



DELIBERA N. 449

3 ottobre 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Atomica S.r.l. - Procedura aperta per il servizio di gestione operativa dell'ufficio stampa della gestione associata per il turismo dell'Isola d'Elba - Importo a base di gara euro: 180.000,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Capoliveri (LI)

UPREC/PRE/651/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 83 d.lgs. 50/2016;

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

Parole chiave

Contributo ANAC – Omesso pagamento - Esclusione

Massima

Appalto pubblico – In genere – Contributo ANAC – Omesso Pagamento – Soccorso istruttorio- Limiti

In relazione al contributo a favore dell'ANAC, il soccorso istruttorio può essere utilizzato solo per comprovare l'avvenuto pagamento entro la scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta e non già per effettuare tardivamente il versamento dovuto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 3 ottobre 2023

DELIBERA



VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 53886 del 6 luglio 2023, con cui la Soc. Atomica a r.l. ha contestato la sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dalla Stazione appaltante in ragione del mancato pagamento del contributo di gara prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte;

VISTA la comunicazione di esclusione dalla gara del 27 giugno 2023, in cui la Commissione di gara rilevava che *"la comprova del versamento del contributo ANAC non è stata allegata al momento della presentazione della domanda dell'offerta e tramite il soccorso istruttorio richiesto in data 7.06.2023 è emerso che tale versamento è stato effettuato in pari data. Ciò contrasta con l'art. 11 lett.A.3. del disciplinare di gara. Il quale prevede che tale versamento, pena l'esclusione, deve essere effettuato entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte e pertanto il comportamento contrasta con il principio di parità tra i concorrenti"*;

VISTO l'art. 11 punto A.3) del disciplinare della gara in oggetto, a mente del quale "Il partecipante in forma singola o associata è tenuto, pena l'esclusione, al versamento della contribuzione per la copertura dei costi relativi al funzionamento dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67 della Legge n. 266/2005 (Finanziaria 2006) e della Delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 22 dicembre 2015, n. 163, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 49 del 29 febbraio 2016. Altresì, il partecipante è tenuto a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di aver effettuato il versamento indicato e deve allegare all'offerta i documenti comprovanti detto versamento. Il concorrente è pertanto tenuto ad inserire la comprova dell'avvenuto versamento di **€. 20,00 (euro venti/00)** a favore della ANAC. Per eseguire il pagamento, indipendentemente dalla modalità di versamento utilizzata e sotto esplicita, sarà comunque necessario iscriversi on line, anche per i soggetti già iscritti al vecchio servizio, al "servizio di Riscossione" raggiungibile all'indirizzo...L'utente iscritto per conto dell'operatore economico dovrà collegarsi al servizio con le credenziali da questo rilasciate e inserire il **codice C.I.G. 9587916694** che identifica la presente procedura. La ricevuta dell'avvenuto versamento deve inserita ove richiesto sul portale START";

CONSIDERATO che, secondo l'istante, l'art. 11 del disciplinare prevederebbe la sanzione dell'esclusione dalla gara solo in caso di omesso pagamento e non già per l'ipotesi di mero tardivo pagamento del contributo, tale essendo, peraltro, l'unica interpretazione della clausola compatibile con il principio di tassatività delle cause di esclusione; alla luce di quanto premesso, l'istante sottopone all'Autorità i seguenti quesiti: a) se, a prescindere dal contenuto del disciplinare di gara, sia legittimo procedere all'esclusione di una concorrente che, dopo che l'Amministrazione ha attivato il soccorso istruttorio, ha dimostrato di aver corrisposto il contributo ANAC dopo la presentazione della domanda ma prima della conclusione della gara; b) se sia legittima l'esclusione di un concorrente che ha dimostrato di aver pagato il contributo ANAC, prima della conclusione della gara, quando il disciplinare di gara preveda espressamente l'esclusione dalla gara solo nel caso in cui un concorrente non abbia corrisposto il contributo ANAC, mentre non prevede espressamente l'esclusione in caso di tardivo pagamento del contributo; c) se sia legittimo un disciplinare di gara che preveda l'esclusione di un concorrente nel caso in cui non dimostri di aver pagato il contributo ANAC al momento della presentazione dell'offerta, anche se dimostra di averlo pagato dopo l'attivazione del soccorso istruttorio, prima della conclusione della gara?

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 56285 del 12 luglio 2023;

VISTE le memorie, acquisite al prot. n. 57162 del 14 luglio 2023, con cui la Stazione appaltante ha confermato la correttezza della decisione assunta alla luce sia dell'art. 11 del disciplinare di gara sia del bando tipo n. 1/2021 ove è previsto che la mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento del contributo di gara prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte costituisca motivo di esclusione;



VISTA la memoria integrativa acquisita al prot. n. 57052 del 14 luglio 2023, con cui Atomica S.r.l. ha evidenziato come il disciplinare della gara in oggetto non contenesse una previsione analoga a quella contenuta nel bando tipo n. 1/2021; in ogni caso, la misura espulsiva risulterebbe oltremodo sproporzionata alla luce sia dell'esiguità dell'importo dovuto, pari ad euro 20,00, sia dell'avvenuto versamento delle somme e, in ogni caso, si porrebbe in contrasto con i principi di *favor participationis* e massima apertura al mercato che ispirano l'intera materia dei contratti pubblici;

RITENUTO, preliminarmente, di dover trattare la questione posta all'attenzione dell'Autorità con la procedura ordinaria in luogo di quella semplificata di cui all'art. 11, commi 1 e 2, del Regolamento di precontenzioso;

RILEVATO che l'obbligo di versamento del contributo ANAC trae fondamento dall'art. 1, comma 67, della L. 266/2005, ai sensi del quale *"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"*;

CONSIDERATO che, in merito alle conseguenze dell'omesso versamento del contributo di gara entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, si registra un contrasto giurisprudenziale. Secondo un primo orientamento, il mancato pagamento del contributo ANAC comporta l'esclusione del concorrente dalla gara, venendo in rilievo una causa di esclusione prevista in via diretta dalla legge. E' stato osservato, infatti, 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"* (Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2023 n. 2752 e giurisprudenza ivi richiamata);

CONSIDERATO che, per un diverso orientamento, il testo 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. Secondo tale indirizzo, la clausola del disciplinare di gara che sanziona con l'esclusione anche il tardivo pagamento e non solo l'omesso pagamento del contributo ANAC si porrebbe in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016 non trovando alcuna corrispondenza nel disposto normativo di cui al citato art. 1, comma 67, della legge 266/2005;

RILEVATO che l'Autorità, sia nel bando tipo n. 1/2021 sia in diversi pareri, ha aderito al primo dei citati orientamenti giurisprudenziali, ritenendo ammissibile il soccorso istruttorio solo per dimostrare l'avvenuto pagamento del contributo di gara entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte e non già per effettuare tardivamente il pagamento dovuto (delibera n. 212/2022; delibera n.



765/2021; delibera n. 151/2023). Anche nella FAQ 1.2 relativa al nuovo bando tipo n. 1/2023, l'Autorità ha precisato, in tema di conseguenze dell'omesso pagamento del contributo di gara, che *"Qualora il pagamento non risulti dal sistema, la stazione appaltante può richiedere, mediante soccorso istruttorio, la regolarizzazione tramite inserimento nel FVOE della ricevuta di avvenuto pagamento avente data anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte. In caso di inottemperanza alla richiesta nel termine stabilito dalla stazione appaltante o di inserimento di ricevuta recante data successiva al termine per la presentazione delle offerte, l'offerta è dichiarata inammissibile. Relativamente al contributo ANAC il soccorso istruttorio può infatti essere utilizzato per integrare la domanda con la produzione di atti o documenti attestanti fatti già avvenuti al momento della scadenza per la sua presentazione, risultando altrimenti non rispettata la scadenza medesima."*;

RITENUTO, alla luce di quanto premesso, che ai quesiti sub a) e c) va data risposta affermativa, nel senso di riconoscere corretta e doverosa l'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia effettuato il pagamento del contributo ANAC entro la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, determinando tale omissione una condizione di inammissibilità dell'offerta;

CONSIDERATO, in merito alla questione sub b), che la lettura dell'art. 11.3 del disciplinare non pare lasciare spazio ai dubbi interpretativi sollevati dall'istante. La clausola è chiara nel prevedere tanto l'obbligo del versamento del contributo ANAC *"a pena di esclusione"* quanto l'obbligo di dimostrare, all'atto della presentazione dell'offerta, di aver effettuato il versamento del contributo, allegando gli opportuni documenti. In altri termini, la formulazione dell'art. 11 non consente di ritenere che, in relazione al contributo ANAC, il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 avrebbe avuto ampiezza maggiore rispetto ad altre carenze o irregolarità della domanda di partecipazione, per le quali, com'è noto, è consentita la produzione tardiva di dati e documenti purché riferiti a fatti già avvenuti al momento della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che l'esclusione della Soc. Atomica S.r.l. è conforme al disciplinare di gara e alla normativa di settore, nella parte in cui riconosce al pagamento del contributo di gara natura di condizione di ammissibilità dell'offerta.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 ottobre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente