

Il contributo ANAC tra causa di esclusione automatica e soccorso istruttorio: la parola all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

di Christian Corbi

Data di pubblicazione: 10-2-2025

L'omesso versamento del contributo ANAC, entro i termini di partecipazione ad una procedura pubblica per l'affidamento di lavori, servizi o forniture, determina l'esclusione del concorrente senza possibilità di soccorso istruttorio oppure tale carenza configura solo irregolarità essenziale sanabile mediante il soccorso istruttorio (previa declaratoria di nullità parziale delle eventuali clausole della lex specialis che, in senso difforme, contemplino l'esclusione del concorrente)?

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 4006 del 2024, proposto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9742448A6A, 9742484820, 9742494063, 9742954BFA, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12,

contro

- l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella e Egidio Mammone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- AB Medica S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Renna e Nicola Sabbini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 3340/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e di AB Medica S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2024, il Cons. Angelo Roberto Cerroni e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

FATTO

1. – Con Deliberazione n. 591 del 6 aprile 2023, l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini ha indetto una *“Procedura aperta telematica ai sensi dell’art. 60 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell’art. 54 comma 4, lett. a) del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., finalizzata all’affidamento della fornitura di protesi e dispositivi medici per le necessità della U.O.S. di Cardiologia Interventistica dell’Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, suddivisa in 43 Lotti”*, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.. L’art. 12 del Disciplinare di gara, relativo al *“Pagamento del contributo a favore dell’ANAC”*, prevede che: *“i concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell’Autorità Nazionale Anticorruzione secondo le modalità di cui alla delibera ANAC da ultimo vigente pubblicata sul sito dell’ANAC nella sezione “Contributi in sede di gara” e allegano la ricevuta ai documenti di gara. L’importo del contributo è indicato nell’Allegato 1A “Dettaglio della fornitura” colonna “Importo contributo ANAC”. In caso di mancata presentazione della ricevuta la stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCpass. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, 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, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara, ai sensi dell’art. 1, comma 67, della Legge n. 266/2005”*.

1.1. – Alla procedura aperta hanno preso parte numerosi concorrenti, tra cui AB Medica S.p.a. che ha fatto pervenire, entro il termine di scadenza fissato dal bando alle ore 12.00 del 26 maggio 2023, la propria offerta in relazione ai lotti 1, 7, 10, 11 e 42.

1.2. – In sede di verifica della documentazione amministrativa, l'Azienda ospedaliera, con p.e.c. del 29 maggio 2023, ha attivato il soccorso istruttorio ai sensi dell’art. 83, co. 9, del

d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. (applicabile *ratione temporis*) richiedendo ad AB Medica di integrare la domanda di partecipazione producendo, tra l'altro, *“le ricevute di pagamento del contributo previsto per i Lotti 7, 10, 11 e 42 in favore di ANAC”*.

1.3. – Nondimeno, esperito utilmente il soccorso istruttorio, l'Amministrazione, con Determinazione Dirigenziale n. 345 dell'8 giugno 2023 - notificata a mezzo p.e.c. in data 14 luglio 2023 - ha disposto l'esclusione di AB Medica sul rilievo che l'operatore economico *“ha prodotto le ricevute attestanti il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per i Lotti 7, 10, 11 e 42 che recano quale data del versamento il giorno 01/06/2023 ossia una data successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte fissato alle ore 12.00 del 26/05/2023. Il concorrente, ammesso al soccorso istruttorio, ha dimostrato di aver effettuato il pagamento ma oltre il termine previsto e, pertanto, in violazione all'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005 nonché all'art. 12 del Disciplinare di gara”*.

2. – AB Medica ha presentato un'istanza di riesame affinché l'Azienda ospedaliera provvedesse all'annullamento in autotutela dell'esclusione ex art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990: ha dedotto al riguardo che l'art. 1, co. 67, della legge n. 266/2005 – che contempla *“l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche”* - forma oggetto di interpretazione eurounitariamente orientata da parte della giurisprudenza amministrativa secondo cui tale adempimento può anche essere tardivo ed è sanabile con il soccorso istruttorio in quanto estraneo al contenuto dell'offerta, indi la clausola di esclusione prevista dall'art. 12 del Disciplinare di gara esulerebbe dal novero delle cause di esclusione ammesse dalla legge ai sensi del combinato disposto degli artt. 83, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016 e 1, co. 67, della legge n. 266/2005 e, in quanto atipica, sarebbe affetta da nullità e si intenderebbe come *“non apposta”* a tutti gli effetti di legge.

