

Publicato il 24/10/2023

N. 09186/2023 REG.PROV.COLL.
N. 04670/2023 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4670 del 2023, proposto da Ditta Lanzino Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9115673B52, rappresentata e difesa dall'avvocato Achille Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Arno, 6;

contro

Comune di Santa Caterina Albanese, Centrale Unica di Committenza Comune capofila di Terranova da Sibari, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Carlomagno Giuseppe e C. s.a.s. di Vuono Gianfranco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Anna Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale

dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 747/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Carlomagno Giuseppe e C. s.a.s. di Vuono Gianfranco e dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2023 il Cons. Alberto Urso e udito per l'appellante l'avvocato Oreste Morcavallo, in dichiarata delega dell'Avv. Achille Morcavallo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Lanzino Costruzioni s.r.l., già aggiudicataria della gara per l'affidamento in appalto dei lavori e interventi di manutenzione straordinaria e messa in sicurezza delle strade comunali in località Triscioli e S. Monica della frazione di Ioggi indetta dalla Centrale Unica di Committenza fra il Comune di Santa Caterina Albanese (CS) e altri Comuni, a seguito di determina a contrarre del 24 febbraio 2022 dello stesso Comune di Santa Caterina Albanese, agiva in primo grado per l'annullamento del provvedimento di revoca della propria aggiudicazione ed approvazione della proposta di nuova aggiudicazione in favore della Carlomagno Giuseppe & C. s.a.s.

Il provvedimento di revoca era motivato in ragione del mancato pagamento del **contributo Anac** da parte stessa Lanzino Costruzioni.

Nel dedurre l'illegittimità di tale revoca, la ricorrente invocava anche, se del caso, l'invalidità della clausola di cui all'art. 11 del disciplinare di gara ove prevedeva una sanzione espulsiva anche per il mero ritardo nel pagamento del detto contributo.

2. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza della controinteressata Carlomagno s.a.s. respingeva il ricorso, ritenendo che il **contributo Anac** costituisca una condizione di ammissibilità dell'offerta, ai sensi dell'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, previsione alla quale la *lex specialis* di gara era da ritenere (legittimamente) conforme.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello la Lanzino Costruzioni deducendo:

I) *error in iudicando e/o in procedendo*; difetto di motivazione; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; contraddittorietà manifesta; violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005 e dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alla previsione di cui all'art. 11 del disciplinare di gara; violazione del principio di massima partecipazione;

II) *error in iudicando e/o in procedendo*; omessa pronuncia; violazione e falsa applicazione degli artt. 6 l. n. 241 del 1990 e 83, comma 9, d.lgs n. 50 del 2016; violazione, eccesso di potere per difetto di istruttoria-illogicità; irragionevolezza; violazione del principio di massima partecipazione.

4. Resiste al gravame la Carlomagno s.a.s., chiedendone la reiezione, mentre non s'è costituito in giudizio l'intimato Comune di Santa Caterina Albanese, già contumace in primo grado.

5. Giusta ordinanza n. 2437 del 2023, questa Sezione, nel respingere l'istanza cautelare proposta dall'appellante, ha ordinato l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'Anac, considerato che la questione di diritto controversa incide su profili di finanziamento della stessa.

6. L'Anac è intervenuta costituendosi con memoria del 25 settembre 2023 con la quale ha chiesto di provvedere secondo giustizia e di enunciare il principio di diritto applicabile al caso di specie, se del caso previa rimessione della questione all'Adunanza plenaria.

7. All'udienza pubblica del 12 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di gravame l'appellante si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel non avvedersi che l'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005 non pone alcun obbligo a che il pagamento del contributo dovuto all'Anac avvenga prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, né tanto meno è prevista un'espressa causa d'esclusione in caso di pagamento di tale contributo, a seguito di soccorso istruttorio, dopo la scadenza del detto termine di presentazione.

In tale contesto, sarebbe da ritenere nullo per contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 l'art. 11 del disciplinare ove prevede l'esclusione per mancato tempestivo pagamento del contributo; d'altra parte il pagamento tardivo del contributo, come nella specie avvenuto, darebbe luogo a una carenza meramente formale, ben sanabile a mezzo di soccorso istruttorio.

