



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **DELIBERA N. 39 del 15 gennaio 2020**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Comune di Gagliano del Capo – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione di fabbricato esistente da destinare a polo per l'infanzia-asilo nido e centro ludico prima infanzia (art. 53 e 90 del R.R. n° 4 del 18.01.2007) - Importo a base di gara: euro 630.000,00 – S.A.: C.U.C. “Unione dei Comuni di Leuca” (LE)

#### **PREC 206/19/L**

#### **Contributo all'ANAC - Pagamento tardivo – Motivo di esclusione**

Gli operatori economici che intendono partecipare alle procedure di gara sono tenuti al pagamento del contributo all'ANAC quale condizione di ammissibilità alla procedura di gara.

Il mancato versamento del contributo entro il termine stabilito per la presentazione dell'offerta determina l'esclusione dalla procedura di scelta del contraente.

#### **Art. 1, comma 67, l. 266/2005**

### **Il Consiglio**

#### *Considerato in fatto*

Con nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 92459 del 19.11.2019, il Comune di Gagliano del Capo ha presentato istanza di parere di precontenzioso con riferimento alla procedura di gara indetta dalla C.U.C. “Unione dei Comuni di Leuca” ai fini dell'affidamento di lavori di ristrutturazione di fabbricato esistente da destinare a polo per l'infanzia-asilo nido e centro ludico prima infanzia.

Nello specifico, l'amministrazione comunale domanda se sia legittimo motivo di esclusione dalla procedura di gara il mancato versamento nei termini del contributo *ex* art. 1, comma 67, l. n. 266/2005, da parte dell'impresa risultata aggiudicataria (provvisoria) del contratto di appalto di lavori pubblici, Ditta Martella Ippazio, come da verbale del 10.06.2019, tenuto conto di quanto previsto agli artt. 10.1.1 lett. h) e 17 lett. b) del disciplinare di gara in ordine alle cause di esclusione delle offerte e tenuto conto che l'impresa procedeva ad effettuare il versamento del contributo soltanto in data 07.11.2019, scaduto il termine per la presentazione delle offerte, previsto per il giorno 05.04.2019.

In fase di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, ai fini dell'aggiudicazione definitiva del contratto, l'amministrazione del Comune di Gagliano del Capo verificava il mancato versamento del contributo all'ANAC da allegare contestualmente alla ricevuta PASSOE in sede di presentazione dell'offerta. Quindi, con nota prot. 6872 del 31.10.2019, il Settore Pianificazione Territoriale del Comune richiedeva all'impresa aggiudicataria di produrre, entro 10 giorni dalla ricezione della richiesta, la ricevuta del versamento del contributo, recante diverse informazioni, tra cui “la data di pagamento e l'ora di pagamento, antecedenti alla data e ora di scadenza di presentazione delle offerte 05.04.2019 ore 16:51”.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

L'impresa trasmetteva ricevuta di pagamento del contributo recante una data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta procedendo al versamento in data 07.11.2019.

Con nota prot. n. 7068 del 08.11.2019, l'amministrazione comunale nelle persone del Responsabile del Procedimento e del Responsabile del Settore informavano il Responsabile CUC e Presidente della Commissione di gara in ordine all'esito della verifica compiuta sull'aggiudicatario provvisorio che risultava avere effettuato il pagamento del contributo in maniera non conforme alle previsioni del bando, invitando il Presidente del CUC nonché Presidente della commissione di gara e gli altri commissari "alla rimodulazione del verbale di aggiudicazione del 10.06.2019 nel rispetto di quanto previsto dal bando di gara e relativo disciplinare approvati con determinazione del Responsabile CUC n. 23 R.G. del 06.03.2019. La richiesta dell'amministrazione comunale era riscontrata dalla commissione di gara con nota prot. n. 2112 del 18.11.2019 che manifestava un contrario orientamento rispetto alla prospettata esclusione dell'aggiudicatario ritenendo che il disciplinare di gara fosse contraddittorio non menzionando tra i documenti da allegare la ricevuta del versamento del contributo, richiamata soltanto all'art. 17 del disciplinare stesso; l'impresa avesse sanato l'irregolarità procedendo al versamento del contributo; un provvedimento di autotutela rispetto all'aggiudicazione dovesse corrispondere a un interesse effettivo ed attuale.

Nella documentazione trasmessa in atti con la richiesta di parere è indicato, altresì, che i lavori di ristrutturazione in affidamento beneficiano di un finanziamento mediante fondi a valere sulle risorse di cui all'APQ "Benessere e Salute" – FSC 2007 – 2013 (Del. CIPE n. 72-92/2012).

Con nota prot. n. 95725 del 28.11.2019 l'Autorità comunicava l'avvio dell'istruttoria alle parti interessate. L'istante ha trasmesso documenti rimettendosi alle valutazioni dell'Autorità, mentre la commissione di gara ha trasmesso una nota con la quale si riporta alle valutazioni compiute in sede di procedura.

La ditta aggiudicataria ha trasmesso una memoria nella quale contesta la legittimità di un provvedimento di esclusione, evidenzia le ritenute ambiguità della documentazione di gara riscontrabili agli artt. 10 e 17 del disciplinare di gara e richiama la giurisprudenza amministrativa e della Corte di giustizia che ammettono il soccorso istruttorio per le ipotesi in cui la legge di gara non sia chiara nella definizione delle cause di esclusione dalla procedura, ritenendo che il soccorso istruttorio sia esperibile.

#### *Ritenuto in diritto*

Ai sensi dell'art. 1, comma 67, l. 266/2005 (Legge Finanziaria per il 2006) l'Autorità «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».

La norma si riferisce specificamente ai contratti aventi ad oggetto lavori pubblici, ma l'interpretazione dell'Autorità è stata nel senso di ritenere la previsione riferita in via estensiva anche ai contratti aventi ad oggetto i servizi e le forniture.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

In diverse occasioni, l'Autorità ha espresso l'indicazione che il mancato pagamento del contributo nei termini indicati per la presentazione delle offerte è causa di esclusione dalla procedura di gara. Da ultimo, tale orientamento è stato ribadito nella Delibera n. 1174 del 19 dicembre 2018 (Attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 per l'anno 2019) che all'art. 3 indica che gli operatori economici che intendono partecipare alle procedure di gara «sono tenuti al pagamento della contribuzione quale condizione di ammissibilità alla procedura di selezione del contraente. Essi sono tenuti a dimostrare, al momento della presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente ai sensi dell'art. 1, comma 67, della legge 266/2005».

Con valore vincolante per le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, il Bando tipo n. 1/2017, approvato con Deliberazione n. 1228 del 22 novembre 2017, concernente l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, ha confermato tale indicazione. Nell'elencare le condizioni di partecipazione alla procedura di gara che incidono sulla validità dell'offerta (art. 12), l'Autorità vi ha incluso il versamento nei termini del contributo, che deve accompagnare l'offerta fin dalla sua presentazione. L'Autorità ha indicato, con previsione obbligatoria per le stazioni appaltanti, che la mancata allegazione all'offerta degli indicati documenti è sanabile soltanto nel caso in cui l'operatore economico dimostri che il relativo adempimento abbia data certa anteriore alla scadenza dell'offerta ovvero che le condizioni formalizzate in un documento sussistevano al momento della presentazione dell'offerta. Quindi, come anche si evidenzia nella Relazione illustrativa che accompagna il Bando tipo, la mancata presentazione della ricevuta può essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, a condizione che il pagamento sia stato effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

La sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2016, resa dalla Sesta Sezione nella causa C- 27/15 (“*Pippo Pizzò*”), ha enunciato il principio secondo cui «*Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice*».

Alla luce delle norme, delle delibere dell'ANAC e dei principi di diritto sopra richiamati, si ritiene che non sussistano idonee ragioni per giustificare, nella fattispecie in esame, il mancato pagamento nei termini del contributo all'Autorità da parte dell'aggiudicatario.

Infatti, anche se l'art. 10 del disciplinare di gara, concernente la “Documentazione da presentare all'atto dell'offerta” non menzionava la ricevuta di pagamento del contributo tra le dichiarazioni e i documenti che dovevano essere inseriti a pena di esclusione nella busta A relativa alla documentazione amministrativa, il successivo art. 17 del medesimo documento di gara, concernente le “Cause di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

esclusione”, elencava espressamente tra queste anche la causa di esclusione determinata dal mancato pagamento del contributo, disciplinando l’adempimento e l’ipotesi consentita di sanatoria dello stesso. In particolare, l’art. 17, alla lettera b), punto 11, prescriveva: «*sono esclusi, dopo l’apertura del plico d’invio e prima dell’apertura delle buste interne, i concorrenti: (...) 11. che non hanno effettuato nei termini il versamento all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, o abbiano effettuato un versamento insufficiente; la sola assenza della ricevuta non è causa di esclusione se il versamento è stato effettuato nei termini e in misura corretta.*».

La clausola contenuta nel disciplinare è chiara e inidonea a generare ambiguità interpretative, tant’è che, come dichiarato dall’amministrazione, «tutte le altre sei ditte partecipanti hanno prodotto regolare versamento eseguito entro la data di scadenza del bando di gara» (cfr. memoria della stazione appaltante trasmessa in data 03.12.2019).

Né può ritenersi che la stazione appaltante, con l’avvio del soccorso istruttorio, abbia potuto ingenerare un affidamento sulla rimessione nei termini per il compimento del pagamento del contributo, considerata la formulazione della nota del 30.10.2019 nella quale si richiedeva la trasmissione sostanzialmente della ricevuta del pagamento, con la specificazione in ordine alla necessità che lo stesso fosse antecedente lo scadere dei termini di presentazione dell’offerta.

In conclusione, il mancato versamento del contributo all’Autorità nei termini stabiliti dal bando di gara per la presentazione delle offerte appare legittima causa di esclusione dalla procedura di gara in base all’art. 1, comma 67, l. 266/2005, alle delibere dell’Autorità e all’art. 17 del Disciplinare di gara che chiaramente includeva tra le cause di esclusione l’omesso adempimento di tale onere, oltre che coerente con il principio di tutela della *par condicio* tra i concorrenti.

Pertanto, sulla base delle considerazioni sopra esposte,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che costituisca legittimo motivo di esclusione dalla procedura di gara il mancato versamento del contributo *ex art. 1, comma 67, l. n. 266/2005* nei termini stabiliti dalla *lex specialis* di gara per la presentazione dell’offerta.

Il Presidente f.f.  
*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 gennaio 2020  
Il Segretario, *Rosetta Greco*