2.1. – Senonché, l'Amministrazione ha respinto l'istanza e confermato l'esclusione sull'assunto che il soccorso istruttorio fosse utilmente esperibile nella sola ipotesi in cui il pagamento fosse stato assolto prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta e fosse mancata solamente la presentazione della relativa ricevuta di pagamento. Ha ulteriormente rimarcato la stazione appaltante che *“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”, tanto è vero che l'art. 12 del Bando Tipo n. 1, adottato dall'ANAC nel 2017, ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, inserisce espressamente il pagamento del contributo tra le condizioni che devono necessariamente accompagnare l'offerta”*.

3. – AB Medica ha quindi presentato ricorso innanzi al TAR per il Lazio deducendo due profili di censura, l'uno incentrato sulla assunta violazione dell'art. 1, co. 67, della legge n. 266/2005 - che contemplerebbe l'obbligo di versamento del contributo quale condizione di ammissibilità dell'offerta, senza conferire alla tempistica del pagamento un peso determinante – e sull'asserita nullità della clausola espulsiva recata dall'art. 12 del Disciplinare di gara, l'altro

consistito nell'indebito disconoscimento dell'errore scusabile riveniente dall'ambigua formulazione della documentazione di gara che non aveva richiesto espressamente l'allegazione della ricevuta di pagamento del contributo in favore dell'ANAC.

3.1. – L'Autorità Nazionale Anticorruzione si è costituita nel giudizio di primo grado, evidenziando che, qualora il pagamento del contributo non risultasse dal sistema, la stazione appaltante avrebbe potuto attivare il soccorso istruttorio e richiedere la regolarizzazione con inserimento nel fascicolo virtuale dell'operatore economico (c.d. FVOE) della ricevuta di avvenuto pagamento, unicamente a condizione che quest'ultima avesse data anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte, mentre non sarebbe stato esperibile il soccorso istruttorio in caso di ricevuta di pagamento avente data successiva al termine fissato per la presentazione delle offerte, pena il rischio di una facile elusione dell'obbligo di pagamento del contributo, di cui all'art. 1, co. 67, della legge n. 266/2005.

4. – Il giudice di prime cure, nell'accogliere il ricorso, ha statuito che il mancato pagamento del contributo ANAC è sanabile mediante soccorso istruttorio, mentre l'invalidità dell'offerta consegue al mancato versamento dello stesso nei termini indicati dal soccorso istruttorio dalla stazione appaltante (e non già entro i termini di partecipazione alla gara). Per l'effetto AB Medica è stata riammessa alla valutazione dai lotti esclusi e alla conseguente aggiudicazione per il lotto 42 della procedura che altrimenti sarebbe andato deserto.

5. – ANAC ha appellato la pronuncia di prime cure patrocinando la riaffermazione del principio di diritto secondo cui il mancato pagamento del contributo all'ANAC entro il termine per la presentazione delle offerte implica inderogabilmente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di sanatoria mediante soccorso istruttorio, e ha corredato il gravame di istanza cautelare declinata secondo gli stilemi dell'art. 55, co. 10, c.p.a. con la domanda della sollecita fissazione di merito.

6. – AB Medica si è costituita in giudizio svolgendo motivate controdeduzioni e riproponendo anche la seconda censura, assorbita in primo grado: l'appellante, da un lato, difende l'accoglimento del primo motivo del ricorso introduttivo, poiché il pagamento del contributo ANAC è avvenuto conformemente a quanto prescritto dall'art. 1, co. 67, della legge n. 266/2005 e, comunque, poiché i provvedimenti illegittimi originano da una clausola espulsiva nulla, quale sarebbe quella contenuta nell'art. 12 del Disciplinare di gara, dall'altro, ripropone il secondo motivo, poiché i provvedimenti sarebbero stati disposti in attuazione di un'ambigua formulazione di gara in spregio alle note esigenze di tutela dell'affidamento (l'art. 15 del Disciplinare non prevedeva l'allegazione della ricevuta di pagamento nella documentazione amministrativa). La difesa di AB Medica prospetta altresì, in subordine, la questione di legittimità costituzionale o il rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per chiarire l'interpretazione della direttiva, ossia se l'esclusione dell'offerta per mancato assolvimento del contributo ANAC, tributo di importo modesto, sia compatibile con l'art. 57, par. 3, della direttiva 2014/24/UE, che prevede espressamente che gli Stati membri possano prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie qualora un'esclusione sia chiaramente sproporzionata, *"in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali"*, nonché con i principi europei di *favor participationis*, libertà di iniziativa economica e concorrenza.

7. – In sede di discussione camerale alla camera di consiglio dei 13 giugno 2024 le parti hanno convenuto per l'abbinamento della causa al merito.

