

TAR Lazio, Sezione Seconda, Sentenza n. 16458 del 19 settembre 2024

Contributo Anac – Pagamento tardivo entro il termine del soccorso istruttorio – Dopo scadenza termine presentazione offerte – Ammissibilità

Publicato il 19/09/2024

N. 16458/2024 REG.PROV.COLL.

N. 06789/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6789 del 2024, proposto da (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come in atti;

contro

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio eletto in (...);

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in

giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di (...) S.p.A. del 21 maggio 2024, con cui è stata disposta e comunicata la esclusione ai sensi dell'art. 90, comma 1, lettera d), del D.Lgs. n. 36/2023 e s.m.i. del ricorrente RTI “per pagamento tardivo del contributo dell'A.N.AC., in violazione della disciplina dettata dal paragrafo 10 del Disciplinare di gara” dalla Gara a procedura aperta ai sensi del D.Lgs. n. 36/2023 per l'acquisizione di servizi di payroll in outsourcing per (...) - ID 2702” di cui al bando, pubblicato sulla GUUE n. S 31 del 13.02.2024 e su Piattaforma ANAC di Pubblicità a Valore Legale (PVL) in data 14.02.2024.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di (...) S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2024 la dott.ssa Giovanna Vigliotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio riguarda la “*procedura aperta ai sensi del D.Lgs. n. 36/2023 per l'acquisizione di servizi di payroll in outsourcing per (...) - ID 2702*”, indetta da (...) S.p.A. (di seguito anche “(...)”) per conto di (...) S.p.A., con bando pubblicato sulla GUUE n. S 31 del 13.02.2024 e su Piattaforma ANAC in data 14.02.2024.

2. L'importo posto a base di gara è pari ad euro 4.598.800,00 per l'intera durata dell'appalto di 72 mesi. Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuare sulla base del miglior rapporto

qualità/prezzo, con massimo 60 punti attribuibili all'offerta tecnica e 40 punti alla proposta economica.

3. La *lex specialis* di gara ha previsto l'applicazione del c.d. meccanismo di inversione procedimentale di cui all'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023 (di seguito anche il "Codice"). Di conseguenza, si sarebbe dapprima e direttamente proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche dei concorrenti, per poi esaminare la documentazione amministrativa del solo primo classificato (par. 18 del disciplinare di gara).

4. Il disciplinare di gara aveva inoltre precisato che la Commissione, prima di procedere con la valutazione delle offerte, avrebbe comunque verificato il corretto pagamento del c.d. contributo ANAC da parte dei concorrenti.

5. In particolare, con riguardo al versamento del contributo ANAC, il disciplinare stabiliva che che *"i concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione secondo l'importo e le modalità di cui alla delibera ANAC n. 606 del 19/12/2023. ... La (...) accerta il pagamento del contributo mediante consultazione del FVOE ai fini dell'ammissione alla gara. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la (...) richiede, mediante soccorso istruttorio la presentazione della ricevuta di avvenuto pagamento. L'operatore economico, che non adempia alla richiesta nel termine stabilito dalla (...) o nel caso in cui il pagamento risulti effettuato dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, è escluso dalla procedura di gara per inammissibilità dell'offerta"* (par. 10).

6. Alla gara hanno partecipato sei concorrenti, tra cui il costituendo RTI composto dalla mandataria (...) S.p.A. e la mandante (...) (di seguito anche "RTI (...)” o "ricorrente”).

7. Nel corso della seduta del 18 aprile 2024, prima di procedere con la valutazione diretta delle offerte tecniche, la Commissione giudicatrice ha quindi effettuato la verifica del corretto versamento del contributo ANAC da parte dei concorrenti, prendendo tuttavia atto della *"impossibilità di verificare tramite il FVOE l'avvenuto*

pagamento del contributo ANAC” (verbale n. 2).

8. In ragione del problema tecnico riscontrato, in data 19 aprile 2024, è stato attivato il soccorso istruttorio nei confronti di tutti i concorrenti, richiedendo la produzione entro dieci giorni della ricevuta di pagamento del contributo ANAC.

9. Con la suddetta richiesta, è stato precisato che *“la ricevuta dovrà comprovare, ai fini dell’ammissibilità dell’offerta, che il pagamento del suddetto contributo sia stato effettuato, secondo l’importo e le modalità di cui alla delibera ANAC n. 610 del 19.12.2023, prima della scadenza del termine di presentazione dell’offerta”*.

10. In occasione della successiva seduta riservata del 7 maggio 2024, la Commissione ha dato atto del tempestivo riscontro della suddetta richiesta da parte di tutti i concorrenti, rinviando a successiva seduta riservata l’esame delle ricevute di pagamento prodotte (verbale n. 3).

11. Nell’ambito della suddetta attività di verifica, svoltasi nel corso della seduta riservata del 16 maggio 2024 (verbale n. 4), la Commissione ha tuttavia rilevato che il pagamento del contributo da parte del RTI ricorrente risultava effettuato in data 22 aprile 2024, e dunque successivamente alla data di scadenza del termine di presentazione dell’offerta (fissato al 16 aprile 2024 alle ore 16:00) e anche alla richiesta di integrazione documentale del 19 aprile 2024.

12. La Commissione giudicatrice proponeva, pertanto, l’esclusione della ricorrente per inammissibilità dell’offerta determinata dal pagamento del contributo ANAC in data successiva alla scadenza del termine di partecipazione.

13. Avverso il provvedimento di esclusione è insorto il RTI ricorrente con il presente ricorso deducendo la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e del principio, nazionale ed euro-unitario, di massima partecipazione alle gare.

14. Si sono costituite in giudizio sia (...) che ANAC argomentando circa l’infondatezza del ricorso e chiedendone l’integrale rigetto.

15. All’esito della camera di consiglio del 17 luglio 2024, fissata per la delibazione

dell'istanza cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione con rituale preavviso alle parti di sentenza in forma semplificata.

16. Il Collegio ritiene che sussistano i presupposti per la definizione del giudizio con sentenza ai sensi dell'articolo 60 c.p.a. in ragione dell'unicità della questione e dell'esistenza di un recente orientamento in merito di questo Tribunale cui il Collegio intende conformarsi (Tar Lazio, Terza Quater, n. 3340 del 19 febbraio 2024).

17. Il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e che, pertanto, debba essere accolto per le ragioni di seguito esposte.

18. Osserva innanzitutto il Collegio che l'art. 1, co. 67, della legge n. 266/2005 dispone *“l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di inammissibilità dell'offerta”*, senza tuttavia conferire esplicitamente alla tempistica del pagamento un peso determinante.

19. Nel caso di specie, il paragrafo 10 del Disciplinare di gara prevede che *“i concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione secondo l'importo e le modalità di cui alla delibera ANAC n. 606 del 19/12/2023. ... La (...) accerta il pagamento del contributo mediante consultazione del FVOE ai fini dell'ammissione alla gara. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la (...) richiede, mediante soccorso istruttorio la presentazione della ricevuta di avvenuto pagamento. L'operatore economico, che non adempia alla richiesta nel termine stabilito dalla (...) o nel caso in cui il pagamento risulti effettuato dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, è escluso dalla procedura di gara per inammissibilità dell'offerta”*. La tardività del pagamento, dunque, viene equiparata quanto all'effetto escludente all'omesso pagamento.

20. Il Collegio è consapevole del fatto che la giurisprudenza amministrativa si è espressa più volte sulla legittimità di una siffatta clausola di esclusione alla luce del dato normativo giungendo, tuttavia, a decisioni contrastanti.

21. Ebbene, il Collegio ritiene di aderire alla tesi – che ritiene più in linea con i

principi dell'ordinamento giuridico comunitario – secondo cui il versamento del contributo ANAC, pur condizionando l'offerta, può comunque essere tardivo ed è sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio in quanto trattasi di elemento estraneo al contenuto dell'offerta e, pertanto, non idoneo a violare il principio della par condicio tra i concorrenti.

22. Secondo tale orientamento, infatti, il tardivo pagamento del contributo non inficerebbe 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[ss]e] 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).

23. Se è vero, infatti, che nel vaso di specie la disposizione contenuta nel paragrafo 10 del disciplinare trae fondamento normativo dall'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, il quale 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, deve altresì essere considerato che il campo precettivo di siffatta clausola è più limitante e rigoroso di quello dell'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, poiché l'effetto espulsivo previsto dalla legge di gara consegue anche al solo tardivo pagamento del contributo oltre che, pacificamente, al suo omesso pagamento.

24. L'orientamento giurisprudenza cui il Collegio ritiene di aderire ha ritenuto (da ultimo si veda Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1175/2023) che in questa più rigida previsione - che esclude la rilevanza anche del soccorso istruttorio e conferisce alla tempistica del pagamento un peso determinante - può effettivamente individuarsi un profilo eccedente o contrastante con il disposto dell'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005 e, quindi, con la regola della tassatività delle clausole di

esclusione oggi contenuta nell'articolo 10 del D.Lgs n. 36/2023 (Nuovo Codice Appalti).

25. La lettera dell'art. 1, comma 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. V, n. 2386 del 2018; 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). Nello stesso senso è la consolidata giurisprudenza formatasi sull'analoga fattispecie del tardivo versamento del deposito cauzionale o cauzione provvisoria (ex multis Cons. Stato, sez. V, n. 2786 del 2020 e Cons. Stato, sez. III, n. 7580 del 2019).

26. Peraltro, la stessa ANAC nella Relazione AIR al bando tipo n. 1 – 2023 (pubblicata dopo il codice dei contratti n. 36/2023) ha affermato che "*al fine di evitare possibili interferenze con il principio di cui all'articolo 10 del codice - principio di tassatività delle cause di esclusione n.d.r. - si è scelto di considerare il pagamento del contributo in esame quale condizione di ammissibilità dell'offerta, nel senso che la mancata presenza della prova del pagamento del contributo non consente di valutare l'offerta. Siffatta opzione è aderente alla previsione di cui all'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005 e, altresì, risulta coerente con gli ultimi arresti della giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. III, 03/02/2023, n. 1175)*".

27. Del pari, sempre l'Anac, nell'approvare il predetto bando tipo con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, all'art. 12 ha previsto che: "*Il pagamento del contributo è condizione di ammissibilità dell'offerta. Il pagamento è verificato mediante il FVOE. 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*".

28. Si ritiene quindi che, anche in forza degli adottati dalla stessa ANAC, possa affermarsi che il mancato pagamento del contributo è sanabile mediante soccorso istruttorio. L'inammissibilità dell'offerta consegue al mancato versamento dello stesso nei termini indicati nel soccorso istruttorio dalla Stazione appaltante.

29. D'altro canto, la tempestiva verifica del pagamento mediante FVOE da parte delle stazioni appaltanti e la conseguente attivazione del soccorso istruttorio sono suscettibili (senza comportare un eccessivo aggravio procedimentale) di scongiurare i paventati comportamenti opportunistici degli operatori economici.

30. Il Collegio ritiene, dunque, fondata l'eccezione di nullità del paragrafo 10 del disciplinare di gara nella parte in cui configura come fattispecie escludente anche il tardivo pagamento del contributo ANAC rispetto alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta pur se avvenuto nel termine concesso a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio.

31. Appurata la nullità *in parte qua* del paragrafo 10 del disciplinare, deve concludersi che l'avvenuto pagamento, nei termini consentiti dal soccorso istruttorio, sia valso a sanare la violazione contestata e a regolarizzare la posizione del RTI ricorrente, il quale, dunque, deve esser riammesso alla procedura di gara.

32. In conclusione, il ricorso è fondato per le ragioni esposte e deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati nei termini descritti.

33. Tenuto conto della posizione ancora non univoca della giurisprudenza sulla questione trattata, le spese possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini illustrati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Giovanna Vigliotti, Primo Referendario, Estensore

Igor Nobile, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giovanna Vigliotti

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO