

Mancato pagamento del contributo ANAC: diretta esclusione dalla gara in caso di previsione nel bando di gara

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 22-2-2023

Il mancato pagamento del contributo ANAC comporta l'esclusione dalla gara - ed è insuscettibile di soccorso istruttorio - tutte le volte in cui ciò sia previsto dal bando e purché l'omissione sia consistita nel mancato pagamento del contributo stesso e non, invece, nella sola mancata produzione della ricevuta comprovante un pagamento in concreto tempestivamente effettuato.

Guida alla lettura

Con la **pronuncia n. 14** dello scorso 18 gennaio, la **II Sezione del TAR Cagliari** si è occupata delle conseguenze derivanti dal mancato pagamento del contributo ANAC allorquando lo stesso sia previsto dal bando di gara. Al riguardo i Giudici ribadiscono la posizione fatta propria dal prevalente orientamento del Supremo Consesso amministrativo, a tenore della quale **il mancato pagamento del contributo ANAC comporta l'esclusione dalla gara - ed è insuscettibile di soccorso istruttorio - tutte le volte in cui ciò sia previsto dal bando e purché l'omissione sia consistita nel mancato pagamento del contributo stesso e non, invece, nella sola mancata produzione della ricevuta comprovante un pagamento in concreto tempestivamente effettuato.**

Richiamando quanto affermato dal Consiglio di Stato (Sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3288): *“il mancato versamento del contributo determina, ex lege, l'inammissibilità dell'offerta anche nelle gare volte all'affidamento di appalti di servizi, come motivatamente evidenziato, da ultimo, nella recente pronuncia di questo Consiglio n. 746 del 2020, cui si opera integrale richiamo ai sensi dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a.”*; ancora: *“la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento il concorrente sarà escluso dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 1, comma 67 della l. 266/2005”* (Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2020, n. 746).

L'impostazione, da ultimo seguita dalla pronuncia in commento, trae le mosse dal condivisibile presupposto che **il mancato pagamento nei termini del contributo ANAC non**

è suscettibile di soccorso istruttorio perché rappresenta una “condizione di ammissibilità dell’offerta, secondo quanto previsto dall’art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005, per cui la sanzione dell’esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge” (così Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572).

A parere della Sezione, dunque, non può condividersi l’assunto difensivo secondo cui la causa di esclusione in esame non sarebbe prevista dalla legge, la quale, viceversa, definisce espressamente il pagamento del contributo quale “condizione di ammissibilità dell’offerta” e ciò spiega l’inutilizzabilità del soccorso istruttorio, tanto è vero che l’art. 12 del Bando Tipo n. 1, adottato dall’ANAC nel 2017, ai sensi dell’art. 213 del d.gs. 18 aprile 2016, n. 50, inserisce espressamente il pagamento del contributo tra le condizioni che devono necessariamente accompagnare l’offerta.

Né assume rilievo in senso opposto il fatto che il sopra citato art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, faccia testualmente riferimento ai soli appalti di lavori pubblici, giacché tale previsione normativa risale a quando l’allora esistente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture aveva una competenza limitata a quello specifico settore, solo successivamente estesa ai servizi e forniture dall’art.6, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con la conseguente (implicita) estensione anche della disciplina sul pagamento del contributo, poi confermata dall’art. 213, comma 12, del vigente d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) in relazione all’attuale Autorità nazionale anticorruzione, che ha ereditato i compiti e le funzioni della soppressa Autorità di vigilanza.

Con riferimento al caso specifico, infine, neppure può condividersi l’ulteriore assunto difensivo volto a equiparare la situazione della ricorrente a quella controinteressata, non soltanto perché, comunque, tale aspetto avrebbe dovuto essere oggetto di ricorso incidentale, ma prima ancora perché, come già si è evidenziato in fatto, mentre la ricorrente aveva effettuato tempestivamente il pagamento del contributo ANAC, omettendo di produrre soltanto la relativa ricevuta, la controinteressata aveva omissis il pagamento *tout court*, incorrendo nell’unica situazione che non consente il soccorso istruttorio, come evidenziato dalle pronunce sopra richiamate ed espressamente confermato espressamente dal Bando Tipo ANAC n. 1/2017.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 673 del 2022, proposto da:

Ditta Garau Mauro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Barberio e Stefano Porcu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Villamassargia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Rosanna Patta e Sergio Segneri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Rosanna Patta, in Cagliari, via Sonnino n. 84;

nei confronti

Autolinee Frau S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Ballero e Francesco Ballero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- della determinazione di aggiudicazione del *“Servizio trasporto scolastico mediante procedura negoziata, residenti a Villamassargia – periodo 2022/2023, 2023/2024, 2024/2025”* alla ditta Autolinee FRAU S.r.l.;

- della determinazione del Settore Finanziario e Pubblica Istruzione n. 128 del 9.09.2022, relativa all'affidamento del *“Servizio trasporto scolastico per gli anni scolastici 2022/2023, 2023/2024, 2024/2025 tramite procedura negoziata senza previa indizione del bando sul portale SardegnaCat, rfq_397335. Aggiudicazione gara”* a favore della società Autolinee FRAU S.r.l.;

- della determinazione non conosciuta, né comunicata (e se esistente) con la quale è stata approvata la proposta di aggiudicazione della gara a favore della controinteressata, nonché di tutti i verbali di gara nella parte in cui ammettono e non escludono dalla gara l'aggiudicataria società Autolinee FRAU S.r.l. e dell'eventuale provvedimento, se esistente, di soccorso istruttorio concesso alla controinteressata;

nonché per ottenere:

- attraverso la condanna del Comune di Villamassargia, l'aggiudicazione della gara quale risarcimento in forma specifica, mediante il subentro nel contratto in essere che dovesse eventualmente essere stato sottoscritto tra controinteressato e Amministrazione resistente;

nonché, in subordine:

- qualora non sia possibile il risarcimento in forma specifica, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento per equivalente da determinarsi in misura quanto meno pari al 10% del valore dell'appalto, ovvero in quella diversa somma che il Collegio riterrà dovuta e di giustizia, anche in via equitativa, oltre rivalutazione, interessi e maggior danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Villamassargia e di Autolinee Frau S.r.l.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2023 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ditta individuale Mario Garau impugna gli esiti della procedura negoziata indetta dal Comune di Villamassargia per l'affidamento, con il criterio del minor prezzo, del Servizio di trasporto scolastico per il triennio 2022-2025.

Difatti la ricorrente, collocata al secondo posto della graduatoria finale, assume che la prima classificata e aggiudicataria Autolinee Frau S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura selettiva per avere omesso il pagamento del contributo di venti euro previsto, ai fini del funzionamento dell'ANAC, che la stessa controinteressata ha effettuato solo a seguito di soccorso istruttorio.

Secondo la ricorrente, infatti, l'adempimento in questione non era suscettibile di soccorso istruttorio alla luce, oltre che della vigente disciplina primaria, dell'art. 12.7 del disciplinare di gara, secondo cui *"Nella RdO a sistema la ditta partecipante dovrà inserire la seguente documentazione: ... Documentazione comprovante il pagamento di € 20,00 quale contributo a carico degli operatori economici, per la copertura dei costi di funzionamento dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici. La mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara"*: tale previsione di gara, testualmente sanzionata con l'esclusione, esprimerebbe la chiara volontà della stazione appaltante di non ammettere il soccorso istruttorio, che sarebbe da escludere, altresì, alla luce di un consolidato orientamento giurisprudenziale in tal senso.

Si è costituito in giudizio il Comune di Villamassargia, contestando la fondatezza del ricorso, in primo luogo, sul presupposto che la ditta Garau è stata, a sua volta, ammessa a soccorso istruttorio per avere omesso di produrre la ricevuta di pagamento del contributo ANAC, per cui la stessa non avrebbe concreto interesse a dedurre la sopra descritta censura; sempre secondo la difesa del Comune, inoltre, la norma del Disciplinare richiamata in ricorso dovrebbe essere correttamente intesa alla luce della *lex specialis* di gara di gara considerata nel suo complesso, che consentiva il soccorso istruttorio per sanare *“la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale nella documentazione richiesta”* (art. 11, ultimo comma, del Disciplinare) e *“Qualsiasi elemento formale della domanda”* (art. 14 dello stesso Disciplinare), ribadendo la disciplina primaria di riferimento che consente il soccorso istruttorio anche nelle ipotesi di radicale *“mancanza”* della documentazione richiesta.

Si è, altresì, costituita in giudizio, la controinteressata Autilnee Frau S.r.l., concludendo in termini analoghi anche alla luce del principio di tassatività legale delle cause di esclusione dalla gara.

Con ordinanza 10 novembre 2022, n. 285, questa Sezione ha respinto l’istanza cautelare proposta in ricorso allo scopo di *“salvaguardare l’interesse pubblico al regolare espletamento del servizio, considerato che -all’esito dell’udienza di merito, da fissare sin d’ora alla data del 21 dicembre 2022- le ragioni della ricorrente, qualora fondate, potranno trovare adeguata tutela mediante subentro della stessa nel rapporto contrattuale e risarcimento dei danni da ritardo”*.

Con successive memorie le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 21 dicembre 2022 la causa è stata rinviata al 12 gennaio 2023 e a quest’ultima pubblica udienza è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato.

Non vi sono, infatti, ragioni per discostarsi dal prevalente orientamento del Giudice d’appello secondo cui il mancato pagamento del contributo ANAC comporta l’esclusione dalla gara ed è insuscettibile di soccorso istruttorio tutte le volte in cui ciò sia previsto dal bando e purché, come avvenuto nel caso ora in esame, l’omissione sia consistita nel mancato pagamento del contributo stesso e non, invece, nella sola mancata produzione della ricevuta comprovante un pagamento, invece, tempestivamente effettuato.

Al riguardo è possibile richiamare, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3288, secondo cui *“il mancato versamento del contributo determina, ex lege, l’inammissibilità dell’offerta anche nelle gare volte all’affidamento di appalti di servizi, come motivatamente evidenziato, da ultimo, nella recente pronuncia di questo Consiglio n. 746 del 2020, cui si opera integrale richiamo ai sensi dell’art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a.”*, nonché quest’ultima sentenza della V Sezione, 30 gennaio 2020, n. 746/2020, secondo cui *“la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell’art. 83, comma 9 del Codice, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell’offerta. In caso di mancata dimostrazione dell’avvenuto pagamento il*

concorrente sarà escluso dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 1, comma 67 della l. 266/2005".

Impostazione, questa, derivante dal condivisibile presupposto che il mancato pagamento nei termini del contributo ANAC non è suscettibile di soccorso istruttorio perché rappresenta una *"condizione di ammissibilità dell'offerta, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005, per cui la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge"* (così Consiglio di Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572).

Non può condividersi, dunque, l'assunto difensivo secondo cui la causa di esclusione in esame non sarebbe prevista dalla legge, la quale, viceversa, definisce espressamente il pagamento del contributo quale *"condizione di ammissibilità dell'offerta"* e ciò spiega l'inutilizzabilità del soccorso istruttorio, tanto è vero che l'art. 12 del Bando Tipo n. 1, adottato dall'ANAC nel 2017, ai sensi dell'art. 213 del d.gs. 18 aprile 2016, n. 50, inserisce espressamente il pagamento del contributo tra le condizioni che devono necessariamente accompagnare l'offerta.

Né assume rilievo in senso opposto il fatto che il sopra citato art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, faccia testualmente riferimento ai soli appalti di lavori pubblici, giacché tale previsione normativa risale a quando l'allora esistente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture aveva una competenza limitata a quello specifico settore, solo successivamente estesa ai servizi e forniture dall'art. 6, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con la conseguente (implicita) estensione anche della disciplina sul pagamento del contributo, poi confermata dall'art. 213, comma 12, del vigente d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) in relazione all'attuale Autorità nazionale anticorruzione, che ha ereditato i compiti e le funzioni della soppressa Autorità di vigilanza.

Con riferimento al caso specifico, infine, neppure può condividersi l'ulteriore assunto difensivo volto a equiparare la situazione della ricorrente a quella controinteressata -non soltanto perché, comunque, tale aspetto avrebbe dovuto essere oggetto di ricorso incidentale, ma prima ancora- perché, come già si è evidenziato in fatto, mentre la ricorrente aveva effettuato tempestivamente il pagamento del contributo ANAC, omettendo di produrre soltanto la relativa ricevuta, la controinteressata aveva ommesso il pagamento *tout court*, incorrendo nell'unica situazione che non consente il soccorso istruttorio, come evidenziato dalle pronunce sopra richiamate ed espressamente confermato espressamente dal Bando Tipo ANAC n. 1/2017

Per quanto sin qui esposto il ricorso è fondato, con il conseguente annullamento degli atti impugnati e il subentro della ricorrente nel rapporto contrattuale, se già in essere.

Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite, considerata l'obiettiva particolarità della *res controversa*.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe proposto e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati,

disponendo il subentro della ricorrente nel rapporto contrattuale tra il Comune di Villamassargia e la società controinteressata, se già in essere.

Compensa tra le parti le spese del presente giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2023.