Espletato lo scambio delle memorie difensive ex art. 73 cod. proc. amm., la causa è stata infine discussa all'udienza pubblica del 14 novembre 2024 e conseguentemente trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – La *vexata questio* su cui verte il presente gravame consiste, in via di estrema sintesi, nella dibattuta valenza escludente del mancato pagamento entro il termine di partecipazione alla procedura di gara del contributo dovuto dagli operatori economici all'ANAC in forza dell'art. 1, co. 67, della legge n. 266/2005 e nella conseguente insanabilità di tale omissione per via di soccorso istruttorio: la questione ha notoriamente dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale tra diverse Sezioni di questo Consiglio di tal ch  si rende necessario, ai fini del decidere, deferire la risoluzione della questione ermeneutica all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ex art. 99, co. 1 cod. proc. amm..

2. – Ai fini di un inquadramento generale del contrasto ermeneutico, mette conto di evidenziare che la disposizione di rango primario al centro dell'attenzione – l'art. 1, co. 67, legge n. 266/2005 - stabilisce *“l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilit  dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche”* senza ancorare tuttavia tale condizione preclusiva ad un *dies ad quem* perentorio.

2.1. – Il Disciplinare della gara per cui   causa, all'art. 12 *“Pagamento del contributo a favore dell'ANAC”*, stabilisce che *“[i] concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorit  Nazionale Anticorruzione secondo le modalit  di cui alla delibera ANAC da ultimo vigente pubblicata sul sito dell'ANAC nella sezione “Contributi in sede di gara” e allegano la ricevuta ai documenti di gara. L'importo del contributo   indicato nell'Allegato 1A “Dettaglio della fornitura” colonna “Importo contributo ANAC”. In caso di mancata presentazione della ricevuta la stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCpass. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la mancata presentazione della ricevuta potr  essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice, a condizione che il pagamento sia stato gi  effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 1, comma 67, della Legge n. 266/2005”*.

3. – I due orientamenti interpretativi che si sono delineati in seno alla giurisprudenza del Consiglio di Stato approdano ad esiti applicativi diametralmente opposti pur prendendo le mosse dal medesimo dato positivo: il primo indirizzo, che pu  definirsi sinteticamente rigorista, assume che il mancato pagamento del contributo ANAC entro il termine per la presentazione delle offerte implichi l'esclusione del concorrente e non sia passibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio, esperibile solo rispetto alla produzione tardiva della attestazione di pagamento; per converso, l'indirizzo opposto, sintetizzabile come permissivista, ammette

l'esperibilità del soccorso istruttorio rispetto all'omesso pagamento annettendo carattere perentorio al termine di regolarizzazione fissato proprio in sede di soccorso e assumendo la nullità parziale delle eventuali clausole escludenti di segno contrario recate dalla *lex specialis*.

4. – Questi gli argomenti ermeneutici addotti a sostegno della tesi rigorista.

4.1. – Primeggia innanzitutto l'argomento letterale che pone l'accento sul tenore testuale dell'art. 1, co. 67, della l. n. 266 del 2005 alla stregua del quale il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una "*condizione di ammissibilità dell'offerta*" di tal ch  la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge (Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572; nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2020, n. 746; Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3288; da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2023, n. 7252; Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9186).

Secondo tale indirizzo, a nulla rileverebbe l'obiezione sistematica secondo la quale tale condizione di ammissibilit  sia stata espressamente prevista solo nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche giacch  la previsione di rango primario   stata dettata quando la sfera di attribuzioni dell'Autorit  di vigilanza, istituita con l'art. 4 della legge n. 109 del 1994 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), era limitata al settore delle opere pubbliche ("*Autorit  di vigilanza sui lavori pubblici*"). Solo con l'art. 6, co. 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*) la competenza dell'Autorit    stata estesa a tutti i contratti pubblici ("*Autorit  per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*"), e il legislatore, con gli artt. 6, co. 7, e 8, co. 12, del suddetto d.lgs., nel richiamare espressamente l'art. 1, co. 67, della legge n. 266 del 2005, ha inteso estendere implicitamente l'applicazione dell'obbligo di pagamento del contributo per tutti i contratti pubblici. Tale obbligo   stato, infine, confermato dall'art. 213, co. 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 (*Codice dei contratti pubblici*), relativamente all'attuale Autorit  nazionale anticorruzione (ANAC), in capo alla quale, secondo le previsioni dell'art. 19 del d.l. n. 90 del 2014, convertito nella legge n. 114 del 2014 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), sono confluiti i compiti e le funzioni della soppressa Autorit  per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2020, n. 746).

Il disposto di legge   stato poi cos  interpretato e applicato, *inter alia*, dalle delibere ANAC n. 1377 del 21 dicembre 2016 e n. 1300 del 20 dicembre 2017 (v. art. 3, co. 2) e, pi  in particolare, dal Bando tipo n. 1, approvato giusta delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, in cui si esclude il soccorso istruttorio in relazione al pagamento del contributo.

4.2. – L'ulteriore approfondimento giurisprudenziale compiuto nel solco di questo indirizzo ha evidenziato altres  che risulterebbe fuori fuoco il riferimento all'istituto del soccorso istruttorio in relazione al versamento in s  del contributo, proprio perch  tale soccorso non pu  valere a elidere una ragione d'esclusione (*rectius*, il mancato avveramento d'una condizione d'ammissibilit  entro il termine prescritto) gi  verificatasi. D'altra parte, il soccorso istruttorio consente a norma dell'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016, *ratione temporis* vigente, di sanare

“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”, nonché la “mancanza, incompletezza e [...] ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo”; si porrebbe evidentemente al di fuori di tale perimetro il compimento *ex novo* di un atto (in specie, un versamento) dovuto quale “condizione di ammissibilità” prevista dalla legge e fatta propria della *lex specialis*: non si consentirebbe infatti, in tal modo, di sanare una carenza formale o una irregolarità, men che meno documentale, bensì di compiere un atto nuovo, peraltro già necessitato ed elevato dalla legge a condizione di ammissibilità dell’offerta (v. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9186).

Per completezza, questo indirizzo applicativo ha rimarcato che, in tale contesto, il soccorso istruttorio è stato ammesso - nel solco dei principi affermati dalla Corte di Giustizia (cfr. CGUE, 2 giugno 2016, C-27/15 (Pippo Pizzo)) - allorché la causa escludente (o lo stesso obbligo di versamento) non risultava chiaramente evincibile per non essere riportata nella *lex specialis* (Cons. Stato, n. 5370 del 2020; Cons. Stato, n. 2386 del 2018), e cioè per porre rimedio alla situazione d’incertezza ingenerata sugli operatori a fronte della ritenuta non perfetta chiarezza dei loro obblighi.

4.3. – A questi argomenti si è anche affiancato un argomento di indole organizzativo-finanziaria incentrato sulla constatazione che il contributo ANAC è la risorsa sulla quale l’Autorità deve poter contare, come per legge, per la “copertura dei costi relativi al proprio funzionamento”, e quindi nella sostanza per continuare ad esistere e ad operare. Del tutto ragionevole, quindi, sarebbe ritenere che la legge abbia previsto l’inammissibilità dell’offerta presentata senza pagare il contributo per sanzionare non il semplice mancato pagamento, ma il mancato pagamento tempestivo, dato che per coprire i costi gli incassi devono seguirli con regolarità. Inoltre, ha rimarcato questo indirizzo pretorio che, sotto il profilo logico, ammettere nel caso in esame il soccorso istruttorio significherebbe in potenza costringere le stazioni appaltanti ad un’attività di accertamento e di recupero del dovuto molto onerosa ed incerta nei tempi e negli esiti, che come tale metterebbe a rischio la copertura dei costi dell’ANAC che invece si intende garantire (cfr. Cons. Stato, n. 7252 del 2023).

5. – *Mutatis mutandis*, gli argomenti a favore della tesi permissivista si collocano su una traiettoria argomentativa perfettamente speculare e antitetica.

5.1. – Sul versante dell’interpretazione letterale, questo orientamento ha sostenuto che il dato testuale dell’art. 1, co. 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, “non esclude l’interpretazione, eurounitariamente orientata, che il versamento condizioni bensì l’offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo”, ovvero sanabile con il soccorso istruttorio in quanto estraneo al contenuto dell’offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175; Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386; TAR Lazio, n. 11031 del 2017; TAR Reggio Calabria, sez. I, n. 543 del 2020; TAR L’Aquila, sez. I, n. 100 del 2020; TAR Napoli, sez. V, n. 2355 del 2022).

Ha addotto a suffragio della tesi anche il parallelismo sistematico sull’analogia fattispecie del tardivo versamento del deposito cauzionale o della cauzione provvisoria (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 2786 del 2020 e Cons. Stato, sez. III, n. 7580 del 2019).

5.2. – In tale prospettiva ermeneutica, l'indirizzo pretorio ha ritenuto che l'omessa allegazione della documentazione di gara, o la sua incompletezza, anche ove tale adempimento sia richiesto dalla *lex specialis* (o dalla legge) a pena di esclusione, lungi dal consentire l'adozione del provvedimento di esclusione dell'operatore economico dalla procedura, costituisce, piuttosto, il presupposto - ai sensi dell'art. 83, co. 9, del codice dei contratti pubblici, *ratione temporis* applicabile, e dell'art. 56, co. 3, della direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014 (a mente del quale: «3. Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza») - per l'adempimento del dovere di soccorso istruttorio o di soccorso procedimentale, il quale impone alla stazione appaltante di richiedere all'interessato (anche “*in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale*” della documentazione) di integrare, regolarizzare o esibire la documentazione mancante (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2023, n. 8198).

5.3. – Da tali assunti siffatta giurisprudenza ha tratto come ulteriore corollario che le eventuali clausole di *lex specialis* recanti la comminatoria di esclusione per l'omesso pagamento del contributo ANAC risulterebbero eccedenti il novero di quelle tassativamente previste *ex lege* e, conseguentemente, sarebbero colpite da nullità parziale e dovrebbero intendersi come “*non apposte*” a tutti gli effetti di legge, quindi improduttive di effetti e *tamquam non essent* senza onere di tempestiva impugnativa, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione (v. Cons. Stato, Ad. Pl., n. 22/2020).

6. – Ricostruite nei termini che precedono le contrapposte tesi ermeneutiche e gli argomenti rispettivamente adottati in sede di esegesi della disposizione dibattuta, il Collegio ritiene di aderire al secondo indirizzo giusta il quale il versamento del contributo ANAC, pur condizionando l'offerta, può avvenire comunque tardivamente ed è sanabile con il soccorso istruttorio in quanto trattasi di elemento estraneo al contenuto dell'offerta che si sottrae, per l'effetto, alle preclusioni di cui all'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis*.

6.1. – Prendendo le mosse dal dato letterale, il Collegio osserva che il tenore testuale dell'art. 1, co. 67, della legge n. 266 del 2005 non esplicita la valenza escludente dell'omissione contributiva, bensì si limita a definire il previo pagamento del contributo quale “*condizione di ammissibilità dell'offerta*” senza ulteriori specificazioni sul termine ultimo di adempimento, che ben potrebbe essere successivo al termine di presentazione delle offerte ed avvenire entro la valutazione delle stesse (“*l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche*”).

Del resto, la scelta lessicale adottata dal legislatore nel senso di qualificare questo adempimento contributivo alla stregua di condizione, e non già di requisito, dell'offerta evoca il

noto meccanismo civilistico della retroattività della condizione a norma dell'art. 1360 cod. civ. che consente appunto di far retroagire gli effetti dell'avveramento della condizione al tempo in cui, *mutatis mutandis*, è stata presentata l'offerta.

6.2. – Anche l'interpretazione offerta dalla prassi amministrativa ha offerto non trascurabile supporto a questa esegesi: diversamente dalla posizione originariamente assunta nel Bando tipo n. 1 approvato giusta delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, in cui escludeva il soccorso istruttorio in relazione al pagamento del contributo, ANAC si è di recente uniformata all'orientamento più permissivo, in specie con l'approvazione del (nuovo) Bando tipo n. 1 di cui alla delibera n. 309 del 27 giugno 2023, nel quale espone che *“In caso di esito negativo della verifica, è attivata la procedura di soccorso istruttorio. In caso di mancata regolarizzazione nel termine assegnato, l'offerta è dichiarata inammissibile”*. A scanso di ogni dubbio applicativo, nella relazione illustrativa al Bando tipo l'Autorità puntualizza che *“con una previsione innovativa e conforme agli ultimi arresti della giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. III, 03/02/2023, n. 1175), nel disciplinare è chiarito che il pagamento del contributo è condizione di ammissibilità dell'offerta, così come previsto dall'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005. È specificato, altresì, che l'avvenuto pagamento è verificato mediante il FVOE e che il mancato pagamento è sanabile mediante soccorso istruttorio. In caso di mancata regolarizzazione nel termine assegnato, l'offerta è dichiarata inammissibile”* (v. Nota illustrativa, pag. 24).

Al riguardo, non può spostare in modo decisivo i termini della questione la FAQ pubblicata sulla specifica sezione del portale ANAC dedicata al Bando-tipo, di segno chiaramente contrario a questo indirizzo applicativo, atteso che essa non riveste lo stesso rango formale dei documenti adottati con la delibera dell'Autorità (lo schema di Bando tipo e tutti gli allegati sono stati adottati e pubblicati con la delibera n. 309 del 27 giugno 2023).

6.3. – In più, ad una disamina attenta all'ontologia dei fatti e degli atti giuridici, la carenza del contributo in esame non inerisce strettamente al contenuto tecnico-economico dell'offerta, bensì attiene ad un elemento estrinseco con effetto condizionante di talché appare applicabile legittimamente il soccorso istruttorio ex art. 83, co. 9, d.lgs. 50/2016, *ratione temporis* applicabile, con particolare riguardo alla fattispecie di *“mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo”*. In particolare, l'omesso pagamento del contributo ANAC si profila sussumibile nella nozione di irregolarità essenziale, stante la definizione normativa di condizione di ammissibilità dell'offerta.

Dipoi, l'esperibilità del soccorso istruttorio si pone in piena sintonia con una interpretazione eurounitariamente orientata della disposizione volta a privilegiare il *favor participationis* e l'apertura proconcorrenziale delle procedure evidenziali, per cui la regolarizzazione del versamento ANAC può sì condizionare l'ammissione dell'offerta alla valutazione della stazione appaltante senza necessità di comminatorie drastiche di esclusione al di fuori del meccanismo di soccorso istruttorio.

Corroborata viepiù la posizione favorevole al soccorso istruttorio il parallelismo tracciabile a livello sistematico, sulla base del comune principio di tassatività delle cause di esclusione dalle

gare pubbliche - introdotto dall'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, poi ripreso dall'art. 83, co. 8 d.lgs. 50/2016 e poi dall'art. 10 d.lgs. 36/2023 - con la fattispecie della cauzione provvisoria la cui omissione o presentazione in misura di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* non costituisce causa di esclusione, trattandosi di irregolarità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764; Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1033; Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3198; Cons. Stato, Sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138).

6.4. – Non possono trovare la condivisione del Collegio neanche le preoccupazioni espresse dall'ANAC, circa il paventato rischio di mettere a repentaglio l'equilibrio finanziario e di bilancio dell'Autorità *“in quanto alcuni operatori economici potrebbero evitare il pagamento ed effettuarlo solo se e quando risultati aggiudicatari, creando così un corto circuito viziato a danno dell'Autorità”*.

Orbene, è ben noto al Collegio che la disposizione in esame si iscriveva nella cornice della legge finanziaria per l'anno 2006 e mirava espressamente ad assicurare la copertura finanziaria dei costi relativi al funzionamento della neo-istituita Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, dotata di autonomia organizzativa e finanziaria: ne consegue che la *ratio legis* della norma è squisitamente contabilistico-finanziaria, indi ogni percorso ermeneutico non può disinteressarsi degli impatti sul perseguimento dell'obiettivo di *compliance* contributiva.

Nondimeno, la prospettazione esegetica che si propugna in questa sede – vale a dire ammettere l'adempimento tardivo del contributo ANAC entro il termine fissato dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio – non frustra l'obiettivo di regolarità dei flussi contributivi affluenti all'entrata del bilancio dell'Autorità giacché l'eventuale omissione del pagamento sarebbe riscontrata ben prima della valutazione delle offerte e della formazione della graduatoria (momento in cui potrebbe insorgere l'affievolimento dell'interesse dei concorrenti alla tempestiva regolarizzazione), e segnatamente in sede di verifica della documentazione amministrativa delle offerte stesse (come regolata dal punto 19 del Disciplinare nella fattispecie in esame).

Conseguentemente, non si arrecherebbe alcun detrimento alla regolarità dei flussi contributivi destinati alle casse dell'Autorità, i quali sconterebbero, a tutto concedere, un lieve slittamento temporale dal termine di presentazione delle offerte a quello dell'assolvimento dell'eventuale soccorso istruttorio: in definitiva, non vi è luogo per discorrere di un paventato “cortocircuito” in danno delle finanze dell'Autorità, restando, come appena visto, del tutto integre le sue ragioni finanziarie.

6.5. – Militano a sostegno della esegesi più permissiva anche indici di carattere prospettico-evolutivo rivenienti dall'evoluzione del formante positivo in quanto la disciplina recata dal nuovo codice dei contratti pubblici – il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, beninteso non applicabile al caso di specie - è chiaramente orientata nel senso di arginare la tesi rigorista propugnata dalla difesa dell'Autorità, vuoi in virtù dell'enunciazione generale del principio di tassatività delle cause di esclusione all'art. 10 (*“espressamente definite dal codice”*), vuoi per il principio del risultato (v. art. 1) – il cui primato assiologico è icasticamente

enfattizzato dalla collocazione topografica oltre che dalla chiara enunciazione dell'art. 4 – principio che nel caso di specie sarebbe patentemente vulnerato essendo AB Medica l'unico partecipante rimasto in gara nel lotto 42.

6.6. – Da ultimo, il corollario applicativo dell'affermazione della regolarizzabilità dell'omissione del contributo ANAC va ravvisato nell'insanabile contrasto della previsione di *lex specialis* eventualmente difforme, come nella fattispecie in esame (v. art. 12 disciplinare), con il principio di tassatività delle cause di esclusione tale per cui si deve far luogo alla declaratoria di nullità parziale di tale clausola ritenendola come non apposta e improduttiva di effetti in ossequio all'indirizzo nomofilattico tracciato dall'Adunanza plenaria con la pronuncia n. 22 del 2020.

7. – Tracciate nei termini che seguono le coordinate ermeneutiche di inquadramento della *vexata quaestio* e della soluzione esegetica sommessamente sposata dal Collegio, alla luce dell'obiettivo contrasto giurisprudenziale la presente controversia deve essere conclusivamente deferita, ai sensi dell'art. 99, co. 1, cod. proc. amm., all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato che dovrà in particolare pronunciarsi sulla seguente questione di diritto: *“se l'omesso versamento del contributo ANAC entro i termini di partecipazione ad una procedura pubblica per l'affidamento di lavori, servizi o forniture determini l'esclusione del concorrente senza possibilità di soccorso istruttorio oppure se, specularmente, tale carenza configuri solo irregolarità essenziale sanabile mediante il soccorso istruttorio previa declaratoria di nullità parziale delle eventuali clausole della lex specialis che, in senso difforme, contemplino l'esclusione del concorrente”*.

8. – Il Collegio rimette all'Adunanza Plenaria la decisione sull'intera controversia, salve le successive determinazioni del Supremo consesso sul prosieguo del giudizio anche ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere, Estensore

Raffaello Scarpato, Consigliere

Guida alla lettura

1. Con l'ordinanza in commento, la Terza Sezione del Consiglio di Stato **ha inteso rimettere all'Adunanza Plenaria il seguente quesito di diritto**: *“Se l'omesso versamento del contributo ANAC entro i termini di partecipazione ad una procedura pubblica per l'affidamento di lavori, servizi o forniture determini l'esclusione del concorrente senza possibilità di soccorso istruttorio oppure se, specularmente, tale carenza configuri solo irregolarità essenziale sanabile mediante il soccorso istruttorio previa declaratoria di nullità parziale delle eventuali clausole della lex specialis che, in senso difforme, contemplino l'esclusione del concorrente”*.

2. Per comprendere i termini del problema, occorre muovere dall'**art. 1, comma 67, L. finanziaria del 2006** (L. n. 266/2005) che ha stabilito, quale **“condizione di ammissibilità dell'offerta”**, il pagamento da parte dell'operatore economico in favore di ANAC del contributo previsto dalla legge, nell'ambito delle procedure finalizzate alla *“realizzazione di opere pubbliche”*.

La norma in esame ha formato oggetto di **due interpretazioni**.

2.1. Secondo **la prima di esse**, il pagamento del predetto contributo deve essere effettuato, **a pena di esclusione del concorrente**, entro il termine di presentazione delle offerte. Con la conseguenza per la quale laddove difetti la prova del pagamento del predetto contributo, la stazione appaltante sarebbe tenuta a sollecitare il soccorso istruttorio in relazione all'omessa produzione della relativa ricevuta, solo ove siffatto pagamento fosse non solo avvenuto, ma lo fosse stato anche tempestivamente.

Nel caso contrario, deve essere esclusa l'operatività del soccorso istruttorio, non potendo esso operare in presenza di una causa di esclusione dell'operatore economico dalla gara. Del resto, secondo tale tesi, l'omissione in parola **non darebbe luogo a mera irregolarità, bensì a nullità insanabile** e l'utilizzo del rimedio in parola violerebbe il principio della *par condicio creditorum*.

A sostegno di tale tesi deporrebbero i seguenti argomenti.

L'**interpretazione letterale** della richiamata **norma primaria**, nel far riferimento alla *“condizioni di ammissibilità dell'offerta”*, sembra aver codificato **un'autonoma causa di esclusione del concorrente dalla gara**.

Né inficia tale ricostruzione la circostanza per la quale la norma *de qua* limiti l'obbligo in parola agli **appalti di opere pubbliche**, e non anche quelli di forniture e servizi: oggi, alla luce dell'evoluzione normativa in relazione all'ANAC, non v'è dubbio che le competenze di

quest'ultima *Authority* vertano su tutti i tipi di affidamento.

2.2. Secondo altra tesi (sposata dalla Sezione rimettente), la norma menzionata dovrebbe essere interpretata sulla base dei principi sanciti dal diritto unionale (*in specie* quello del ***favor participationis***), nonché dal **nuovo codice degli appalti pubblici** (D.Lgs. n. 36/2023), benchè non applicabile *ratione temporis* al caso esaminato dall'ordinanza in commento.

Conseguentemente, la condizione di ammissibilità dell'offerta, quale causa di esclusione dell'operatore dalla gara, non sarebbe "il pagamento tempestivo", bensì "**il pagamento**" *tout court*. Cosicchè, tale operazione contabile assumerebbe **valenza escludente** solo qualora fosse stata sollecitata, in sede di soccorso istruttorio, dalla stazione appaltante e l'operatore economico non vi avesse provveduto.

Il **primo corollario** di quanto appena affermato è che l'omesso pagamento del contributo dovuto per legge, lungi dal costituire elemento intrinseco dell'offerta, **sarebbe elemento a esso esterno**, la cui omissione integrerebbe **mera irregolarità** e, come tale, **sanabile mediante soccorso istruttorio**.

A ciò deve essere aggiunto come la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza dei precedenti codici degli appalti pubblici ha opinato in tal senso, in riferimento al **tardivo versamento del deposito cauzionale o della cauzione provvisoria**.

Il **secondo corollario** della tesi in esame implica l'**accertamento della nullità (parziale) del bando di gara** che prevedesse una clausola, dal tenere escludente, in caso di omesso tempestivo pagamento del contributo dovuto per legge.

3. Ricostruiti sinteticamente i termini del dibattito, pare corretto affermare che la norma in esame determini un **problema ermeneutico** che nasce dalla **contrapposizione tra il criterio letterale, da un lato, e quello assiologico, dall'altro**.

A parere di chi scrive, l'art. 1, comma 67, L. finanziaria del 2006 (L. n. 266/2005) individua il requisito in esame, "*condizione di ammissibilità dell'offerta*", cioè a dire che **non può essere ammessa, quindi presentata, un'offerta non corredata dal tempestivo pagamento**.

D'altra parte, siffatta norma **non può prescindere dai principi unionali**, e quindi dal *favor participationis*, e che informano il **nuovo codice degli appalti pubblici**.

Sotto tale ultimo aspetto, vale la pena ribadire che se il **precedente codice**, nel fissare i requisiti di partecipazione alla gara, aveva operato una distinzione tra requisiti soggettivi (art. 80) e requisiti oggettivi tecnico-economici e professionali (art. 81) – traendo dall'assenza dei requisiti di cui all'art. 80 le cause di esclusione della gara – il **nuovo Codice ha, invece, riscritto, agli artt. 94-98, la disciplina di cui all'art. 80**, distinguendo tra **cause automatiche di esclusione**, al cui verificarsi la stazione appaltante beneficia di un secco automatismo, e **clausole di non automatica esclusione**, al cui verificarsi la stazione appaltante esercita attività discrezionale nell'apprezzamento del presupposto escludente dell'operatore economico dalla gara.

Inoltre, **in discontinuità con il precedente codice** - che aveva sancito **il principio della continuità del possesso dei requisiti** (che l'operatore economico doveva possedere, senza soluzione di continuità a partire dalla presentazione della domanda sino a tutta la fase esecutiva dell'appalto, cosicché il venir meno del requisito, anche a fronte del suo immediato ripristino, determinava l'esclusione dell'operatore dalla gara) – il D. Lgs. n. 36/2023 sancisce **il principio del *self cleaning*** (art. 96, commi 2, 3,5 e 6).

Il nuovo codice infatti prevede che, **anche in riferimento a eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione delle offerte**, gli operatori economici che hanno perso i requisiti ovvero commesso illeciti possano auto-ripulirsi, adottando misure atte a comprovare la loro affidabilità.

Si tratta di **misure di carattere riparatorio, risarcitorio**, che esprimono un ravvedimento operoso e un atteggiamento di collaborazione con le autorità che investigano, ovvero **misure di carattere tecnico-organizzativo** atte a prevenire il compimento di ulteriori reati.

4. Alla luce di quanto precede, l'Adunanza Plenaria sarà chiamata a porre in essere **un'operazione di ermeneutica giuridica**, indagando il peso che l'interpretazione letterale della norma in esame assume rispetto ai principi che informano la normativa, sovranazionale e primaria, di settore.

In altre parole, l'Alto consesso dovrà interrogarsi circa la possibilità, a fronte di un chiaro dettato normativo espressione della volontà del legislatore, di individuare spazi, e se sì, in che misura, al fine di interpretare la norma *de qua* in ottica di **compatibilità unionale e dei principi sottesi al D. Lgs. 36/2023**.