia espressamente richiamato tale obbligo".

In vari altri casi simili a quello oggetto del citato parere n. 147/11, l'A.V.C.P. ha sempre valutato conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante volto all'esclusione dalla gara della ditta che ha omesso il pagamento entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, nonostante nel bando/disciplinare nulla era stato previsto riguardo alla somma da pagare a titolo di contributo AVCP.

E' appena il caso di precisare che anche la giurisprudenza ha confermato unanimemente la norma generale sopra esposta, asserendo che in linea di principio il bando di gara   eteronomo, in considerazione della natura primaria della fonte legislativa introduttiva dell'obbligo contributivo in

argomento; pertanto, anche nel silenzio del bando, questo atto deve essere inteso da chiunque come automaticamente integrato dalla norma di cui all'art. 1 c. 65/67 della L. 266/05 (T.A.R. Lazio 2007). Di conseguenza, in capo ad ogni ditta aspirante a partecipare alle gare pubbliche vige l'obbligo di attivarsi sia per individuare con esattezza gli adempimenti derivanti dalla normativa sopra specificata sia per eseguire puntualmente ogni adempimento rilevato.

Avvenuto pagamento-omessa presentazione della ricevuta

Questa seconda fattispecie si verifica qualora l'operatore economico abbia regolarmente provveduto al versamento della somma dovuta all'A.V.C.P. entro il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta, ma abbia omesso di allegare l'attestazione di pagamento alla documentazione di gara. In tal caso va tenuto presente, in via di premessa, che sussistono due prassi: A) vi sono bandi nei quali è previsto l'obbligo di produrre la ricevuta, senza che però l'eventuale omissione venga sanzionata con l'esclusione dalla gara; B) vi sono bandi nei quali la presentazione della ricevuta viene prevista a pena d'esclusione; in tali casi costituisce presupposto per l'ammissibilità delle offerte non solo il pagamento in sé e per sé, ma anche l'allegazione della ricevuta alla documentazione prodotta in gara.

Nei casi sub A, le ditte in difetto vengono generalmente ammesse alla presentazione tardiva della ricevuta (ed ammesse al prosieguo di gara se risulta dimostrato che il versamento era avvenuto effettivamente nei termini di legge). Si ritiene che tale prassi sia conforme ai principi fondamentali del procedimento amministrativo in generale e degli appalti pubblici in particolare; infatti in tal modo, considerata la natura meramente formale della produzione della ricevuta, si dà piena attuazione al principio del Favor Participationis, consentendo il proseguimento della gara al concorrente che sostanzialmente è in regola e la cui omissione non ha apportato alcuna conseguenza negativa agli equilibri del confronto competitivo.

Invece, nei casi sub B, le ditte in difetto vengono generalmente escluse, con la motivazione di non avere

adempito ad una clausola essenziale del bando. Va osservato che siffatta impostazione non è più ammissibile, alla luce delle modifiche apportate al Codice degli Appalti dal D.L. 70/11 (il “Decreto Sviluppo” convertito nella Legge 106/11); infatti, a seguito di tale novità legislativa, è stato immesso nel nostro sistema degli appalti pubblici il principio della Tassatività delle Cause di esclusione, in base al quale la stazione appaltante non può prevedere cause di non ammissibilità dei concorrenti/delle offerte al di fuori di quelle espressamente e tassativamente prescritte dal legislatore (il nuovo comma 1bis dell’art. 46 del Codice recita: <<i>bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.>>). In quest’ottica, si ritiene che casi del tipo in questione non debbano più presentarsi, in quanto non è valutabile come legittima la facoltà che l’amministrazione appaltante si riserverebbe nel bando/lettera di invito, di sanzionare in modo così grave un’omissione non valutata a monte dal legislatore come rilevante.

D’altronde la stessa Autorità ammette incidentalmente -nel sopra citato parere n. 147/20.07.11- che “la mancata comunicazione degli estremi del versamento no può costituire sic et simpliciter motivo di esclusione delle imprese concorrenti, senza un previo accertamento (circa l’avvenuto versamento) da parte della stazione appaltante”. Nel caso di specie il parere del Consiglio dell’Autorità è stato pronunciato in favore dell’esclusione del concorrente che non risultava (sulla base dell’attività di accertamento svolta dalla stazione appaltante) avesse provveduto ad effettuare il dovuto versamento del contributo né on line al Servizio Riscossione Contributi né presso gli uffici postali sul conto corrente intestato all’AVCP.

