



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 47

DEL 22 gennaio 2020

Oggetto: Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da D.I.S.M.A. S.r.l. e Unione dei Comuni della Romagna Forlivese – Unione Montana (FC) – Procedura negoziata ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. c), del d.lgs. 50/2016 per l’appalto di lavori di “Restauro Castellaccio”, II lotto, da svolgersi tramite piattaforma telematica - Importo a base di gara: euro 153.000,00 – S.A.: Unione dei Comuni della Romagna Forlivese – Unione Montana (FC)

PREC 220/19/L

Contributo all’ANAC – Pagamento tardivo – 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.

L’obbligo del pagamento trova la sua fonte direttamente nella legge e negli atti dell’Autorità, da ultimo nella Delibera n. 1174 del 19 dicembre 2018 resa in attuazione dell’art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 per l’anno 2019.

Il mancato pagamento del contributo nei termini previsti per la presentazione delle offerte costituisce causa di esclusione dalla procedura.

La clausola della *lex specialis* di gara che richiama il pagamento del contributo a pena di esclusione con un mero rinvio agli atti dell’Autorità non appare idonea a indurre in errore i concorrenti poiché l’uso della ordinaria diligenza nella predisposizione della documentazione ai fini della partecipazione alla procedura avrebbe dovuto indurre gli stessi a compiere la richiesta verifica sul sito internet dell’Autorità.

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

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza congiunta prot. n. 99747 del 11.12.2019 la D.I.S.M.A. S.r.l. e l’Unione dei Comuni della Romagna Forlivese – Unione Montana presentavano una richiesta di parere concernente la procedura negoziata per l’appalto di lavori di “Restauro Castellaccio” (II lotto), da aggiudicarsi secondo il criterio del miglior prezzo tramite piattaforma telematica, domandando se, in mancanza di una *lex specialis* chiara ed univoca (lettera di invito e istanza di partecipazione) in merito ad un adempimento per la partecipazione alla gara richiesto dalla legge n. 266/2005, quale il pagamento del contributo all’ANAC, il RUP abbia legittimamente agito nell’attivare il soccorso istruttorio per consentire l’adempimento del suddetto obbligo, nel rispetto dei principi di diritto del *favor participationis* e del *clare loqui*, tenuto conto della sentenza della Corte di giustizia UE 02.06.2015 causa C-27.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Le parti istanti rappresentano che, nella prima seduta della gara del 07.08.2019, come da verbale n. 1, il RUP prendeva atto dell'assenza di ricevuta di pagamento del contributo per n. 3 dei 5 offerenti, tra cui la Mulinari Costruzioni Generali S.r.l., e constatava l'assenza di una chiara indicazione dell'obbligo di pagamento nella lettera di invito e nell'istanza di partecipazione allegata alla suddetta lettera.

In data 14.08.2019, con lettere prot. nn. 27467, 27469 e 27471, il RUP attivava il soccorso istruttorio per chiedere il pagamento del contributo all'Autorità ai concorrenti che non lo avevano versato, e presentare copia della ricevuta di avvenuto pagamento.

In data 28.08.2019, nella seconda seduta di gara, il RUP prendeva atto della trasmissione delle ricevute di pagamento del contributo dei suddetti concorrenti, provvedeva allo scioglimento della riserva e riammetteva i tre concorrenti alla gara, formulando altresì la proposta di aggiudicazione provvisoria in un primo momento alla ditta D.I.S.M.A. di Roma e successivamente, verificata l'errata applicazione della formula di anomalia, in favore della ditta Mulinari Costruzioni Generali S.r.l. L'aggiudicazione è stata adottata nei confronti della Mulinari Costruzioni Generali S.r.l. con determinazione n. 1187 del 18.09.2019. Con lettere prot. n. 34844 e 34836 del 16.10.2019, il RUP comunicava le suddette risultanze alla ditta Mulinari Costruzioni Generali S.r.l. ed ai restanti offerenti.

Con lettera pervenuta al prot. n. 39105 del 19.11.2019, la ditta D.I.S.M.A. seconda classificata, chiedeva il riesame e l'annullamento in autotutela del provvedimento di riammissione dei tre concorrenti ammessi in gara a seguito di soccorso istruttorio per violazione della legge di gara e della legge n. 266/2005.

Con nota prot. n. 39357 del 20.11.2019 la centrale di committenza confermava le ragioni poste a fondamento del disposto soccorso istruttorio e, al contempo, proponeva di presentare congiuntamente un'istanza di parere di precontenzioso all'Autorità il cui esito sarebbe stato ritenuto vincolante. Quindi, ricevuta l'adesione della D.I.S.M.A. S.r.l., l'Unione dei Comuni procedeva a comunicare l'attivazione del procedimento di precontenzioso anche alle ditte riammesse alla procedura anche al fine di acquisire un'eventuale adesione all'istanza.

Con nota prot. n. 102152 del 19.12.2019, l'Autorità ha comunicato l'avvio dell'istruttoria a tutte le parti interessate.

L'istante e la stazione appaltante si sono riportati alle memorie trasmesse.

Ritenuto in diritto

L'istanza congiunta di parere di precontenzioso è stata presentata nell'ambito di un procedimento in autotutela avviato dall'Unione dei Comuni della Romagna Forlivese – Unione Montana (FC), su istanza della D.I.S.M.A. S.r.l. richiedente l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione adottato con determinazione n. 1187 del 18.09.2019, nell'ambito della procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. c), del d.lgs. 50/2016 indetta su piattaforma telematica per l'affidamento dei lavori di "Restauro Castellaccio" - II lotto.

Nella procedura di gara in esame, la commissione di gara decideva di avviare la procedura di soccorso istruttorio nei confronti dei concorrenti che non avevano pagato il contributo all'Autorità ai sensi dell'art. 1, comma 67, l. 266/2005. Il soccorso istruttorio era così motivato dalla commissione di gara: «Il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Presidente, avendo verificato che nella lettera di invito, erroneamente, non era stato indicato tale adempimento, inducendo di conseguenza in errore le imprese invitate, ai fini della regolare ammissione alla gara e della par condicio, dispone, ai sensi dell'art. 83 c. 9 del D. Lgs. 50/2016 e ss.mm., l'attivazione del soccorso istruttorio, chiedendo il pagamento ad ANAC della somma di € 20,00 (...) In caso di inutile decorso del termine assegnato, il concorrente inadempiente verrà escluso dalla gara.». Seguivano le lettere di attivazione del soccorso istruttorio a firma del Responsabile della centrale di committenza, nelle quali si dichiarava che l'ente non aveva, erroneamente, indicato l'adempimento nella lettera di invito e si richiedeva il pagamento del contributo nel termine indicato a pena di esclusione.

Di contrario avviso la D.I.S.M.A. S.r.l. che, in sede di istanza di autotutela, osservava che la documentazione di gara non tacesse in ordine all'obbligo del pagamento del contributo poiché la lettera di invito, nella parte rubricata "ULTERIORI PRECISAZIONI – INAMMISSIBILITA' – ESCLUSIONI", aveva indicato come causa determinante l'esclusione dalla gara, alla lettera b): *"la mancanza della ricevuta di versamento del contributo (qualora dovuto) all'Autorità Nazionale Anti Corruzione, come disciplinato Deliberazione ANAC del 5 marzo 2014 e s.m. e i."*

La ditta richiama, in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572 secondo cui l'omesso pagamento non può essere sanato «(...) dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte poiché, 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»; la sentenza del TAR Puglia, Bari, sez. I, 10 luglio 2018, n. 1065 che ha valutato illegittima l'applicazione del soccorso istruttorio quando attivato al fine di consentire il pagamento, in ritardo, del contributo all'Autorità; la sentenza del TAR Lazio, 21 novembre 2018, n. 11263 che ha statuito sulla legittimità del provvedimento di esclusione dell'operatore economico che non aveva effettuato il pagamento del contributo qualificando l'adempimento come «condizione di ammissibilità che non può essere sanata dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte».

Tutto ciò premesso, il parere dell'Autorità è nel senso di ritenere condivisibile la tesi sostenuta dalla concorrente DISMA S.r.l. nella richiesta di parere, ritenuto che l'obbligo del pagamento trova la sua fonte direttamente nella legge e negli atti dell'Autorità, da ultimo nella Delibera n. 1174 del 19 dicembre 2018 resa in attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 per l'anno 2019.

L'art. 1, comma 67, l. 266/2005 (Legge Finanziaria per il 2006) prevede che l'Autorità, *«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 (...)** I contributi e le tariffe previste dal presente comma sono predeterminati e pubblici...* (in attuazione di quanto disposto dalla norma sono state adottate: Del. 26 gennaio 2006, la Del. 10 gennaio 2007, la Del. 24 gennaio 2008, la Del. 1 marzo 2009, la Del. 15 febbraio 2010, la Del. 3



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

novembre 2010, la Del. 21 dicembre 2011, la Del. 5 marzo 2014, la Del. 21 dicembre 2016, n. 1377/2016, la Del. 20 dicembre 2017, n. 1300/2017 e la Del. 19 dicembre 2018, n. 1174).

Con orientamento costante, l'Autorità ha sempre comunicato nei propri atti che il contributo è condizione di partecipazione alla procedura di gara, determinante l'esclusione dell'operatore economico ove non pagato nel termine di presentazione delle offerte (tra gli altri, si vedano il parere di precontenzioso n. 112 del 17.12.2014; la deliberazione n. 163 del 22 dicembre 2015). Anche recentemente, sia nel Bando Tipo n. 1/2017 sia nella Delibera n. 1174 del 19 dicembre 2018, resa in attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 per l'anno 2019, l'Autorità ha confermato la necessità del pagamento del contributo sanzionabile con l'esclusione dalla procedura ove l'adempimento non sia stato compiuto nei termini di presentazione dell'offerta.

La giurisprudenza ha espresso posizioni talvolta discordanti sulla questione.

In conformità alle indicazioni fornite dall'Autorità, si segnalano le pronunce dei TAR citati dall'istante insieme, in particolare, alla sentenza 12.03.2018, n. 1572 del Consiglio di Stato (Sez. III) che ha considerato che la partecipazione dell'operatore economico alla gara in questione è assoggettata al pagamento del contributo ex art. 1 comma 67, l. n. 266 del 2005 a pena di esclusione, considerando che tale carenza non *«avrebbe potuto essere sanata dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte poiché, 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»*. Sempre il Consiglio di Stato, Sez. V, nella sentenza 27.06.2018, n. 3950, pur esprimendosi per la legittima ammissione alla procedura di un concorrente che aveva versato tardivamente il contributo nell'ambito di un appalto di servizi, ha ritenuto che l'obbligo dettato dall'art. 1, comma 67, l. 266/2005 è *«condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche» e che detta previsione legislativa appare una tipica espressione del brocardo “in claris non fit interpretatio” con la conseguenza che il versamento di tale contributo è caratteristica delle gare in materia di aggiudicazione della realizzazione di opere pubbliche» e considerando che «alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, sentenza 28 febbraio 2018 (che) il giudice europeo ha ritenuto conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza nella materia dei contratti pubblici un meccanismo di soccorso istruttorio inteso a salvaguardare la partecipazione alla procedura di affidamento in caso di irregolarità essenziali, purché ciò non avvenga in caso di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione...»*. Sulla base di quanto sopra considerato, l'obbligo del pagamento del contributo appare avere fondamento nella legge e negli atti attuativi dell'ANAC cui la legge stessa rinvia, obbligatoriamente pubblici e pubblicati sul sito internet dell'ANAC nella sezione “contributi in sede di gara”.

D'altra parte, contrariamente a quanto ritenuto dalla stazione appaltante, non si ritiene che la formulazione della lettera di invito fosse idonea a indurre in errore gli operatori economici partecipanti alla procedura di gara.

Nel paragrafo rubricato “ULTERIORI PRECISAZIONI – INAMMISSIBILITA' – ESCLUSIONI”, la lettera di invito aveva indicato, come causa determinante l'esclusione dalla gara, *«la mancanza della ricevuta di versamento del contributo (qualora dovuto) all'Autorità Nazionale Anti Corruzione, come disciplinato Deliberazione ANAC del 5 marzo 2014 e s.m. e i.»*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'uso della ordinaria diligenza nella predisposizione della documentazione ai fini della partecipazione alla procedura avrebbe dovuto indurre gli operatori economici a compiere la verifica richiesta sul sito internet dell'Autorità e così avrebbero agevolmente verificato l'obbligo del pagamento del contributo.

Infine, non appaiono applicabili nella fattispecie in esame i principi di diritto espressi dalla Corte di giustizia UE, nella sentenza del 2 giugno 2016, causa C- 27/15 (*"Pippo Pizzò"*) che ha ritenuto contrario ai principi di parità di trattamento e di obbligo di trasparenza un provvedimento di esclusione di operatore economico che non aveva pagato il contributo, ove si consideri che la Corte si pronunciava con riferimento a una procedura di gara di rilevanza comunitaria, con riferimento a un affidamento di un servizio pubblico nel quale i documenti di gara non prevedevano l'adempimento dell'onere a pena di esclusione dalla procedura. Nel sollevare la questione, il giudice del rinvio indicava che l'obbligo non risultava *«espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presentate dai suddetti documenti»* (cfr. sentenza 2 giugno 2016, p. 35).

In conclusione, la decisione della commissione di gara di disporre il soccorso istruttorio non appare conforme all'art. 1, comma 67, l. 266/2005 e agli atti attuativi dell'ANAC (in specie, Delibera n. 1174 del 19 dicembre 2018).

Pertanto, sulla base delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene che il disposto soccorso istruttorio nei confronti delle imprese concorrenti per consentire il pagamento tardivo del contributo all'Autorità non sia conforme all'art. 1, comma 67, l. 266/2005 e alla Delibera n. 1174 del 19 dicembre 2018.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio In data 30 gennaio 2020
Il Segretario Rosetta Greco