

# L'omesso versamento del contributo ANAC non è causa di esclusione da una gara pubblica in assenza di un espresso obbligo e di una specifica sanzione in tal senso nella *lex specialis*

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 11-12-2017

1. Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti.

2. In tali circostanze deve essere consentito all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.

## Guida alla lettura

Con la sentenza in commento la III sezione del Tar Puglia accoglie il ricorso presentato contro l'esclusione da una gara pubblica di un'impresa che ha omesso il versamento del contributo ANAC di cui all'art. 1 comma 67 l. 226/2005<sup>[1]</sup>.

La Sezione fonda la illegittimità del provvedimento gravato sul rilievo della **totale assenza nella *lex specialis* di una clausola che prescriva un obbligo in tal senso, corredandolo di specifica sanzione espulsiva.**

La decisione si iscrive in un filone giurisprudenziale che va vieppiù consolidandosi in seguito alla sentenza della Corte Giustizia Unione Europea, sesta sezione del 2.06.2016 (C-27/15 Pippo Pizzo), secondo cui *il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un **obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti.***

In tali circostanze deve essere consentito all'operatore economico di **regolarizzare la propria posizione** e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.

Nella vigenza del D.lgs. 163/2006, **la giurisprudenza sosteneva che la dimostrazione del pagamento del contributo costituisse, ex se, requisito di partecipazione alle gare e la sua mancanza fosse, pertanto, causa di esclusione**, indipendentemente dalla previsione, o meno, del relativo onere nel bando di gara, tanto sul rilievo che le disposizioni imperative, quale quella che imporrebbe il detto versamento per la stessa partecipazione alla procedura (art. 1 comma 67 l. 226/2005), costituiscono parte integrante, anche per quanto attiene alla loro cogenza, del bando, attesa la totale assenza di discrezionalità dell'amministrazione in ordine alla applicabilità ed efficacia"[\[2\]](#) [\[3\]](#).

Il nuovo Codice dei contratti pubblici valorizza, invece, il principio del *favor participationis* in misura prevalente rispetto alla esigenza di garanzia della *par condicio competitorum*. In particolare, l'art. 83 D.Lgs. n.50/2016 consente sia sanata *la mancanza di elementi essenziali, purchè non riguardino le offerte tecnica ed economica, ovvero non consentano l'individuazione del contenuto dell'offerta o del soggetto proponente, e ciò mediante apposita richiesta della stazione appaltante entro un termine perentorio, scaduto invano il quale l'offerta va esclusa*[\[4\]](#).

Il delineato principio viene rafforzato dall'intervento della CGUE, che nella sentenza 2.6.2016C-27/15, sopra richiamata, afferma la possibilità di addivenire ad una regolarizzazione documentale postuma quante volte una condizione di esclusione, non espressamente menzionata nella *lex specialis*, "*possa essere identificata solo con interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale.*"

In questa prospettiva, l'art. 1, c. 67, l. 23 dicembre 2005, n. 266, secondo cui l'obbligo di versamento è condizione di ammissibilità dell'offerta, deve essere interpretato nel senso di non escludere l'interpretazione, eurounitariamente orientata, che il **detto versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo violazione formale e di elemento essenziale**[\[5\]](#).

---

[\[1\]](#) L'Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici, cui e' 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, nonche' le relative modalita' di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale **condizione di ammissibilita' dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche.**

[2] Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 8 gennaio 2015, n. 213

[3] Su posizioni antitetiche si era attestato il T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, nella sentenza n. 1682 del 6 aprile 2016 nella quale era stato affermato il principio secondo cui è illegittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto pubblico per servizi fondata sulla circostanza che l'impresa, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non era in possesso del "PASSOE", generato e inviato soltanto successivamente alla stazione appaltante. Difatti, il codice dei contratti pubblici all'art. 6-bis non prevede il possesso del PASSOE quale requisito di partecipazione prescritto a pena di esclusione dalla procedura di evidenza pubblica; né, peraltro, esso si configura come un elemento essenziale che possa incidere in maniera significativa sulla par condicio delle imprese che prendono parte alla gara.

[4] Cfr. TAR Lazio, Sez. III bis, 6/11/2017 n. 11031.

[5] Cfr. TAR Lazio, Sez. III bis, 6/11/2017 n. 11031 – cit; cfr. in tal senso anche TAR Venezia, 15.06.2017 n. 563

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per per la Puglia

Sezione Terza

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1148 del 2017, proposto da:

Centro di Ricerca Sperimentazione e Formazione in Agricoltura "Basile Caramia", in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Parato, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria, 19;

contro

Parco Nazionale dell'Alta Murgia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distr.le Stato Di Bari, domiciliata in Bari, via Melo, 97;

per l'annullamento

- del provvedimento comunicato con nota prot.n.2941 del 21.7.2017 di esclusione del R.T.I. ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi per l'attuazione del progetto "Agrosistemi 2: dalla qualità dell'ambiente alla qualità delle produzioni";
- della determinazione della commissione giudicatrice del 18.7.2017, non meglio conosciuta, con cui è stata disposta l'esclusione de qua;
- dell'ulteriore provvedimento comunicato con nota prot.n.4258 dell'11.10.2017 con cui, a seguito della disposta sospensione della procedura ai fini di un approfondimento istruttorio, la stazione appaltante ha confermato l'esclusione della ricorrente dalla gara;
- di ogni altro atto preparatorio, presupposto, inerente, conseguente e/o comunque connesso, e più in specie, per quanto occorrer possa, della nota interlocutoria del 7.8.2017 di sospensione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Parco Nazionale dell'Alta Murgia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2017 il dott. Francesco Gaudieri e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1.-Con il ricorso in esame, proposto ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a introdotto dal d. lgs n.

50/2016, parte ricorrente, in epigrafe meglio specificata, impugna il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi finalizzati all'attuazione del progetto "Agrosistemi 2 : dalla qualità dell'ambiente alla qualità delle produzioni", motivata dalla commissione di gara per omesso versamento del contributo ANAC di cui all'art. 1 comma 67 l. 226/2005:

1.1.- Dopo aver chiesto, invano, di essere riammessa in gara, rimarcando che detto contributo non era previsto espressamente dal bando, né tra i requisiti di ammissione né tra le cause di esclusione, si è gravata in sede giurisdizionale, richiamando il recente arresto giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (02.06.2016 / C. -27/15).

1.2.- Aggiunge che detti principi sono stati ripresi dal Consiglio di Stato con l'Adunanza Plenaria n. 19/2016 e dalla recente giurisprudenza di merito.

2.- Resiste con mero atto di stile l'intimata amministrazione.

3.- Alla camera di consiglio del 29 novembre 2017, sentite le parti costituite in ordine alla possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, il Collegio si è riservata la decisione.

4.- Il ricorso è fondato e merita accoglimento in applicazione del recente arresto giurisprudenziale della Corte Giustizia Unione Europea, Sesta sezione del 2.06.2016 (C-27/15 Pippo Pizzo) - peraltro ribadito anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 19/2016 – dalle cui conclusioni non si ravvisano motivi per discostarsi.

4.1.- Gioverà ricordare che con la citata sentenza, la Corte di Giustizia - chiamata a pronunciarsi sulla domanda pregiudiziale proposta, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con ordinanza del 10 dicembre 2014, relativa a due distinte questioni insorte nel procedimento inerente una procedura aperta, di rilevanza europea, per l'aggiudicazione del servizio quadriennale di gestione dei rifiuti e residui del carico a bordo delle navi facenti scalo entro la circoscrizione territoriale dell'Autorità portuale di Messina – si è chiaramente determinata in ordine alle sollevate questioni e - per quanto in questa sede interessa - sul secondo dei due quesiti, così formulato : <Se i principi del diritto dell'Unione europea, e segnatamente quelli di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto e di proporzionalità, ostino, o no, a una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di evidenza pubblica un'impresa che non abbia percepito, perché non espressamente indicato dagli atti di gara, un obbligo – il cui inadempimento sia sanzionato con l'esclusione – di provvedere al versamento di un importo per i fini della partecipazione alla predetta procedura e ciò nonostante che l'esistenza di detto obbligo non sia chiaramente desumibile sulla base del tenore letterale della legge vigente nello Stato membro, ma sia tuttavia ricostruibile a seguito di una duplice operazione giuridica, consistente, dapprima, nell'interpretazione estensiva di talune previsioni dell'ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, nella integrazione – in conformità agli esiti di tale interpretazione estensiva – del contenuto precettivo degli atti di gara», si è così determinata : "...occorre rispondere alla seconda questione che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano

all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice”.

4.2.- Il principio testè esposto è stato ripreso anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19/2016. Quest'ultima – in sede di riesame delle conclusioni raggiunte con le precedenti decisioni nn. 3/2015 e 9/2015, relative ai costi per la sicurezza – ha valorizzato le spiegate conclusioni rimarcando che :

“La Corte di giustizia ha altresì dichiarato che i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti (v., in tal senso, sentenza del 9 febbraio 2006, La Cascina e a., C?226/04 e C?228/04, EU:C:2006:94, punto 32)... Ciò anche sulla base dell'ulteriore considerazione che subordinare la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione ad una condizione derivante dall'interpretazione del diritto nazionale (o dalla prassi di un'autorità) sarebbe particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti nazionali”.

4.3.- A siffatti principi si conformano, altresì, le recenti pronunce della giurisprudenza di merito che in questa sede si richiamano, in quanto condivise (Tar Veneto Sez. I 15.6.2017 n. 563; Tar Lazio Sez. III bis n. 11031/2017)

Può concludersi per l'accoglimento del ricorso.

5.- Sussistono giusti motivi, stante la particolarità della questione, per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate. C.U. refused.

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