In conclusione, l’omessa presentazione della ricevuta è un’omissione sanabile; in tal caso la S.A., in sede di apertura dei plichi e verifica della documentazione amministrativa, potrà ammettere con riserva il concorrente che non ha prodotto la ricevuta ed assegnargli un termine congruo per consentire la presentazione integrativa; successivamente, in seduta pubblica, la S.A. provvederà ad acquisire alla documentazione di gara l’attestazione di pagamento ed, al contempo, a sciogliere la riserva ammettendo il concorrente al prosieguo di gara, qualora risultino dimostrati in modo certo ed inconfutabile sia l’effettivo versamento sia il rispetto del termine di pagamento.

Pagamento parziale

La fattispecie del pagamento parziale ricorre quando l'operatore economico ha provveduto al versamento del contributo all'A.V.C.P. entro il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta, ma la somma pagata è inferiore all'ammontare effettivamente dovuto.

In tal caso l'operatore potrà consultare, fra le istruzioni dell'A.V.C.P., la F.A.Q. n. 20 (nella versione aggiornata al 01/03/2011) che qui si riporta: **D20. È ammessa per gli operatori economici l'integrazione dell'importo del versamento successivamente all'invio dell'offerta?**

R20. Se i termini per l'invio dell'offerta non sono ancora decorsi, l'operatore economico può eseguire un nuovo versamento per l'intera somma dell'importo corretto dandone evidenza alla stazione appaltante e, successivamente, richiedere il rimborso dell'importo inferiore erroneamente versato. Laddove, invece, i termini per la presentazione dell'offerta siano già decorsi, l'operatore economico non è ammesso alla gara e non ha diritto a rimborso.

Alla luce di tale indicazione, la stazione appaltante non può che escludere il concorrente in difetto per non avere versato l'importo esattamente dovuto.

Tale linea di condotta si scontra però con il principio del Favor Participationis, che implica il dovere generale delle amministrazioni appaltanti di mantenere nella procedura concorsuale il più ampio numero possibile di partecipanti, al fine di attuare la più ampia concorrenza e, conseguenzialmente, perseguire la massima efficacia della comparazione fra diverse proposte contrattuali.

Il contemperamento tra tali contrapposte esigenze è stato realizzato dalla stessa Autorità nel parere n. 34/08, nel quale, rifacendosi a consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, vengono definite in modo perentorio le coordinate giuridiche ed amministrative della fattispecie in questione:

- la stazione appaltante nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, ha l'onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche, non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti;
- pertanto, le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ed in particolar modo le clausole di esclusione dalla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili;
- A contrario, solo quando le prescrizioni del bando o della lettera d'invito prevedano espressamente, con formulazione chiara e non equivoca, l'esclusione dalla procedura quale sanzione della loro inosservanza anche soltanto formale, la stazione appaltante è inevitabilmente tenuta al rispetto della normativa;
- in mancanza di una sufficiente chiarezza nei dati formali in questione, non può disporsi l'esclusione di un'impresa (si vedano Consiglio Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5511; Consiglio Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5198);

nel caso di specie l'adempimento richiesto non può considerarsi sufficientemente chiaro; in particolare, infatti, la stazione appaltante avrebbe dovuto considerare che la mancata indicazione dell'esatto importo del contributo da versare avrebbe potuto, come si è verificato nel caso in questione, indurre in errore le imprese le quali, oltre a commettere errori di calcolo, avrebbero potuto non reperire agevolmente gli importi della contribuzione che la delibera annuale dell'Autorità contiene e cui la lettera di invito rimanda; sarebbe stato, senza dubbio, più agevole per i concorrenti veder riportato direttamente sulla documentazione di gara l'importo da dover pagare.

Da ciò consegue la posizione univoca di Autorità e giurisprudenza, volta ad ammettere il concorrente all'integrazione del versamento anche in data successiva al termine di scadenza, in caso di oggettiva ambiguità del bando; presupposto, quest'ultimo, che la stazione appaltante deve espressamente riconoscere nello stesso atto con cui ammette il partecipante al pagamento integrativo.

A questo punto, argomentando a contrario, non si può non concludere che, in presenza di una *lex specialis* chiara e non equivoca, l'integrazione dell'importo del versamento in data successiva alla scadenza non può essere consentita; tale ipotesi è in tutto e per tutto equiparabile all'ipotesi di omesso pagamento e pertanto la ditta in difetto non può essere ammessa al prosieguo di gara.

In altri termini, qualora il testo del bando/disciplinare/lettera di invito non crea alcun equivoco, trova senz'altro applicazione quanto indicato dalla stessa Autorità nelle proprie istruzioni ufficiali (che, è appena il caso di precisare, sono vincolanti per tutti i soggetti che operano a vario titolo nel settore degli appalti pubblici), ovvero: <<Laddove i termini per la presentazione dell'offerta siano già decorsi, l'operatore economico non è ammesso alla gara>>.

<https://www.diritto.it/la-tassa-sulle-gare/>