

N. 00006/2025REG.PROV.COLL.

N. 00001/2025 REG.RIC.A.P.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale n. 1 del 2025 del ruolo dell'Adunanza Plenaria (n.r.g. 4006 del 2024), proposto dall'Autorità nazionale anticorruzione, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

la s.p.a. Ab Medica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mauro Renna e Nicola Sabbini, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

nei confronti

dell'Azienda ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella ed Egidio Mammone, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sede di Roma, Sezione Terza, 19 febbraio 2024, n. 3340.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e della s.p.a. Ab Medica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2025 il consigliere Vincenzo Lopilato e uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Davide Giovanni Pintus e gli Avvocati Nicola Sabbini e Giuseppe Fratto.

FATTO

1.- L'Azienda ospedaliera San Camillo-Forlanini, con deliberazione 6 aprile 2023, n. 591, ha indetto una procedura di gara aperta telematica – suddivisa in 43 lotti - per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art. 54, comma 4, del decreto legislativo 1° aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), finalizzata all'affidamento della fornitura di protesi e dispositivi medici per le necessità della unità operativa semplice (u.o.s.) di cardiologia interventistica della stessa Azienda.

L'art. 12 del disciplinare ha previsto, in attuazione dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, l'obbligo per i concorrenti di effettuare, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, con possibilità di sanatoria, mediante soccorso istruttorio, in caso di mancato deposito della ricevuta di pagamento.

Alla procedura di gara hanno partecipato numerosi concorrenti, tra i quali la s.p.a. AB Medica, che ha presentato - entro il termine del 26 maggio 2023 previsto dal bando - la propria offerta in relazione ai lotti 1, 7, 10, 11 e 42, non corredata dalla ricevuta di pagamento del dovuto contributo, neppure effettuato entro il 26 maggio 2023.

Il responsabile unico del procedimento della stazione appaltante, in sede di verifica della documentazione amministrativa, in data 29 maggio 2023 ha constatato che non vi era stato il deposito della ricevuta di pagamento del contributo previsto in favore dell'Anac, pari ad euro 306, ed ha attivato il soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, chiedendo ad AB Medica di integrare la domanda di partecipazione mediante il deposito della ricevuta.

L'Azienda ospedaliera, con determinazione dell'8 giugno 2023, n. 345, ha escluso il concorrente, rilevando che dalle ricevute depositate è risultato che il versamento è avvenuto in data 1° giugno 2023 e, quindi, oltre la scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte.

AB Medica, con istanza del 19 luglio 2023, ha chiesto l'annullamento in autotutela della suddetta determinazione, rilevando, da un lato, la nullità della clausola del disciplinare per violazione del principio di tassatività di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, e, dall'altro lato, la legittimità della regolarizzazione del pagamento a seguito del soccorso istruttorio perché non afferente all'offerta economica o tecnica.

L'Azienda ospedaliera, con determinazione del 21 luglio 2023, n. 23688, ha respinto l'istanza, rilevando, da un lato, che la legge prevede espressamente che il pagamento del contributo costituisce «condizione di ammissibilità dell'offerta», e, dall'altro lato, che il

soccorso istruttorio consente solo il deposito della ricevuta di un pagamento già avvenuto entro il termine di presentazione delle offerte.

2.- AB Medica ha impugnato le suddette determinazioni innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che, con la sentenza 19 febbraio 2024, n. 3340, ha accolto il ricorso, affermando che *«il versamento del contributo, pur condizionando l'offerta, può comunque essere tardivo ed è sanabile attraverso 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»*.

3.- L'Anac ha proposto appello, sottolineando come la legge preveda espressamente che l'effettivo pagamento debba avvenire prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, senza che sia possibile il soccorso istruttorio che, se attuato, *«potrebbe ingenerare il rischio di una facile elusione dell'obbligo di pagamento del contributo (...) in quanto alcuni operatori economici potrebbero evitare il pagamento ed effettuarlo solo se e quando risultati aggiudicatari»*.

3.1.- Si è costituita in giudizio la ricorrente di primo grado, chiedendo il rigetto dell'appello.

La società ha, inoltre, riproposto il secondo motivo, assorbito dal Tar, con il quale ha rilevato come la tardività del pagamento sarebbe conseguenza di un errore provocato dall'Amministrazione, poiché l'art. 15 del disciplinare di gara non indicava espressamente tra la documentazione amministrativa da allegare anche il pagamento del contributo Anac.

4.- Il Consiglio di Stato, Sez. III, con l'ordinanza 7 febbraio 2025, n. 48, ha rilevato la sussistenza in giurisprudenza di un contrasto interpretativo in ordine alla possibilità dell'adempimento tardivo dell'obbligo di pagamento del contributo in esame ed ha rimesso l'esame di tale questione all'Adunanza plenaria.

In particolare, la Sezione rimettente ha posto il seguente quesito: *«se l'omesso versamento del contributo Anac entro i termini di partecipazione ad una procedura pubblica per l'affidamento di lavori, servizi o forniture determini l'esclusione del concorrente senza possibilità di soccorso istruttorio oppure se, specularmente, tale carenza configuri solo irregolarità essenziale sanabile mediante il soccorso istruttorio previa declaratoria di nullità parziale delle eventuali clausole della lex specialis che, in senso difforme, contemplino l'esclusione del concorrente».*

4.1.- Le parti hanno depositato memorie e la causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 19 febbraio 2025.

DIRITTO

1.- La questione posta all'esame dell'Adunanza plenaria attiene al regime giuridico del contributo obbligatorio che gli operatori economici che partecipano alla procedura di gara devono versare alla stazione appaltante ai fini del finanziamento dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac).

Si tratta, in particolare, di stabilire se tale versamento debba essere corrisposto, a pena di esclusione, entro il termine perentorio fissato per la presentazione delle offerte ovvero se possa ammettersi il pagamento tardivo, anche a seguito del soccorso istruttorio.

2.- In via preliminare, deve ritenersi sussistente la legittimazione dell'Anac ad appellare la statuizione con cui il Tar ha annullato parzialmente un suo provvedimento (il bando-tipo), richiamato nel disciplinare di gara.

3.- Chiarito ciò, occorre ricostruire il quadro normativo e la disciplina di gara rilevante, unitamente agli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati in materia.

L'art. 1, comma 65, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, dispone che *«a decorrere dall'anno 2007»* le spese di funzionamento, tra l'altro, dell'Autorità per la vigilanza sui

lavori pubblici «sono finanziate dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità».

Il comma 67 dello stesso articolo prevede che tale Autorità, «cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento» 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».

Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con l'art. 6, comma 1, ha esteso la competenza dell'Autorità per la vigilanza a tutti i contratti pubblici e con gli artt. 6, comma 7, e 8, comma 12, ha richiamato l'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005, estendendo implicitamente l'applicazione dell'obbligo di pagamento del contributo per tutti i contratti pubblici.

La legge 6 novembre 2012, n. 190, ha istituito l'Autorità nazionale anticorruzione (Anac).

Il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, in legge 11 agosto 2014, n. 114, ha soppresso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e trasferito le relative funzioni all'Anac.

L'art. 213 del d.lgs. n. 50 del 2006 al comma 12 ha previsto che «resta fermo quanto previsto dall'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266» ed al comma 2 ha stabilito che l'Autorità predispone, tra l'altro, bandi-tipo al fine di garantire la

promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti (comma 2).

Tali disposizioni sono ora contenute nell'art. 222 del Codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

L'Autorità, con deliberazione del 19 dicembre 2023, n. 610, ha stabilito, tra l'altro, l'entità della contribuzione mediante l'indicazione di diversi scaglioni che tengono conto del valore del contratto, i quali vanno da un livello esente dal pagamento, con successiva progressione (euro 18; 33; 77; 90; 165; 220) fino ad un importo massimo, per gli operatori economici, di 560 euro.

L'art. 12 del disciplinare di gara in esame ha disposto che: i) *«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»*, con l'aggiunta che *«l'importo del contributo è indicato nell'Allegato 1A "Dettaglio della fornitura" colonna "Importo contributo Anac»*; ii) *«in caso di mancata presentazione della ricevuta la stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCpass»* e *«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»*; iii) *«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 del 2005»*.

Il bando-tipo n. 1 del 2017 aveva un contenuto analogo a quello riprodotto nel disciplinare di gara che rileva in questa sede, con la previsione del rispetto del limite temporale della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e la possibilità

di effettuare il soccorso istruttorio soltanto in caso di mancato deposito della ricevuta di pagamento.

Il bando-tipo n. 1 del 2023, approvato dal Consiglio dell’Autorità con deliberazione del 27 giugno 2023, n. 309, ha ribadito che il pagamento del contributo è condizione di ammissibilità dell’offerta ed ha aggiunto che, *«in caso di esito negativo della verifica, è attivata la procedura di soccorso istruttorio»* e che, *«in caso di mancata regolarizzazione nel termine assegnato, l’offerta è dichiarata inammissibile»* (art. 12).

Nella relazione di impatto della regolazione, l’Autorità ha affermato che quella riportata è una *«previsione innovativa e conforme agli ultimi arresti della giurisprudenza»* (si richiama Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175) e che *«il mancato pagamento è sanabile mediante soccorso istruttorio»*.

Nella Faq relativa alla questione in esame, pubblicata sul sito dell’Anac, si afferma, invece, che, anche a seguito della nuova formulazione del bando-tipo, il pagamento deve avvenire entro il termine per la presentazione delle offerte senza poter ricorrere al soccorso istruttorio.

4.- In ordine alla valenza dell’obbligo di versare il contributo e alla sua incidenza sulla procedura di gara, si sono formati due orientamenti.

4.1. – Un primo orientamento ritiene che il mancato pagamento del contributo entro il termine per la presentazione delle offerte comporti l’obbligo di esclusione dell’operatore economico, senza possibilità per la stazione appaltante di esercitare il soccorso istruttorio (Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9186; Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 2023, n. 7252; Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3288; Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2020, n. 746; Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572).

Le ragioni poste a fondamento di tale orientamento sono le seguenti.

In primo luogo, sul piano dell'interpretazione letterale, l'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005 prevede che l'obbligo di versamento da parte degli operatori economici del contributo in esame costituisce «condizione di ammissibilità dell'offerta», con la conseguenza che si tratta di un requisito essenziale, la cui mancanza entro il termine per la presentazione delle offerte integra gli estremi di una causa legale di esclusione obbligatoria.

In secondo luogo, sul piano dell'interpretazione sistematica, non potrebbe operare il soccorso istruttorio, in quanto non si tratterebbe di sanare la carenza di un elemento formale della domanda, ma di compiere un atto nuovo (sul soccorso istruttorio si v. par. 7.1.).

Infine, sul piano dell'interpretazione conforme al principio di ragionevolezza, si afferma che è logico ritenere che il legislatore abbia voluto sanzionare tale omissione per consentire il funzionamento dell'Autorità, atteso che ammettere la possibilità del soccorso istruttorio significherebbe «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, n. 7252 del 2023, cit.).

4.2. – Un secondo orientamento, condiviso dall'ordinanza di rimessione, ammette, invece, l'adempimento tardivo anche a seguito di soccorso istruttorio (Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175; Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386; Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2023, n. 8198).

Le ragioni poste a fondamento di tale orientamento sono le seguenti.

In primo luogo, sul piano dell'interpretazione letterale, la disposizione in esame qualifica l'adempimento in esame come “condizione” e non come “requisito”, per

evidenziarne le diversità rispetto ai requisiti di partecipazione, e non prevede un termine entro il quale deve essere adempiuto l'obbligo di versare il contributo.

In secondo luogo, sul piano dell'interpretazione sistematica, tale adempimento non può ritenersi escluso alla luce della disciplina del soccorso istruttorio, in quanto esso non attiene al contenuto dell'offerta tecnica o economica, ma costituisce un 'elemento estrinseco', con effetto condizionante la valutazione delle offerte.

Infine, sul piano dell'interpretazione conforme al principio di ragionevolezza, la possibilità di un adempimento tardivo non inciderebbe negativamente sulla regolarità dei flussi contributivi, in quanto la stazione appaltante, in ogni caso, dovrebbe verificare l'eventuale mancato pagamento prima della valutazione delle offerte e dell'aggiudicazione.

5.– Questa Adunanza plenaria ritiene che debba essere seguito il secondo orientamento sopra riportato, con talune puntualizzazioni.

Si riportano nei successivi punti le argomentazioni a sostegno di tale affermazione, riprendendo l'ordine espositivo seguito dalle tesi contrapposte.

6.– In primo luogo, sul piano della interpretazione letterale e sistematica, occorre muovere dalla qualificazione del contributo in esame e valutare la sua natura e collocazione nell'ambito della procedura di gara mediante la comparazione con il sistema generale dei requisiti di partecipazione.

6.1.– Un operatore economico che intende partecipare ad una procedura di gara deve essere in possesso dei requisiti di ordine generale (art. 80 del Codice del 2016 e ora artt. 94-98 del Codice del 2023) e dei requisiti di ordine speciale relativi alla idoneità professionale, alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali (art. 83 del Codice del 2016 e ora art. 100 del Codice del 2023).

Si tratta di requisiti di partecipazione “intrinseci” alla procedura di gara, in quanto il loro possesso è funzionale alla tutela dei plurimi interessi pubblici sottesi alla procedura stessa, consentendo una preventiva selezione dei soli operatori economici che astrattamente sono in grado di assicurare il perseguimento di tali interessi (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701, che sottolinea la finalità polifunzionale dei contratti pubblici di tutelare, tra l’altro, gli interessi pubblici alla concorrenza e al buon andamento dell’attività amministrativa, perseguendo anche “politiche economiche e sociali”).

In questa logica, si tratta di requisiti che guardano al “passato”, nel senso che il singolo partecipante deve dimostrare, mediante la presentazione della domanda di partecipazione, di esserne in possesso in quel momento.

L’accertata mancanza di tali requisiti costituisce “causa di esclusione” dalla procedura di gara.

Per i requisiti generali è previsto il principio di tassatività delle cause di esclusione, nel senso che *«i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione»* rispetto a quelle previste dal Codice e da altre disposizioni di leggi vigenti, con la sanzione, in caso di violazione di tale regola, della nullità della clausola (art. 83, comma 8, del Codice del 2016; art. 10 del Codice del 2023, che ha ribadito tale principio, stabilendo che le clausole difformi si considerano *«non apposte»*).

Per i requisiti speciali è prevista, invece, in ragione della necessità di un loro adeguamento alla specificità dell’oggetto del contratto, la possibilità, nel rispetto delle coordinate legali, che siano definiti dalle stazioni appaltanti (cfr. art. 10 del Codice del 2023).

Pur in mancanza di una espressa indicazione nel Codice dei contratti pubblici in ordine al termine entro il quale tali requisiti devono essere posseduti, lo stesso si

desume dalle previsioni di legge che dispongono che le stazioni appaltanti fissano i termini per la ricezione delle domande di partecipazione, tenendo conto della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte (art. 79 del Codice del 2016; art. 93 del Codice del 2023; si v. Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2020, n. 7438).

Ne consegue che i requisiti richiesti devono essere posseduti, a pena di esclusione, da tutti gli operatori economici al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda.

La necessità di individuare, sia pure in modo implicito, un limite temporale perentorio uniforme che opera, in maniera indistinta, per tutti i partecipanti alla gara deriva dal fatto che, venendo in rilievo requisiti "intrinseci" che "guardano al passato", la verifica del loro possesso deve avvenire entro lo stesso termine al fine di assicurare il rispetto del principio del pari trattamento.

Tale principio *«impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti»* (Corte giust. UE, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15).

La giurisprudenza amministrativa è costante, inoltre, nel ritenere che, in attuazione del principio di continuità del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, essi devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche, senza soluzione di continuità, per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso (tra gli altri, Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8; Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2443).

6.2.– Un operatore economico che intende partecipare ad una procedura di gara deve anche adempiere, in attuazione della disciplina sopra riportata, l'obbligazione di versare il contributo all'Anac.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 256 del 2007, ha affermato che i contributi obbligatori in esame sono riconducibili alla categoria delle entrate tributarie statali, avendo i caratteri:

- a) della doverosità della prestazione, in mancanza di una relazione diretta con il godimento di specifici servizi ed in difetto di un rapporto sinallagmatico tra la prestazione e il beneficio percepito dal singolo;
- b) del collegamento ad una spesa pubblica, relativa al servizio di vigilanza del settore dei contratti pubblici;
- c) del riferimento ad un presupposto economicamente rilevante, in quanto l'entità della contribuzione è determinata con una percentuale fissa rispetto ai ricavi annui delle imprese regolate.

La funzione del contributo è quella di consentire l'autonomia finanziaria dell'Autorità a garanzia della sua indipendenza.

Si tratta, pertanto, di una "condizione estrinseca" rispetto alla procedura di gara, nel senso che l'adempimento di tale obbligazione non è finalizzato, come è per i requisiti di ordine generale e speciale, ad attuare in via diretta gli interessi pubblici della gara mediante la preventiva selezione degli operatori che possono partecipare alla gara stessa, ma è finalizzato ad attuare interessi pubblici differenti, che sono quelli di consentire, mediante questa tecnica di finanziamento, ad una Autorità indipendente di svolgere in modo più efficace le proprie funzioni relative anche alla vigilanza nel settore in esame.

La diversità rispetto ai requisiti di partecipazione si desume anche dall'impiego del termine "condizione", nonché dalla stessa collocazione sistematica della disposizione nella parte del Codice dedicata non ai requisiti di partecipazione, ma alle funzioni dell'Anac.

La disposizione in esame, proprio in ragione della peculiare natura e funzione del contributo in esame, non prevede, neanche in modo implicito, un termine per il suo adempimento coincidente con la scadenza del termine di presentazione delle offerte. Essa si limita a stabilire che l'adempimento dell'obbligazione costituisce "condizione di ammissibilità" dell'offerta.

La stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, esaminando la questione di compatibilità europea della disposizione in esame, ha affermato che l'analisi limitata soltanto a quanto previsto dall'art. 1, comma 65, della legge n. 266 del 2005 non consente agli operatori economici di conoscere l'esistenza di un adempimento temporale perentorio da eseguire nei termini sopra indicati (Corte giust., sez. VI, 2 giugno 2016, cit.).

È bene aggiungere, diversamente da quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, che l'obbligazione in esame presenta elementi di differenza anche rispetto all'obbligazione di garanzia di fonte legale costituita dalla cauzione.

Quest'ultima assolve, infatti, alla funzione di evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta e, dunque, di tutelare un interesse pubblico "intrinseco" alla procedura di gara (Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7).

Non è un caso che il Codice del 2023 prevede espressamente che «*la mancata presentazione della garanzia provvisoria*» è sanabile soltanto «*mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte*» (art. 101, cit.).

7.– In secondo luogo, sul piano dell'interpretazione sistematica, occorre stabilire come si inserisce in questo contesto regolativo il soccorso istruttorio.

7.1.– Il Codice del 2016, all'art. 83, comma 9, aveva stabilito che possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio *«le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda»*, che vengono declinate nella *«mancanza»*, *«incompletezza»* e *«ogni altra irregolarità essenziale»* degli elementi e del documento di gara unico. Invece, non erano sanabili le irregolarità essenziali *«afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica»*, nonché le *«carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»*.

La procedura si articolava in questi termini: a) la stazione appaltante assegnava al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che dovevano provvedervi; b) in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente era escluso dalla gara.

Il Codice del 2023, all'art. 101, ha previsto le nuove regole del soccorso istruttorio, disponendo che, salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per:

- *«integrare ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo (...);»*
- *«sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta»*

tecnica e l'offerta economica» (comma 1; cfr Cons. Stato, 31 luglio 2024, n. 6875, qualifica tale soccorso come “soccorso sanante”).

È stata confermata la regola della non sanabilità della incompleta «*documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica»*, nonché delle «*omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente»*.

Con riferimento alle offerte, si consente soltanto alla stazione appaltante di chiedere all'operatore economico chiarimenti sui contenuti delle stesse e agli operatori economici di rettificare eventuali errori materiali (rispettivamente commi 3 e 4; cfr. Cons. Stato, 31 luglio 2024, n. 6875, che qualifica tali forme di soccorso come “soccorso istruttorio in senso stretto” e “soccorso correttivo”).

La disciplina del soccorso istruttorio costituisce il risultato di un bilanciamento tra l'esigenza di consentire la massima partecipazione degli operatori economici nonostante la commissione di irregolarità formali, nella prospettiva di raggiungere anche il risultato dell'affidamento del contratto, e l'esigenza di non incidere sui principi di autoresponsabilità e di pari trattamento tra gli operatori economici mediante soccorsi istruttori non giustificati dalla natura della irregolarità riscontrata. In questo contesto di regolazione, per i requisiti di ordine generale e speciale è doveroso il soccorso istruttorio per consentire, tra l'altro, la “sanatoria” di irregolarità formali nei limiti sopra indicati, ma non anche per dimostrare il possesso di tali requisiti oltre il termine perentorio costituito dalla data di scadenza di presentazione delle domande.

Se, infatti, si consentisse il superamento del suddetto limite temporale, venendo in rilievo requisiti “intrinseci” che guardano al passato, si permetterebbe ad un operatore di disporre di un termine più ampio o, comunque, diverso per dimostrare

il possesso di tali requisiti, con evidente alterazione del principio del pari trattamento.

7.2.– Per il contributo in esame, il soccorso istruttorio si deve atteggiare in modo differente, proprio in ragione del fatto che viene in rilievo una obbligazione legale che costituisce una “condizione estrinseca”, per la quale, per le ragioni esposte, non opera il limite temporale costituito dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Ne consegue che, da un lato, deve essere consentito l’adempimento tardivo fino all’inizio della fase di valutazione delle offerte - e non oltre questo momento - “a pena di ammissibilità” dell’offerta stessa, e, dall’altro lato, la stazione appaltante, una volta aperta la busta contenente la documentazione amministrativa e accertata la mancanza della prova dell’avvenuto pagamento del contributo, deve assegnare un termine all’operatore economico per effettuare il pagamento e, qualora l’adempimento non avvenga entro il termine assegnato, deve disporre l’esclusione dalla procedura di gara.

Il sistema è costruito, pertanto, in modo tale che vi è il divieto legale di valutazione dell’offerta, in assenza della prova dell’avvenuto pagamento di quanto dovuto, sicché - qualora il singolo partecipante non dimostri (avendone il relativo onere) di avere adempiuto, nei modi e tempi sopra indicati, l’obbligazione in esame - la stazione appaltante non deve valutare la sua offerta, che viene senz’altro esclusa.

Per la semplificazione del suddetto sistema, dall’esame della normativa vigente si desume che l’Anac, nell’esercizio delle proprie funzioni, ben potrebbe predisporre meccanismi che – con l’ausilio delle nuove tecnologie – consentano di verificare in tempi celeri se siano stati effettuati i dovuti pagamenti e di introdurre regole per la

velocizzazione della fase del soccorso istruttorio, anche quando il bando preveda l'inversione procedimentale.

8.– Infine, sul piano della ragionevolezza, la soluzione prospettata non comporta, in linea generale, il rischio per l'Autorità di non ottenere il versamento della somma dovuta dai singoli partecipanti. Infatti, questi ultimi devono inserire nella documentazione amministrativa la prova dell'avvenuto pagamento con la sola possibilità di un adempimento anche successivo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, eventualmente a seguito del soccorso istruttorio. Ne consegue che gli operatori economici sono ben consapevoli che la loro domanda non sarà presa in esame, se non risulta pagato quanto dovuto.

Soltanto nel caso di cd. inversione procedimentale la stazione appaltante potrebbe essere obbligata ad effettuare adempimenti ulteriori.

Tale inversione significa che la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Se ciò accade, occorre garantire che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente.

Il Codice del 2016 prevedeva tale potere discrezionale soltanto nell'ambito dei settori speciali (art. 133, comma 8), mentre il Codice del 2023 ha generalizzato l'istituto, specificando, però, che tale potere può essere esercitato dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Nel caso in cui venga disposta l'inversione procedimentale, pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice – il cui dovere di effettuare i riscontri sugli avvenuti pagamenti non viene meno a seguito dell'esercizio di tale potere – deve poi in ogni caso procedere alla verifica dell'avvenuto versamento del contributo (potendosi altrimenti ravvisare una sua responsabilità contabile e nei confronti dell'Anac) e, in

caso di accertata violazione, chiedere l'adempimento e, in caso di persistente inadempimento, dichiarare, anche in questo caso, inammissibile l'offerta, con segnalazione all'Anac, affinché attivi le procedure di riscossione coattiva.

Fermo restando che – come si è già rilevato – l'Anac può introdurre regole volte a consentire il celere accertamento dei mancati pagamenti anche nei casi di inversione procedimentale, questi possibili ulteriori passaggi procedurali non rilevano nella vicenda in esame, perché il procedimento non si è caratterizzato per la suddetta inversione.

Infine, deve rilevarsi come l'accertato inadempimento dell'obbligazione legale in esame, risolvendosi in una sostanziale inaffidabilità dell'offerente, può integrare gli estremi, ai fini della partecipazione ad una successiva procedura di gara, di un grave illecito professionale, il che potrebbe comportare il riscontro dell'assenza di un requisito generale di partecipazione (art. 80, comma 5, del Codice del 2016; art. 98 del Codice del 2023).

9.– Alla luce delle ragioni sin qui esposte, che riprendono, con puntualizzazioni, quelle impiegate dagli orientamenti contrapposti, deve aggiungersi il riferimento al principio di proporzionalità e al principio del risultato, alla cui stregua devono essere interpretate le disposizioni di regolazione dei contratti pubblici.

Il principio di proporzionalità, per quanto rileva in questa sede, impone che le misure, normative e amministrative, adottate dagli Stati membri devono essere necessarie, adeguate e tollerabili rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti (cfr. Corte giustizia UE sez. VIII, 26 settembre 2024, n. 403).

Nel caso in esame, applicare la misura amministrativa della esclusione automatica di un operatore economico per il mancato adempimento entro il termine di presentazione delle offerte di una obbligazione avente ad oggetto somme di denaro

di «piccoli importi» (cfr. art. 57, par. 3, dir. eur. 26 febbraio 2014, n. 24), senza possibilità del soccorso istruttorio, costituirebbe una misura “sproporzionata”.

In particolare, rispetto all’interesse pubblico “estrinseco” costituito dalla garanzia di finanziamento dell’Anac, una misura nazionale così costruita non sarebbe proporzionata, perché inciderebbe in modo non necessario, adeguato e tollerabile sia sugli interessi privati dei partecipanti alla gara sia, soprattutto, sull’interesse pubblico europeo alla libera circolazione degli stessi operatori economici.

Il principio del risultato, previsto dall’art. 1 del Codice del 2023 ma implicito anche nel sistema previgente (Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2024, n. 7875), impone che le stazioni appaltanti perseguano il risultato dell’affidamento del contratto.

In questa prospettiva, occorre evitare, in presenza di fattispecie come quella rilevante in questa sede, forme di esclusione automatica dalla gara di una offerta presentata da un operatore economico, il cui esame potrebbe consentire di meglio raggiungere il risultato programmato con il contratto.

10.– Alla luce di quanto esposto, deve ritenersi che gli atti di gara - nella parte in cui hanno imposto che la condizione di pagamento deve essere adempiuta entro il termine perentorio di scadenza della presentazione delle offerte senza possibilità di esercitare il soccorso istruttorio - sono illegittimi per contrasto con la norma imperativa posta dall’art. 1, comma 65, della legge n. 266 del 2005.

La stazione appaltante e il bando tipo dell’Anac hanno costruito, infatti, un regime giuridico di parificazione dell’adempimento dell’obbligazione in esame ai requisiti di partecipazione che presenta, limitatamente agli aspetti sopra indicati, una diversità contenutistica rispetto a quanto disposto dalla fonte primaria, così come interpretata, che finisce per integrare gli estremi di una “parziale atipicità” delle clausole impugnate.

Sebbene la Corte di Giustizia, con la citata sentenza 2 giugno 2016, abbia affermato che la disciplina di gara potrebbe, mediante clausole chiare, disporre che l'adempimento in esame debba avvenire, a pena di decadenza, entro il termine di scadenza di presentazione delle offerte, deve rilevarsi che tale affermazione è stata fatta con riguardo ad un caso specifico diverso da quello in esame, in cui non si poneva la questione del rispetto delle regole relative alle cause di esclusione dalla partecipazione alle gara, nonché del principio di proporzionalità.

11.– Il principio di diritto affermato dalla Adunanza plenaria è il seguente:

“L’art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, richiamato dall’art. 213 del Codice dei contratti pubblici del 2016 (e anche dall’art. 222 del Codice dei contratti pubblici del 2023), va interpretato nel senso che, fin quando non risulti il pagamento del contributo spettante all’Autorità nazionale anticorruzione, vi è il divieto legale di esaminare l’offerta dell’operatore economico e, se neppure risulti il pagamento a seguito del soccorso istruttorio, la stazione appaltante deve dichiarare tale offerta inammissibile”.

12.– Applicando questo principio al caso di specie, il ricorso in appello va respinto. La società appellata, a seguito del soccorso istruttorio, ha effettuato, infatti, il pagamento dovuto del contributo prima della valutazione dell’offerta.

Non è, dunque, necessario esaminare il motivo (riportato al punto 3.1. della parte in fatto), riproposto dalla società nella memoria di costituzione depositata nel giudizio di appello.

13.– Il contrasto giurisprudenziale giustifica l’integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, definitivamente pronunciando:

- a) afferma il principio esposto nella parte in diritto;
- b) respinge l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- c) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del secondo grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 19 febbraio 2025 e 4 giugno 2025, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente
Carmine Volpe, Presidente
Luigi Carbone, Presidente
Rosanna De Nictolis, Presidente
Francesco Caringella, Presidente
Roberto Chieppa, Presidente
Fabio Taormina, Presidente
Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore
Fabio Franconiero, Consigliere
Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere
Alessandro Maggio, Consigliere
Dario Simeoli, Consigliere
Stefania Santoleri, Consigliere

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI