

N. 03340/2024 REG.PROV.COLL.
N. 10980/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10980 del 2023, proposto da Ab Medica S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9742448A6A, 9742484820, 9742494063, 9742954BFA, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Masotti, Mauro Renna, Carlo Piatti, Nicola Sabbini, Enrica Forte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella, Egidio Mammone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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

nei confronti

Gada Italia S.p.A., Betamed S.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di idonee misure cautelari, anche tramite decreto monocratico

- della Determinazione Dirigenziale n. 345 dell'8 giugno 2023, notificata con comunicazione PI096242-23 inviata a mezzo p.e.c. in data 14 luglio 2023, con cui il Direttore della U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini ha proceduto all'esclusione della Società AB Medica S.p.A. dalla *“Procedura aperta telematica ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell'art. 54 comma 4, lett. a) del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., finalizzata all'affidamento della fornitura di protesi e dispositivi medici per le necessità della U.O.S. di Cardiologia Interventistica dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, suddivisa in 43 Lotti”* per i lotti 7, 10, 11 e 42;
 - del diniego di autotutela prot. n. 23668 del 21 luglio 2023, reso a seguito di istanza di autotutela del 19 luglio 2023, con cui il Direttore della U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini ha confermato l'esclusione della Società AB Medica S.p.A. dal prosieguo della procedura;
 - nei limiti dell'interesse della ricorrente e delle censure, dell'art. 12 del Disciplinare di gara, e anche del Bando-Tipo n. 1/2017 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, recante lo *“Schema di disciplinare di gara. Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo”*, ove intesi nel senso di escludere la partecipazione alla selezione degli operatori economici che non effettuano il pagamento del contributo ANAC nel termine di presentazione delle offerte;
 - di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso, consequenziale o comunque di esecuzione rispetto agli atti impugnati;
- nonché, ove occorrer possa,
- per la dichiarazione di inefficacia dei contratti eventualmente stipulati e il subentro nei medesimi;

- con esplicita riserva di proporre futura azione per il risarcimento per equivalente del danno causato dagli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e di Anac;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2024 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Questi i fatti per cui è causa.

Con Deliberazione n. 591 del 6 aprile 2023, l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini ha indetto una *“Procedura aperta telematica ai sensi dell’art. 60 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell’art. 54 comma 4, lett. a) del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., finalizzata all’affidamento della fornitura di protesi e dispositivi medici per le necessità della U.O.S. di Cardiologia Interventistica dell’Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, suddivisa in 43 Lotti”*, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i..

L’art. 12 del Disciplinare di gara, relativo al *“Pagamento del contributo a favore dell’ANAC”*, prevede che: *“i concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell’Autorità Nazionale Anticorruzione secondo le modalità di cui alla delibera ANAC da ultimo vigente pubblicata sul sito dell’ANAC nella sezione “Contributi in sede di gara” e allegano la ricevuta ai documenti di gara. L’importo del contributo è indicato nell’Allegato 1A “Dettaglio della fornitura” colonna “Importo contributo*

ANAC". In caso di mancata presentazione della ricevuta la stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCpass. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 1, comma 67, della Legge n. 266/2005".

Alla procedura *de qua* hanno preso parte numerosi concorrenti, tra cui AB Medica S.p.A. che ha fatto pervenire, entro il termine di scadenza fissato dal bando alle ore 12.00 del 26 maggio 2023, la propria offerta in relazione ai lotti 1, 7, 10, 11 e 42.

Con p.e.c. del 29 maggio 2023, l'Amministrazione resistente, verificata la documentazione amministrativa, ha attivato il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. (applicabile *ratione temporis*) richiedendo ad AB Medica di integrare la domanda di partecipazione "*mediante invio di documentazione afferente alla dichiarazione contenuta nel DGUE relativa al trovarsi la Società rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. Si rammenta che ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. m) tale situazione determina l'esclusione dalla procedura. Qualora si trattasse di un errore materiale si chiede di inviare nuovamente il DGUE correttamente compilato. Si chiede, altresì, di produrre le ricevute di pagamento del contributo previsto per i Lotti 7, 10, 11 e 42 in favore di ANAC*".

Acquisita la documentazione, la Stazione appaltante, con Determinazione Dirigenziale n. 345 dell'8 giugno 2023 - notificata a mezzo p.e.c. in data 14 luglio 2023 - ha deciso di escludere la ricorrente ritenendo che "*il concorrente AB Medica S.p.A. ha prodotto le ricevute attestanti il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per i Lotti 7, 10, 11 e 42 che recano quale data del*

versamento il giorno 01/06/2023 ossia una data successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte fissato alle ore 12.00 del 26/05/2023. Il concorrente, ammesso al soccorso istruttorio, ha dimostrato di aver effettuato il pagamento ma oltre il termine previsto e, pertanto, in violazione all'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005 nonché all'art. 12 del Disciplinare di gara'.

La concorrente esclusa, con istanza del 19 luglio 2023, ha chiesto l'annullamento in autotutela della predetta determinazione, rilevando che: la clausola di esclusione prevista dall'art. 12 del Disciplinare di gara, esulando dal novero delle cause di esclusione ammesse dalla legge ai sensi del combinato disposto degli artt. 83, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016 e 1, co. 67, della legge n. 266/2005, sarebbe affetta da nullità e, perciò, improduttiva di effetti; la regolarizzazione del pagamento del contributo ANAC, avvenuta anche tardivamente rispetto al termine di presentazione delle offerte, mediante l'istituto del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, sarebbe da considerarsi pienamente legittima, trattandosi di adempimento estraneo all'alveo dell'offerta economica e di quella tecnica.

La Stazione appaltante ha respinto l'istanza confermando l'esclusione rilevando che: *“la mancata presentazione della ricevuta, come accaduto nel caso di specie, può essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. [...] Non può condividersi, dunque, l'assunto difensivo secondo cui la causa di esclusione in esame non sarebbe prevista dalla legge, la quale, viceversa, definisce espressamente il pagamento del contributo quale “condizione di ammissibilità dell'offerta”, tanto è vero che l'art. 12 del Bando Tipo n. 1, adottato dall'ANAC nel 2017, ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, inserisce espressamente il pagamento del contributo tra le condizioni che devono necessariamente accompagnare l'offerta”.*

Con ricorso, notificato in data primo agosto 2023, la AB Medica ha chiesto: l'annullamento, previa sospensione degli effetti, della Determinazione Dirigenziale n. 345 notificata il 14 luglio 2023 con cui la Stazione appaltante ha proceduto alla

sua esclusione, del provvedimento di diniego di autotutela prot. n. 23668 del 21 luglio 2023, dell'art. 12 del Disciplinare di gara e del Bando-Tipo n. 1/2017 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione; la dichiarazione di inefficacia dei contratti eventualmente stipulati e il subentro nei medesimi; oltre ad effettuare espressa riserva di proporre futura azione per il risarcimento per equivalente del danno causato dagli atti impugnati.

A sostegno della propria domanda ha articolato le censure di diritto sintetizzate come segue:

- *“I. Illegittimità della esclusione di AB Medica dalla procedura. Illegittimità dell'art. 12 del Disciplinare di gara. Illegittimità dell'art. 12 del Bando-Tipo ANAC n. 1/2017. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 67, della legge n. 266/2005. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.. Violazione dell'art. 57 della direttiva europea 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 4, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 1, co. 1, lett. a) e z), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11. Violazione del divieto di gold plating. Violazione dei principi di matrice euro-unitaria di favor participationis, di libera concorrenza alle gare pubbliche e di proporzionalità, nonché dei principi di buon andamento, imparzialità e di libertà di iniziativa economica privata. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e per difetto di motivazione”*: il pagamento del contributo ANAC, a dispetto di quanto ritenuto dall'Amministrazione, sarebbe avvenuto in linea con quanto previsto dall'art. 1, co. 67, della legge n. 266/2005, che contemplerebbe l'obbligo di versamento del contributo quale condizione di inammissibilità dell'offerta, senza conferire alla tempistica del pagamento un peso determinante. In secondo luogo, i provvedimenti impugnati originerebbero da una clausola espulsiva nulla, ossia quella contenuta nell'art. 12 del Disciplinare di gara, che avrebbe una portata precettiva più limitante e rigorosa dell'art. 1, co. 67, della legge n. 266/2005 poiché l'effetto espulsivo previsto dalla legge di gara conseguirebbe anche al solo tardivo pagamento del contributo e si porrebbe perciò

in contrasto con l'art. 83, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016, a norma del quale *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*;

- *“Violazione dell'art. 1, co. 1 e co. 2-bis, della Legge 7 agosto 1990, n. 241. Violazione dell'art. 2 Cost. fondativo dei criteri di correttezza e buona fede. Violazione dei principi costituzionali e unionali della certezza del diritto e del legittimo affidamento. Violazione dei principi di matrice euro-unitaria di favor participationis, di libera concorrenza alle gare pubbliche e di proporzionalità, nonché dei principi di buon andamento, imparzialità e di libertà di iniziativa economica privata. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e per difetto di motivazione”*: il Disciplinare di gara non avrebbe richiesto espressamente l'allegazione della ricevuta di pagamento del contributo in favore dell'ANAC. Tale mancanza avrebbe ingenerato l'errore adesso contestato, inducendo l'operatore a ritenere di poter effettuare il pagamento anche dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. L'omissione deriverebbe, perciò, da un errore scusabile che troverebbe la sua causa nella ambigua formulazione della documentazione di gara.

Con decreto cautelare n. 4818 del 2 agosto 2023, è stata accolta l'istanza di concessione di misure cautelari monocratiche, *“Ritenuto, tuttavia, anche alla luce del bilanciamento dei contrapposti interessi e di celerità del procedimento di gara che, nelle more della celebrazione della camera di consiglio ed al fine di anticipare gli effetti di una eventuale pronuncia favorevole in ordine all'ammissibilità del soccorso istruttorio quanto a ritardato pagamento del contributo ANAC, che l'Amministrazione debba procedere alla valutazione dell'offerta di parte ricorrente ammettendola eventualmente con riserva nelle relative graduatorie dei lotti per i quali ha partecipato a tali limitati fini”*.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, eccependo in via preliminare l'improcedibilità e/o inammissibilità del ricorso: per omessa notifica ad Anac, in quanto sarebbe stata censurata la legittimità dell'art. 12 del Bando Tipo

ANAC adottato dall'autorità con provvedimento n.1 del 2017 e in quanto, quantomeno, avrebbe dovuto essere ritenuta controinteressata; per tardività della impugnazione dell'art. 12 del Disciplinare, approvato in data 6 aprile 23 con l'adozione della deliberazione di indizione n. 591.

Nel merito ha contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto, sostenendo, in estrema sintesi, che l'art. 1 comma 67 della legge 266/2005 prevedrebbe la causa di esclusione in esame, definendo espressamente il pagamento del contributo quale "*condizione di ammissibilità dell'offerta*": AB Medica S.p.A. non avrebbe soltanto ritardato di produrre la ricevuta del contributo ANAC, ma avrebbe effettuato tardivamente il relativo pagamento che renderebbe inammissibile l'offerta presentata in precedenza, incorrendo nell'unica situazione che non consente il soccorso istruttorio.

Con ordinanza n. 6296 del 19 settembre 2023 - non appellata - è stata accolta l'istanza cautelare *“Ritenuto, ad una sommaria delibazione propria della fase cautelare, che ricorrono i presupposti per la concessione della tutela cautelare ed in particolare il fumus di fondatezza, atteso che “la giurisprudenza afferma costantemente che il testo dell’art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (che prevede l’obbligo del versamento Anac, a pena di esclusione), «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 trattasi di elemento estraneo al contenuto dell’offerta e quindi sottratto alle preclusioni poste dall’art. 83, comma 9, secondo periodo del codice dei contratti pubblici (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386; e di recente si veda Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175)” (cfr. C. di St. n. 8198/2023)”*.

Si è costituita l'Anac contestando tutto quanto dedotto da parte ricorrente ed insistendo per la reiezione del ricorso.

In particolare ha rilevato che l'orientamento ermeneutico citato nell'ordinanza cautelare n. 6296/2023 che ha attribuito rilevanza anche al pagamento del contributo

ANAC eseguito in data successiva rispetto al termine di presentazione delle offerte, apparrebbe in via di superamento presso la giurisprudenza del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 7252 del 25 luglio 2023, avrebbe riconfermato l'orientamento pregresso in forza del quale: 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”. Nello stesso senso, anche C. di St. n. 9186/2023.

Alla pubblica udienza del 13 febbraio 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. In via preliminare, devono essere scrutinate le eccezioni di improcedibilità e/o inammissibilità (*rectius* irricevibilità) sollevate dalla difesa della Stazione Appaltante in relazione alla omessa notifica ad Anac nella sua qualità di Amministrazione che ha adottato l'art. 12 del Bando Tipo o di controinteressata, nonché in relazione alla tardività dell'impugnazione del predetto art. 12.

Entrambe le eccezioni sono infondate e devono essere respinte.

Invero, il ricorso *de quo* risulta ritualmente - e tempestivamente - notificato ad Anac (e precisamente in data 7 settembre 2023).

Peraltro l'Autorità Nazionale Anticorruzione si è ritualmente costituita senza eccipere alcunché sul punto e comunque così sanando eventuali vizi di notifica.

Ancora, la notifica deve ritenersi pacificamente tempestiva in relazione alla Determinazione Dirigenziale n. 345 notificata il 14 luglio 2023 nonché al provvedimento di diniego di autotutela prot. n. 23668 del 21 luglio 2023.

Del pari deve ritenersi tempestiva anche in relazione all'art. 12 del Disciplinare di gara e del Bando-Tipo n. 1/2017 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione atteso che

la giurisprudenza ha chiarito sul punto che: *“la nullità delle clausole escludenti atipiche (ovvero eccedenti il novero di quella tassativamente ammesse - v. il menzionato 83, comma 8, del codice dei contratti) è tale per cui la clausola in tal senso viziata è da intendersi come 'non apposta' a tutti gli effetti di legge, quindi improduttiva di effetti e tamquam non esset, sicché non sussiste alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione (v. Cons. Stato, ad. plen., n. 22 del 2020)”* (cifr. C. di St. 1175/2023).

Orbene, nel caso in esame, il provvedimento di esclusione che ha fatto applicazione della clausola espulsiva è stato ritualmente impugnato nel ricorso introduttivo, unitamente alla corrispondente e sottostante previsione del disciplinare di gara (nella parte in cui non ha previsto alcuna sanatoria in ordine al mancato pagamento del contributo se non effettuato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte).

3. Superate le eccezioni preliminari, è possibile procedere con lo scrutinio del merito del ricorso che è fondato e deve essere accolto per le ragioni che si vengono ad illustrare.

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 l'obbligo”*, senza tuttavia conferire esplicitamente alla tempistica del pagamento un peso determinante.

L'art. 12 del Disciplinare di gara, relativo al *“Pagamento del contributo a favore dell'ANAC”* prevede che i *“concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione secondo le modalità di cui alla delibera ANAC da ultimo vigente pubblicata sul sito dell'ANAC nella sezione “Contributi in sede di gara” e allegano la ricevuta ai documenti di gara. L'importo del contributo è indicato nell'Allegato 1A “Dettaglio della fornitura” colonna “Importo contributo ANAC”*. In caso di mancata presentazione della ricevuta la stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCpass. Qualora il pagamento non risulti

registrato nel sistema, la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 1, comma 67, della Legge n. 266/2005".

Dirimente ai fini della risoluzione della presente controversia risulta essere l'interpretazione che si intende dare alle predette disposizioni.

La giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi più volte su questioni identiche, con decisioni tuttavia contrastanti.

Secondo un primo orientamento, il mancato pagamento del contributo Anac entro il termine per la presentazione delle offerte implica l'esclusione del concorrente, non passibile di sanatoria mediante soccorso: ciò in quanto *"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"*, e cioè dall'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005 (Cons. Stato, III, 12 marzo 2018, n. 1572; nello stesso senso, Id., V, 30 gennaio 2020, n. 746; IV, 23 aprile 2021, n. 3288; da ultimo, Id., IV, 25 luglio 2023, n. 7252).

Secondo altro orientamento, invece, 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[sse] 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).

Vi sono poi alcuni precedenti che ammettono sì il soccorso istruttorio, ma nel diverso e specifico contesto (espressamente valorizzato) caratterizzato dall'assenza

di pertinenti cause escludenti o previsioni dell'obbligo di contribuzione nell'ambito della *lex specialis* di gara (in tal senso, Cons. Stato, V, 19 aprile 2018, n. 2386; 7 settembre 2020, n. 5370).

Ritiene il Collegio di aderire alla tesi - più convincente anche perché più in linea con i principi dell'ordinamento giuridico comunitario – in forza della quale il versamento del contributo, 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 quindi sottratto alle preclusioni poste dall'art. 83, comma 9, secondo periodo del codice dei contratti pubblici.

In particolare, si riporta di seguito la recentissima sentenza del Consiglio di Stato n. 1175/2023 adottata in una controversia identica a quella oggi in esame:

“È ben vero che la disposizione contenuta nell'articolo 11 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”.

9.4. Nondimeno, il campo precettivo dell'art. 11 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.

9.5. 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 degli artt. 83, comma 8, del codice dei contratti e 1, comma 67, della legge n. 266/2005.

9.6. La giurisprudenza ha d'altra parte sostenuto che 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 (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 formata 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).

9.7. Né vale eccepire che questo profilo di contrasto è stato eccepito dalla parte appellante solo nel presente grado di giudizio, così da incorrere nella preclusione dei nova ex art. 104, comma 1, c.p.a., in assenza di specifica ed espressa censura nel ricorso di primo grado.

9.8. La posizione in tal senso espressa da questa Sezione in fase cautelare va infatti rimeditata alla luce del principio per cui la nullità delle clausole escludenti atipiche (ovvero eccedenti il novero di quella tassativamente ammesse - v. il menzionato 83, comma 8, del codice dei contratti) è tale per cui la clausola in tal senso viziata è da intendersi come 'non apposta' a tutti gli effetti di legge, quindi improduttiva di effetti e tamquam non esset, sicché non sussiste alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione (v. Cons. Stato, ad. plen., n. 22 del 2020).

9.9. Nel caso di specie il provvedimento di esclusione che ha fatto applicazione della clausola espulsiva è stato ritualmente impugnato nel ricorso introduttivo, unitamente alla corrispondente e sottostante previsione del disciplinare di gara (nella parte in cui non ha previsto alcuna sanatoria in ordine al mancato pagamento del contributo se non effettuato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte), il che avrebbe consentito al giudice di primo grado (e consente a questo giudice di appello) di delibare d'ufficio il profilo di nullità della clausola presupposta.

9.10. Nessuna preclusione consegue, infine, al fatto che la nullità non sia stata rilevata al Tar: si tratta, infatti, di questione esaminabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, in quanto desumibile dal materiale processuale già acquisito agli atti di causa e dal quale la cognizione del giudice non può prescindere (Cass. civile, sez. III, n. 33030 del 2022 e sez. II, n. 6990 del 2022).

9.11. Appurata la nullità in parte qua dell'art. 11 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 concorrente, il quale, dunque, deve esser riammesso alla procedura di gara’.

Ritiene pertanto il Collegio che l’omessa allegazione della documentazione di gara, o la sua incompletezza, anche ove tale adempimento sia richiesto dalla lex specialis (o dalla legge, come nel caso di specie) a pena di esclusione, lungi dal consentire l’adozione del provvedimento di esclusione dell’operatore economico dalla procedura, costituisce, piuttosto, il presupposto - ai sensi dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 e dell’art. 56, comma 3, della direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014 - per l’adempimento del dovere di soccorso istruttorio o di soccorso procedimentale, il quale impone alla stazione appaltante di richiedere all’interessato (anche «in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale» della documentazione) di integrare, regolarizzare o esibire la documentazione mancante.

Non convince l’asserzione della difesa Anac secondo la quale *“la sanabilità del mancato pagamento attraverso il soccorso istruttorio potrebbe ingenerare il rischio di una facile elusione dell’obbligo di pagamento del contributo di cui all’art. 1, comma 67, della legge n. 266/2005 (condizione di ammissibilità dell’offerta), in quanto alcuni operatori economici potrebbero evitare il pagamento ed effettuarlo solo se e quando risultati aggiudicatari, danneggiando evidentemente l’ANAC”.*

Invero, il rischio paventato dall’Authority potrebbe essere ovviato chiedendo ai concorrenti di depositare con la documentazione di gara anche la ricevuta di pagamento e verificando l’effettivo versamento.

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)''.

Ha quindi espressamente avallato la ricostruzione interpretativa di cui alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1175/2023 che ritiene regolarizzabile attraverso il soccorso istruttorio l'omesso pagamento del contributo di cui trattasi.

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”.*

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.

In conclusione, il ricorso è fondato per i motivi di cui si è detto e deve essere accolto.

Per l'effetto gli atti impugnati devono essere annullato *in parte qua*.

4. Attesi gli orientamenti non univoci della giurisprudenza, le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla (in parte qua) gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Roberto Vitanza, Consigliere

Francesca Ferrazzoli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Ferrazzoli

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO