

Cons. Stato, sez. IV, 25.7.2023 n. 7252

Massime (segue testo)

<< - ciò posto, secondo la soluzione seguita da parte della giurisprudenza, in particolare dalla recente C.d.S. sez. III 3 febbraio 2023 n.1175 nonché da sez. V 19 aprile 2018 n.2386, la norma di legge andrebbe interpretata nel senso più favorevole, ovvero nel senso che solo l'omesso pagamento, e non il pagamento tardivo, sarebbe causa di esclusione, e quindi la clausola del bando che dispone il contrario, come nella specie, va dichiarata nulla ai sensi dell'art. 83 comma 8 d. lgs. 18 aprile 2016 n.50. Di conseguenza, in caso di omissione si potrebbe attivare il soccorso istruttorio, non trattandosi di questione attinente l'offerta economica ovvero tecnica;

- altro orientamento, prevalente, espresso ex multis da C.d.S. sez. III 12 marzo 2018 n.1572, è invece più rigoroso, e richiede l'effettivo pagamento prima della scadenza, osservando che si tratterebbe di causa di esclusione prevista in via diretta dalla legge;

- il Collegio ritiene di aderire a questo secondo e prevalente orientamento. In primo luogo, si osserva 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 è 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;

- la clausola del bando che rende esplicita questa conclusione deve quindi ritenersi legittima;

- ciò posto, all'ammissibilità del soccorso istruttorio ostano due argomentazioni, l'una letterale e l'altra logica;

- sotto il profilo letterale, ai sensi dell'art. 83 comma 9 d. lgs. 50/2016, il soccorso istruttorio è dato per le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda" e formale non si potrebbe definire il mancato versamento di una risorsa del tipo descritto;

- 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>>

Publicato il 25/07/2023

N. 07252/2023REG.PROV.COLL.

N. 05711/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 5711 del 2023, proposto dalla società Nami S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 91784486E5, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

il Comune di Ricadi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmine Pandullo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;
l'ANAC- Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi 12;

per la riforma ovvero l'annullamento

previa cautela

della sentenza del T.a.r. Calabria, sede di Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2023 n. 946, che ha respinto il ricorso n. 271/2023 R.G. per l'annullamento dei seguenti atti del Comune di Ricadi, relativi alla procedura di gara indetta con determinazione 7 aprile 2022 n.52 per l'affidamento del servizio di raccolta integrata, trasporto, avvio a trattamento e recupero dei rifiuti solidi urbani nel territorio comunale per la durata di 1095 giorni (codice CIG 91784486E5):

a) della determinazione 26 gennaio 2023 n.7, comunicata il 30 gennaio successivo, con la quale il Responsabile del Servizio tecnico ha escluso dalla procedura la Nami S.r.l.;

e degli atti presupposti, in particolare;

b) dei verbali di gara;

c) del disciplinare di gara quanto all'art. 12.4;

nonché per l'annullamento:

d) del parere consultivo dell'ANAC- Autorità nazionale anticorruzione ricevuto a protocollo del Comune il giorno 20 dicembre 2022 prot. n.1069960;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ricadi e dell'ANAC;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 il Cons. Francesco Gambato Spisani e viste le conclusioni delle parti presenti, come da verbale;

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

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

- il Comune di Ricadi, intimato appellato, ha indetto gara a procedura aperta con richiesta di offerta – RDO per affidare il servizio di raccolta integrata, trasporto, avvio a trattamento e recupero dei rifiuti solidi urbani nel territorio comunale per

la durata di 1095 giorni, secondo quanto previsto dal bando, pubblicato all'albo pretorio il giorno 11 aprile 2022 e dal relativo disciplinare (doc. ti 15 e 16 appellante, disciplinare e bando);

- per quanto qui interessa, il disciplinare (doc. 15 appellante, cit.) in questione prevede all'art. 12 il pagamento del contributo che è dovuto all'ANAC- Autorità nazionale anticorruzione per ogni gara indetta dalle stazioni appaltanti nazionali, e all'art. 12.4 disciplina il caso di "assenza della ricevuta di pagamento": *"In caso di mancata allegazione della ricevuta di pagamento del contributo ANAC alla documentazione di gara, è compito della S.A. accertare l'effettivo pagamento mediante consultazione diretta del sistema AVC pass (comma 1); Qualora il citato pagamento non risultasse registrato, la dimostrazione dell'avvenuto pagamento potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice, a condizione che il pagamento medesimo sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta (comma 2); Il mancato pagamento del contributo di gara nei termini, ovvero l'impossibilità di dimostrazione dello stesso, comporta l'esclusione del concorrente dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 1 comma 67 della L. 266/2005 (comma 3);*

- a sua volta l'art. 1 comma 67 della l. 23 dicembre 2005 n.266, per quanto rileva, stabilisce: *"L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso 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..."*

- per altro verso, il bando (doc. 16 appellante, cit.) prevedeva come termine ultimo di presentazione delle offerte le ore 12 del 9 maggio 2022;

- ciò premesso, la ricorrente appellante, unica impresa partecipante, allegando il non funzionamento dell'apposita piattaforma elettronica MePa per presentare le offerte, ha presentato la propria in forma cartacea mezz'ora prima della scadenza del termine suindicato, senza però pagare il contributo ANAC (v. doc. 3 appellante, verbale gara n.1 del 20 maggio 2022);
- con nota 20 maggio 2022 prot. n.6836 (doc. 4 appellante), la commissione di gara ha attivato la procedura di soccorso istruttorio e invitato l'impresa a produrre la ricevuta del relativo versamento;
- l'impresa ha risposto con nota 24 maggio 2022, allegando la ricevuta in questione, attestante il pagamento corrispondente come effettuato il precedente 23 maggio, ovvero entro il termine assegnato per il soccorso istruttorio, ma oltre il termine finale per la presentazione delle offerte (doc. 5 appellante);
- di conseguenza, come da verbale n.2 del 25 maggio 2022, la Commissione ha deliberato di chiedere all'ANAC un parere sull'ammissibilità del soccorso istruttorio nel caso di specie (doc. 6 appellante, verbale cit.);
- l'ANAC ha risposto con il parere di cui in epigrafe, ricevuto a protocollo dell'ente il giorno 20 dicembre 2022 prot. n.1069960, reso espressamente a titolo di indirizzo generale, sulla base dei soli elementi forniti e senza avere esaminato gli atti di gara;
- in questo parere, l'ANAC sostiene in sintesi che il mancato pagamento del contributo entro il termine finale per la presentazione delle offerte sarebbe causa di esclusione del concorrente (doc. 8 appellante, parere);
- di conseguenza, la Commissione, come da verbale n.3 del 9 gennaio 2023, ha deliberato di non ammettere la concorrente al prosieguo della procedura (doc. 9 appellante);
- il Comune quindi, con la determinazione 26 gennaio 2023 n.7 di cui in epigrafe, ha escluso la concorrente stessa dalla gara (doc. 10 appellante);

- contro questo esito, espresso dagli atti di cui sopra, indicati in epigrafe, l'impresa ha proposto il ricorso di I grado;
- con la sentenza a sua volta indicata in epigrafe, il T.a.r. ha respinto il ricorso. In motivazione, ha ritenuto anzitutto che il mancato versamento del contributo non costituisca "*causa di esclusione in senso stretto per mancanza dei requisiti partecipativi di ordine generale o speciale*" e di conseguenza non vi si applichi il soccorso istruttorio; ciò posto, ha ritenuto ragionevole la previsione dell'art. 12.4 del disciplinare sopra ricordata. Ha infine escluso che "*quanto meno a decorrere dal 3 maggio 2022*" sulla piattaforma telematica ANAC si fossero verificati problemi tecnici tali da impedire il pagamento nei termini, atteso che proprio quel giorno l'impresa aveva chiesto ed ottenuto per la stessa via il rilascio del certificato PassOE;
- contro questa sentenza, l'impresa ha proposto impugnazione, con appello che contiene due motivi;
- con il primo di essi, deduce in sintesi la violazione dell'art. 1 comma 67 della l. 266/2005, e sostiene che solo il mancato pagamento puro e semplice del contributo sarebbe causa di esclusione, mentre nel caso di mancato pagamento entro il termine di presentazione delle offerte si dovrebbe pacificamente applicare, come avvenuto, il soccorso istruttorio;
- con il secondo motivo, deduce sostanzialmente falso presupposto, e sostiene che il mancato tempestivo pagamento del contributo sarebbe stato "*occasionato*" dall'incertezza creata dal mancato funzionamento della piattaforma MePa di cui si è detto;
- con memoria 7 luglio 2023, il Comune ha resistito e chiesto che l'appello sia dichiarato inammissibile per difetto di specificità dei motivi e comunque respinto nel merito;

- ha resistito anche l'ANAC, con atto e memoria 11 luglio 2023, ed ha chiesto che l'appello sia dichiarato inammissibile in quanto rivolto nei suoi confronti, non avendo emesso nel caso di specie alcun provvedimento impugnabile;
- alla camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023, dopo aver dato alle parti presenti l'avviso della possibilità di definire il giudizio con sentenza breve ai sensi dell'art. 60 c.p.a., la Sezione ha trattenuto la causa in decisione;
- l'eccezione preliminare di inammissibilità dell'appello per mancanza di specificità dei motivi è infondata e va respinta, dato che, a semplice lettura del relativo atto, l'appello stesso esprime la necessaria critica alla sentenza impugnata, spiegando perché la ritiene errata;
- ciò posto, l'appello stesso è infondato e va respinto, per le ragioni di seguito esposte;
- in termini logici, va esaminato per primo il secondo motivo dedotto, che argomenta in fatto. Esso infatti non pone in termini assoluti la questione di diritto dell'ammissibilità del soccorso istruttorio a fronte del mancato pagamento del contributo ANAC prima del termine di scadenza per le offerte, ma sostiene che nel caso concreto il mancato pagamento sarebbe dovuto, in sostanza, a causa non imputabile;
- sul punto specifico, il Giudice di I grado ha motivato nei termini ricordati, ovvero nel senso che *“quanto meno a decorrere dal 3 maggio 2022, non si sono registrati problemi tecnici sulla piattaforma telematica ANAC tali da impedire il pagamento del contributo entro la data di decadenza per come stabilito dal bando, atteso che la ricorrente alla data del 3.05.2023 aveva chiesto e ottenuto il rilascio del certificato PassOE che presuppone l'individuazione del C.I.G., a sua volta necessario per procedere al pagamento del contributo”*;
- secondo la parte appellante (p. 11 in fine) si tratterebbe invece di una circostanza irrilevante, dato che *“il mancato pagamento del contributo ANAC è stato “occasionato” dal malfunzionamento della piattaforma MEPA attraverso cui la concorrente Nami s.r.l.*

avrebbe dovuto presentare l'offerta, provvedendo tramite l'interfaccia MePa' a pagare il contributo in questione;

- si tratta però di argomento non condivisibile. Secondo logica e all'evidenza, la piattaforma MEPA e la piattaforma telematica dell'ANAC sono entità ben diverse e distinte e, secondo quanto osservato dal Giudice di I grado e non contestato dalla parte, dal 3 maggio 2022, ovvero da prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, la piattaforma ANAC funzionava. Nulla quindi avrebbe impedito alla concorrente, anche se la piattaforma MePa non avesse funzionato, di pagare il contributo utilizzando quella dell'ANAC, con la stessa modalità, oltretutto, utilizzata in un secondo momento, quando procedette al pagamento perché sollecitata con il soccorso istruttorio. Si deve quindi concludere che l'omesso pagamento non derivò da alcuna causa non imputabile;

- va respinto anche il primo motivo di ricorso, che pone invece la questione generale dell'ammissibilità del soccorso istruttorio a fronte di un omesso pagamento del contributo ANAC, da qualunque causa originato. Ad avviso del Collegio, la risposta deve essere negativa, nel senso che il soccorso istruttorio non deve ritenersi non ammissibile;

- come si è detto, il disposto di legge, art. 1 comma 67 della l. 266/2005, pone "l'obbligo di versamento del contributo ... quale condizione di ammissibilità dell'offerta", ma di per sé non è univoco, potendosi anche intendere nel senso che l'offerta sia ammissibile purchè il contributo si sia pagato, anche se non tempestivamente;

- viceversa, il disposto dell'art. 12 del disciplinare è assolutamente chiaro nel senso che il versamento debba esser fatto prima della scadenza del termine per presentare le offerte, il che non è nella specie avvenuto;

- ciò posto, secondo la soluzione seguita da parte della giurisprudenza, in particolare dalla recente C.d.S. sez. III 3 febbraio 2023 n.1175 nonché da sez. V 19 aprile 2018 n.2386, la norma di legge andrebbe interpretata nel senso più

favorevole, ovvero nel senso che solo l'omesso pagamento, e non il pagamento tardivo, sarebbe causa di esclusione, e quindi la clausola del bando che dispone il contrario, come nella specie, va dichiarata nulla ai sensi dell'art. 83 comma 8 d. lgs. 18 aprile 2016 n.50. Di conseguenza, in caso di omissione si potrebbe attivare il soccorso istruttorio, non trattandosi di questione attinente l'offerta economica ovvero tecnica;

- altro orientamento, prevalente, espresso *ex multis* da C.d.S. sez. III 12 marzo 2018 n.1572, è invece più rigoroso, e richiede l'effettivo pagamento prima della scadenza, osservando che si tratterebbe di causa di esclusione prevista in via diretta dalla legge;

- il Collegio ritiene di aderire a questo secondo e prevalente orientamento. In primo luogo, si osserva 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 è 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;

- la clausola del bando che rende esplicita questa conclusione deve quindi ritenersi legittima;

- ciò posto, all'ammissibilità del soccorso istruttorio ostano due argomentazioni, l'una letterale e l'altra logica;

- sotto il profilo letterale, ai sensi dell'art. 83 comma 9 d. lgs. 50/2016, il soccorso istruttorio è dato per le carenze di "*qualsiasi elemento formale della domanda*" e formale non si potrebbe definire il mancato versamento di una risorsa del tipo descritto;

- 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;

- in conclusione l'appello va respinto. La particolarità della questione è giusto motivo per compensare le spese del giudizio;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe (ricorso n.5711/2023 R.G.), lo respinge.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO