



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

I l C o n s i g l i o d i S t a t o

i n s e d e g i u r i s d i z i o n a l e (S e z i o n e Q u a r t a)

h a p r o n u n c i a t o l a p r e s e n t e

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 3226 del 2021, proposto dalla società Ecoservizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Mendicino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cosenza, via E. Cristofaro, 57;
la C.U.C. Serre - Centrale Unica di Committenza Serre, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria - Sede di Catanzaro, Sezione Prima, n. 713 del 30 marzo 2021, resa tra le parti, concernente un provvedimento di esclusione da gara pubblica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Mendicino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2021, svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020 convertito con l. n. 176 del 2020, il Cons. Luca Lamberti e udito per la parte appellante l'avvocato Francesco Izzo, che partecipa alla discussione orale da remoto ai sensi della citata disposizione;

Sentita la stessa parte ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Con la sentenza indicata in epigrafe il T.a.r. per la Calabria ha rigettato il ricorso dell'odierna appellante avverso il provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento quinquennale del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani con il sistema del "porta a porta", indetta dal Comune di Mendicino con determina a contrarre del 28 dicembre 2020.

L'esclusione è stata motivata col fatto che il versamento all'ANAC del prescritto contributo è stato effettuato in data (2 marzo 2021) successiva al termine ultimo per la presentazione della domanda di partecipazione (15 febbraio 2021), indicato in proposito dalla *lex specialis* come termine "perentorio" *ad quem* per l'effettuazione del citato versamento.

Il T.a.r. ha così deciso:

a) ha escluso l'applicazione, nella vicenda, dell'art. 65, comma 1, d.l. n. 34 del 2002, convertito con l. n. 77 del 2020 (che esonera dal versamento del cennato contributo gli operatori economici che concorrono nelle gare "avviate" sino al 31 dicembre 2020), sostenendo che "per avvio della procedura di gara deve intendersi la pubblicazione del bando di gara e non, invece, l'adozione di atti interni, quali, come nella

fattispecie, la determinazione a contrarre”; nella specie, ha aggiunto il T.a.r., non vi sarebbe prova della pubblicazione del bando entro il 31 dicembre 2020;

b) ha escluso che il mancato versamento del contributo entro il termine indicato dal bando possa essere sanato *ex post*, perché nella *lex specialis* il pagamento di tale contributo entro il termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara sarebbe espressamente qualificato come “*perentorio*”, locuzione da interpretarsi come “*a pena di decadenza*”;

b1) ha, di converso, escluso che l’assenza, nel bando, di “*specifiche formule sacramentali in riferimento a tale adempimento*” possa condurre ad una conclusione opposta, “*atteso che un’interpretazione che porti a ritenere ammissibile alla gara l’odierna ricorrente, pur a fronte della criticità riscontrata, finirebbe per neutralizzare una specifica prescrizione del bando, ledendo peraltro la par condicio dei concorrenti*”; di contro, “*l’eventuale aggiunta di formule specifiche avrebbe non avrebbe costituito, nel caso di specie, una necessaria precisione quanto invece un inutile pleonaso, essendo peraltro ragionevolmente percepibile tanto il significato della previsione del disciplinare quanto le relative conseguenze*”;

b2) ha osservato che “*non è precluso all’amministrazione di prevedere un’espressa comminatoria di esclusione dalla gara il mancato versamento del contributo all’ANAC*”.

La società ha interposto appello solo in relazione al punto sub b), sostenendo che:

- l’esclusione potrebbe conseguire solo a previsioni espressamente indicate dal bando, appunto, “*a pena di esclusione*”, circostanza non sussistente nella specie;
- “*l’appalto di che trattasi ha per oggetto l’espletamento di un servizio (raccolta rifiuti): circostanza questa che impedisce di qualificare l’obbligo di versamento del contributo Anac come una condizione di ammissibilità dell’offerta*”, in tesi prevista dalla legge per le sole gare tese all’affidamento di lavori.

Il Comune, costituitosi in resistenza, ha osservato che:

- con la procedura di soccorso istruttorio aveva chiesto alla società “*non di procedere al versamento del contributo entro il termine concesso dalla stazione appaltante, bensì di fornire*

elementi documentali attestanti l'avvenuto versamento entro il termine fissato dal bando di gara”, ossia entro l'ultimo giorno utile per presentare la domanda di partecipazione;

- il versamento del contributo all'ANAC anche per le gare propedeutiche all'affidamento di appalti di servizi sarebbe una conseguenza dell'intervenuta estensione della competenza dell'ANAC, non più limitata, come all'epoca dell'emanazione della l. n. 266 del 2005 (il cui art. 1, comma 65, istituì tale contributo), ai soli appalti di lavori (si cita, in proposito, Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2020, n. 746, nonché la delibera ANAC 29 dicembre 2020, n. 1121).

Con decreto monocratico n. 1834 dell'8 aprile 2021 la gara è stata sospesa sino alla delibazione dell'incidente cautelare.

L'istanza cautelare è stata trattata alla camera di consiglio del 22 aprile 2021, in vista della quale l'appellante ha versato in atti memoria scritta; nel corso della discussione il Collegio ha rappresentato alla parte appellante la possibilità della definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, facendone espressa menzione a verbale.

L'appello non merita accoglimento.

Il Collegio, con la sintesi imposta dall'art. 60 c.p.a. (nonché, a monte, dall'art. 120 c.p.a.), osserva che:

- con la procedura del soccorso istruttorio il Comune aveva chiesto all'odierna appellante di *“caricare la eventuale ricevuta di versamento Anac effettuato nei termini?”* previsti dal bando di gara, non già di provvedere *ex novo* al relativo pagamento;

- l'espressione *“perentorio”* usata dal bando di gara con riferimento al termine per il pagamento del contributo non può che ascrivere all'eventuale violazione valenza preclusiva della partecipazione alla gara: argomentare diversamente, invero, significa operare un'indebita *interpretatio abrogans* della *lex specialis*;

- più in generale, la manifestazione della volontà amministrativa di annettere ad un certo adempimento carattere inderogabile non deve necessariamente essere

veicolata con le espressioni “*a pena di decadenza*” ovvero “*a pena di esclusione*”, ove, comunque, tale intendimento sia – come nella specie – univocamente evincibile in base ad una lettura in buona fede della *lex specialis* (cfr. il principio desumibile dall’art. 1366 c.c.); orbene, l’aggettivo “*perentorio*” esprime chiaramente l’effetto preclusivo conseguente al mancato rispetto del termine indicato dal bando;

- il mancato versamento del contributo determina, *ex lege*, l’inammissibilità dell’offerta anche nelle gare volte all’affidamento di appalti di servizi, come motivatamente evidenziato, da ultimo, nella recente pronuncia di questo Consiglio n. 746 del 2020, cui si opera integrale richiamo ai sensi dell’art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a.

Per le esposte ragioni, pertanto, l’appello va respinto.

Possono compensarsi le spese del grado, anche in considerazione della definizione del giudizio già nella sede camerale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 3226 del 2021, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2021, svoltasi da remoto ai sensi dell’art. 25 d.l. n. 137 del 2020 convertito con l. n. 176 del 2020 con l’intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere, Estensore

Alessandro Verrico, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Luca Lamberti

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI