

In tema di mancato versamento del contributo ANAC entro il termine fissato per la presentazione delle offerte

di Adriano Cavina

Data di pubblicazione: 13-2-2019

Contributo ANAC - Omesso versamento - Esclusione - Clausola prevista dalla *lex specialis* - Legittimità

Il mancato versamento del contributo ANAC entro il termine fissato per la presentazione delle offerte comporta l'automatica esclusione del concorrente dalla gara, ogni qualvolta l'adempimento sia espressamente imposto, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*.

E' questo il principio ribadito dal TAR Roma con la sentenza in commento, che, su un piano generale, sembra porsi in linea con l'orientamento giurisprudenziale prevalente (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, del 19 aprile 2018, n. 2386; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VI, 2 giugno 2016, in causa C-27/15).

Deve tuttavia rilevarsi che, ad una più approfondita analisi, la sentenza del TAR Roma pare porsi in contrasto con una più analitica posizione giurisprudenziale, secondo cui il mancato versamento del contributo ANAC può determinare l'automatica e diretta esclusione dalla gara – ove ciò sia espressamente previsto dalla *lex specialis* – solo in relazione alle procedure di gara volte all'affidamento di lavori pubblici, ma non anche con riguardo agli appalti di servizi e forniture (Consiglio di Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3950). E ciò sulla base del principio di tassatività delle cause di esclusione, e del tenore letterale della disposizione di legge (art. 1, comma 67, l. n. 266/2005), da cui discende la conseguenza espulsiva, che infatti prevede *"l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle (n.d.a. sole) procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche"*.

Sicché, aderendo a questa ricostruzione ed essendo la fattispecie esaminata dal TAR Roma relativa ad una gara avente per oggetto la fornitura di automobili, il mancato versamento del contributo ANAC avrebbe dovuto determinare il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, piuttosto che l'automatica e diretta esclusione del concorrente dalla gara.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 21/11/2018

N. 11263/2018 REG.PROV.COLL.

N. 10312/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio****(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 10312 del 2018, proposto da Scaglia Indeva S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Gianni', Laura Caterina Ciavarella e Alessia Stracquadini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia presso lo studio dell'avv. Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo 101;

contro

Poste Italiane S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Filippetto, Flavia Speranza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

1) del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara indetta da Poste Italiane spa avente a oggetto la "fornitura di n. 60 veicoli a guida automatica per il trasporto di unità di carico per i CMP" caricato sul sito internet di Poste Italiane spa il 9/07/2018;

2) di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso, ivi compreso il Capitolato Speciale d'Oneri, parte I, non pubblicato nella sezione del sito internet riservata agli operatori economici e perciò conosciuto dalla ricorrente solo dopo l'esclusione dalla gara, nella parte in cui prevede che "la mancata costituzione della...garanzia provvisoria prima della scadenza del termine di presentazione dell'istanza/offerta costituirà causa di esclusione dalla gara" e nella parte in cui "si precisa che il mancato pagamento della...contribuzione [a favore dell'ANAC, n.d.r.] prima della presentazione dell'istanza/offerta costituirà causa di esclusione dalla gara" perché inefficace, in quanto non pubblicato nella sezione riservata agli o.e., e/o comunque illegittimo/nullo, ove ritenuto efficace e vincolante, perché introduce cause di esclusione non previste dal Codice degli appalti;

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento, in forma specifica, del danno ingiusto subito dalla ricorrente come conseguenza dell'illegittimo provvedimento di esclusione, attraverso la sua

riammissione in gara, e solo in subordine per equivalente, con riserva di quantificarne l'ammontare in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Poste Italiane S.p.a.-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2018 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per la ricorrente l'Avv. A. Stracquadini e per Poste S.p.a. l'Avv. F. Speranza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 9 maggio 2018 Poste Italiane ha indetto una procedura di gara aperta, in modalità telematica, per la fornitura di n. 60 veicoli a guida automatica per il trasporto di unità di carico per un valore totale stimato dell'appalto pari ad Euro 1.249.960,00 e durata stabilita in 12 mesi a decorrere dalla data di stipula del contratto.

In data 4 luglio 2018 si è riunita in seduta pubblica la Commissione di gara per esaminare le offerte prodotte dalle Imprese/RTI concorrenti.

Il Presidente della Commissione di gara ha rilevato che, nel termine fissato per la presentazione delle offerte (ore 13:00 del 15.6.2018) aveva presentato offerta, in busta chiusa digitale, mediante la piattaforma online "Posteprocurement" solo la società Scaglia Indeva.

Dopo l'apertura della busta telematica la Commissione ha rilevato che la società ricorrente non aveva inserito le attestazioni di pagamento del contributo all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e della Garanzia Provvisoria.

La Commissione, dopo aver avviato un contraddittorio con la predetta azienda sulla documentazione mancante, ha deliberato di escludere dalla gara la società Scaglia Indeva per incompletezza della documentazione amministrativa fornita.

Avverso gli atti in epigrafe ha quindi proposto ricorso l'interessata deducendo i seguenti motivi:

Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30, co.

7, 83, commi 8 e 9, 93, co. 1 e 8, 114, co. 1, 133, co. 1, 136, co. 1, del D.lgs. n. 50/2016 – Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – Violazione dei principi di buona fede, correttezza e leale collaborazione tra Stazione appaltante e concorrente nella fase pubblicistica che precede la stipula del contratto – Violazione dei principi della concorrenza nel mercato degli appalti pubblici – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti, ingiustizia manifesta, irragionevolezza e illogicità – Violazione dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa – Violazione dell'interesse strumentale e procedimentale alla gestione della procedura di gara in modo leale e corretto, utilizzando ogni forma inclusiva, compreso il soccorso istruttorio.

L'obbligo di effettuare il versamento della cauzione provvisoria e del contributo ANAC sarebbe previsto esclusivamente nel Capitolato Speciale d'Oneri, parte I, che non sarebbe stato allegato dalla stazione appaltante tra i documenti di gara accessibili al concorrente nella parte ad accesso riservato del portale internet (www.posteprocurement.it).

Tra i documenti inseriti in questa parte del portale non figuravano il CSO, parte I, né alcun allegato che in qualche modo si riferisse al pagamento della cauzione provvisoria e del contributo ANAC.

Siffatta circostanza avrebbe indotto in errore la ricorrente, che ha completato la procedura telematica di invio della domanda di partecipazione, senza che il sistema le richiedesse di allegare le ricevute dei due versamenti in contestazione o che in qualche modo segnalasse l'irregolarità.

Ciò dimostrerebbe il carattere scusabile dell'errore in cui è incorsa la ricorrente, per cui Poste S.p.a. avrebbe dovuto consentire alla ricorrente di sanare le omissioni contestate mediante il procedimento di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, cod. appalti in ragione del carattere non essenziale delle mancanze riscontrate.

Quanto al mancato versamento della cauzione provvisoria di cui all'art. 93 del codice appalti, la cauzione provvisoria non assume il carattere di requisito di ammissione alla gara (che, come tale, deve essere posseduto entro il termine di presentazione delle dell'offerta), ma costituisce una garanzia di serietà dell'offerta; inoltre l'art. 93, comma 8, cod. appalti, per la cauzione "definitiva" a garanzia dell'esecuzione del contratto, prevede una deroga a favore delle microimprese e piccole e medie imprese (come la ricorrente) al fine di favorire l'apertura del mercato dei contratti pubblici, che indurrebbe a ritenere applicabile la deroga anche nel caso della costituzione della cauzione provvisoria.

Quanto al mancato versamento del contributo a favore dell'ANAC entro il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta, esso non sarebbe elemento che contribuirebbe a qualificare il concorrente sia sotto il profilo soggettivo ai fini della sua ammissione in gara, sia rispetto al contenuto tecnico dell'offerta, di modo che il mancato tempestivo versamento di tale contributo non potrebbe condurre all'esclusione dalla procedura, anche in assenza di una espressa norma del Codice dei contratti. Tale omissione sarebbe quindi sanabile con il soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.-.

Il contributo ANAC non sarebbe elemento essenziale della domanda di partecipazione e dell'offerta, essendo un mero onere economico imposto alla concorrente, non a pena di esclusione.

In base al principio sovranazionale elaborato dalla Corte di Giustizia (Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo), ribadito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 19/2016, secondo il quale non sarebbe legittima l'esclusione da una procedura di evidenza pubblica di un concorrente che non abbia percepito, perché non espressamente indicato dagli atti di gara, un obbligo il cui inadempimento è previsto a pena di esclusione, la Stazione appaltante avrebbe dovuto invitare la ricorrente a regolarizzare la propria offerta tramite l'istituto del soccorso istruttorio, che avrebbe consentito di superare l'incompletezza della documentazione trasmessa ex art. 83, co. 9, del D.lgs. n. 50/2016.

Né il completamento o l'integrazione dell'offerta avrebbe leso la *par condicio* o con il libero gioco della concorrenza o ancora con il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, posto che la ricorrente era l'unica partecipante alla gara.

La società Poste italiane si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

Alla camera di consiglio del è stata respinta la domanda cautelare di sospensione degli atti impugnati con rinvio per l'ulteriore esame del ricorso ai sensi dell'art. 120, comma 2bis, c.p.a. alla camera di consiglio del 14.11.2018.

Alla camera di consiglio del 14.11.2018, dopo ampia discussione tra le parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1. In via preliminare devono essere disattese le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dalla stazione appaltante in quanto il ricorso è infondato nel merito.

In punto di fatto è incontrovertito tra le parti che il documento "CSO Parte I - Modalità di partecipazione", insieme al Bando di Gara ed al Contratto di registrazione al Portale, fossero disponibili nell'area pubblica del Portale "Posteprocurement" dalla data di pubblicazione della gara (cfr. doc. n. 14 Poste) e anche nel sito internet di Poste (www.poste.it), nell'area Forniture e Gare alla sezione Bandi di gara (cfr. doc. 15 Poste).

2. Sulla base di tale premessa non può condividersi l'assunto della ricorrente in ordine alla mancata riproduzione del Capitolato Speciale d'Oneri, parte I, "nella sezione del sito internet riservata agli operatori economici", posto che tale documento era conoscibile da parte di tutti gli operatori economici nella parte pubblica dei due portali sopra menzionati (posteprocurement e poste.it)

3. Inoltre nella "Busta di Qualificazione" era espressamente previsto l'inserimento della garanzia provvisoria (parametro 1.10.01) e del contributo all'Autorità Nazionale Anticorruzione (CIG) (parametro 1.10.03) (cfr. doc. 8 Poste).

4. Premesso quanto sopra, si osserva che il CSO Parte I-Modalità di partecipazione, al punto

6.2 – (pagg. 13-15) Documentazione e garanzie richieste per l'ammissione alla gara, lett. d), prevede – a pena di esclusione - la costituzione di una “garanzia provvisoria, ai sensi dell’art. 93, comma 1, del D.lgs. 50/16 della validità di almeno 180 giorni dalla data di chiusura della RDO on line, per un importo pari ad euro 25.000,00 (venticinquemila/00).

Alla successiva lett. f) (pagg. 15-16) il predetto CSO prevede, sempre a pena di esclusione, che “Il partecipante alla gara dovrà produrre una “Attestazione di avvenuto pagamento della contribuzione” a favore dell’ANAC..., di cui alla deliberazione dell’Autorità stessa del 21/12/2016 in attuazione dell’art. 1, commi 65 e 67 della Legge 23/12/2005 n. 266” (contributi in sede di gara). Per il presente appalto la contribuzione in argomento è pari a quanto di seguito riportato: Lotto unico: CIG n. 747682278D2 - Euro 140,00”.

4.1. Le chiare previsioni della legge di gara, che stabilivano l’esclusione dalla gara in caso di mancata costituzione della garanzia provvisoria e di mancato pagamento della contribuzione prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione/offerta, non avrebbero potuto consentire alla commissione di attivare il soccorso istruttorio secondo quanto invocato dalla istante.

In tal senso la Corte giustizia dell’Unione Europea con la sentenza 28 febbraio 2018, C 523/16 e C 536/16 - MA.T.I. SUD S.p.a. ha osservato che non è possibile “...ovviare alla mancanza di un documento o di un’informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell’appalto, dovendo l’amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati: una siffatta richiesta non può infatti condurre alla presentazione, da parte dell’offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta”.

5. In relazione al profilo di censura con il quale si deduce la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, sul presupposto che il contributo ANAC non costituirebbe elemento essenziale della domanda di partecipazione e dell’offerta, si osserva che l’obbligo di versamento del contributo ANAC è considerato “condizione di ammissibilità dell’offerta” dall’art. 1, comma 67, della legge 266/2005. Siffatta considerazione trova conferma nell’art. 3, comma 2, della deliberazione ANAC del 20 dicembre 2017, n. 1300 e nell’orientamento espresso al riguardo dal Consiglio di Stato (cfr. decisione Sez. III 12 marzo 2018, n. 1572), secondo cui a prescindere da una espressa previsione di tale obbligo nella *lex* di gara, l’omesso pagamento del contributo non può essere sanato dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte “poiché, come è noto, il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una “condizione di ammissibilità dell’offerta” e la sanzione dell’esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge”.

6. In senso contrario a quanto sopra osservato non vale il profilo di censura, richiamato dalla difesa di parte ricorrente anche nel corso della camera di consiglio, secondo cui la mancata (ri)pubblicazione del Capitolato Speciale d’Oneri, parte I, “nella sezione del sito internet riservata agli operatori economici”, avrebbe fuorviato la società ricorrente dall’adempiere ai contestati incumbenti, in quanto:

- in primo luogo, il documento in questione era pubblicato sulla parte accessibile a tutti gli

operatori economici;

- in secondo luogo, il concorrente avrebbe dovuto inserire la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara nella "Busta di Qualificazione" - reperibile nella pagina riservata agli operatori economici partecipanti alla gara, busta che prevedeva sia l'inserimento della documentazione riguardante la garanzia provvisoria (parametro 1.10.1) sia il Contributo all'Autorità Nazionale anti corruzione (CIG) (parametro 1.10.3).

7. Né in senso favorevole alla Società istante vale l'assenza di altri concorrenti – quale circostanza che escluderebbe la lesione del principio di par condicio fra gli stessi – atteso che la stazione appaltante era comunque tenuta ad applicare le regole a cui si era espressamente autovincolata, in sede di indizione della procedura di gara.

In conclusione, per le ragioni esposte, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi in ragione della peculiarità della vicenda per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Achille Sinatra, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Blanda

IL PRESIDENTE
Gabriella De Michele

IL SEGRETARIO