1.1. Il motivo non è condivisibile.

1.1.1. Occorre premettere che l'art. 11 del "*bando/ disciplinare di gara*" prevede, in ordine al "*Pagamento a favore dell'Autorità*", che "*I concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione [...]*."

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 L. 266/2005".

Nel caso di specie è pacifico, in fatto, come la Lanzino non avesse eseguito il pagamento del **contributo Anac** entro il termine di presentazione delle offerte, avendovi provveduto solo successivamente, all'esito dell'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante.

In tale contesto, la questione che viene a porsi, e che assume rilievo dirimente, concerne l'ammissibilità o meno del soccorso istruttorio in ordine al *pagamento*

- non già alla mera *documentazione* di questo - del cd. “**contributo Anac**”; ciò in particolare al fine di vagliare la legittimità e validità delle previsioni della *lex specialis* di gara che chiaramente limitavano, nella specie, il soccorso istruttorio alla sola documentazione del suddetto pagamento, ponendo al riguardo a fini ammissivi la “*condizione che il pagamento [fosse] stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell’offerta*” (art. 11 disciplinare, cit.).

1.1.2. Il tema controverso è ben noto e già trattato dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che tuttavia non sempre è pervenuta a conclusioni univoche.

1.1.2.1. Secondo un primo e più nutrito orientamento, il mancato pagamento del **contributo Anac** entro il termine per la presentazione delle offerte implica l’esclusione del concorrente, non passibile di sanatoria mediante soccorso: ciò in quanto “*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*”, e cioè dall’art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005 (Cons. Stato, III, 12 marzo 2018, n. 1572; nello stesso senso, Id., V, 30 gennaio 2020, n. 746; IV, 23 aprile 2021, n. 3288; da ultimo, Id., IV, 25 luglio 2023, n. 7252).

Altro orientamento ritiene invece che il tardivo pagamento del contributo non infici *ex se* l’ammissibilità dell’offerta, atteso che si tratterebbe di un elemento “*sanabile con il soccorso istruttorio in quanto estraneo al contenuto dell’offerta*”, tanto che una previsione della *lex specialis* di gara “*che esclude[sse] la rilevanza anche del soccorso istruttorio e conferis[se] alla tempistica del pagamento un peso determinante [dovrebbe ritenersi] eccedente o contrastante con il disposto degli artt. 83, comma 8, del codice dei contratti e 1, comma 67, della legge n. 266/2005*”, e perciò nulla (Cons. Stato, III, 3 febbraio 2023, n. 1175; V, 7 settembre 2023, n. 8198).

Vi sono poi alcuni precedenti che ammettono sì il soccorso istruttorio, ma nel diverso e specifico contesto (espressamente valorizzato) caratterizzato dall’assenza di pertinenti cause escludenti o previsioni dell’obbligo di

contribuzione nell'ambito della *lex specialis* di gara (in tal senso, Cons. Stato, V, 19 aprile 2018, n. 2386; 7 settembre 2020, n. 5370).

La stessa Anac, come chiarito nella memoria versata in atti, ha assunto nel tempo posizioni diverse sul tema, prediligendo in generale l'interpretazione più rigorosa - condensata nel 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 - salvo uniformarsi di recente 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, pur se mantenendo fra le cd. "Faq" un orientamento rigoroso e contrario al soccorso istruttorio.

1.1.2.2. Ritiene il Collegio che vada prediletta e debba essere seguita l'interpretazione accolta dal primo degli orientamenti sopra ricordati.

L'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005 prevede che «*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*».

Da tale disposizione emerge espressamente per gli affidamenti di lavori (relativi cioè alla «*realizzazione di opere pubbliche*») che il pagamento del contributo è previsto quale vera e propria «*condizione di ammissibilità dell'offerta*» (per l'estensione dell'obbligo agli altri settori, cfr. peraltro Cons. Stato, n. 746 del 2020, cit.; n. 5370 del 2020, cit.).

Il che ben vale, in termini chiari ed espliciti in relazione agli affidamenti di lavori, a fissare un presupposto ammissivo in capo ai concorrenti, e cioè appunto un requisito di *ammissibilità* dell'offerta (in tal senso, esplicitamente, Cons. Stato, n. 1572 del 2018, cit.; n. 746 del 2020, cit.).

In tale contesto, è da ritenere decentrato il riferimento all'istituto del soccorso istruttorio in relazione al versamento in sé del contributo, proprio perché tale soccorso non può valere a elidere una ragione d'esclusione (*rectius*, il mancato avveramento d'una condizione d'ammissibilità entro il termine prescritto) già verificatasi.

D'altra parte, il soccorso istruttorio consente a norma dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 di sanare «*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*», nonché la «*mancaanza, incompletezza e [...] ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo*»; si pone 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 (cfr. Cons. Stato, n. 7252 del 2023, cit.).

A ciò si aggiunga poi che, come posto in risalto da parte della giurisprudenza richiamata, 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 cioè per continuare a esistere e operare (Cons. Stato, n. 7252 del 2023, cit.); proprio con tale funzione e a presidio di tale scopo la legge associa dunque al versamento una «*condizione di ammissibilità dell'offerta*», che come tale deve essere ritenuta tassativa e ineludibile, pena il suo sostanziale depotenziamento od esautoramento (peraltro, ad opera di un'amministrazione - quale la stazione appaltante che attivi il soccorso istruttorio - diversa da quella tutelata dal suddetto presidio), trovando applicazione nel solo caso in cui la stazione appaltante rilevi specificamente la lacuna e la ritenga rilevante ai fini della procedura (si pensi, all'opposto, a tutti i casi di cd. "inversione procedimentale", di cui all'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, come applicabile estensivamente *ex art.* 1, comma 3, d.l. n. 32 del 2019 e art. 14,

comma 4, d.l. n. 13 del 2023, in cui i controlli dell'amministrazione sono appunto postergati agli esiti della gara).

In tale contesto, il soccorso istruttorio è stato ammesso - nel solco dei principi affermati dalla Corte di Giustizia (cfr. Cgue, 2 giugno 2016, causa C-27/15) - 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, cit.; Id., n. 2386 del 2018, cit.), e cioè per porre rimedio alla situazione d'incertezza ingenerata sugli operatori a fronte della ritenuta non perfetta chiarezza dei loro obblighi.

Ma, a prescindere da ogni altra considerazione al riguardo, nessuna giustificazione un tale soccorso può trovare nel caso in cui l'obbligo e la relativa sanzione espulsiva siano chiaramente stabiliti dalla *lex specialis*, oltretutto in caso di appalto di lavori, finendo diversamente per consentire la sanatoria di una causa di esclusione già maturata e alterare così la *par condicio* fra i concorrenti.

Di qui la legittimità (e piena validità) nel caso di specie della previsione di cui all'art. 11 del disciplinare e, per essa, del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante.

2. Col secondo motivo l'appellante si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel trascurare che la regolarizzazione del pagamento del contributo era stata nella specie ben consentita dalla stazione appaltante, tramite attivazione del soccorso istruttorio, con implicito riconoscimento così dell'illegittimità dell'art. 11 del bando di gara.

In tale contesto, il tardivo pagamento del contributo costituirebbe dunque una carenza meramente formale, non potendo del resto detto pagamento che essere effettuato *ex novo* dalla Lanzino a seguito dell'attivazione del soccorso, stante l'impossibilità di effettuarlo entro il termine di presentazione delle offerte, già da tempo scaduto; né il detto soccorso incontrerebbe un qualche limite, considerato che la carenza, meramente formale, non attiene al contenuto tecnico od economico dell'offerta.

2.1. Il motivo non è fondato.

2.1.1. Come emerge dalle stesse comunicazioni della Lanzino, l'amministrazione chiedeva a quest'ultima, tramite soccorso istruttorio, di produrre ricevuta di avvenuto pagamento del **contributo Anac** in data anteriore alla scadenza della presentazione dell'offerta, in linea con la previsione dell'art. 11 del bando.

Per questo, la produzione di una ricevuta di pagamento posteriore non vale a sanare la posizione dell'impresa, e dunque a inficiare la legittimità del provvedimento di revoca adottato.

Né, per quanto già rilevato, è dato ravvisare profili d'invalidità nell'art. 11 del disciplinare o qualificare il mancato pagamento del **contributo Anac** alla stregua di un vizio meramente formale passibile di soccorso istruttorio.

Alla luce di ciò, anche tale doglianza va dunque respinta.

3. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va respinto.

3.1. Le diverse interpretazioni giurisprudenziali maturate in relazione alla principale questione trattata costituiscono valida ragione per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Compensa integralmente le spese fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Urso

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO