

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE per la CALABRIA, Sez. Staccata di Reggio Calabria, Sentenza 29 giugno 2021, n. 573 - Pres. CRISCENTI - Est. SCIANNANA - C. srl (Avv. G. FALCONE) c. CITTÀ METROPOLITANA di REGGIO CALABRIA (Avv. A. MICELI) e c. D.S. non costituito in giudizio e nei confronti del COMUNE DI AGNANA CALABRA e di B.C. srl non costituiti in giudizio.

Appalti pubblici - Offerta priva di ricevuta del contributo ANAC - Soccorso istruttorio - Versamento del contributo ANAC dopo la scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta - Esclusione dalla gara - Legittimità dell'esclusione.

Se il bando di gara chiede a pena di inammissibilità che alla offerta sia allegata la ricevuta del contributo ANAC, la stazione appaltante può, in sede di soccorso istruttorio, richiedere la presentazione della ricevuta, ma ai fini dell'ammissibilità dell'offerta il versamento deve essere stato effettuato prima della

scadenza dei termini per la presentazione di essa ().*

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. In data 26.03.2021, la Città Metropolitana di Reggio Calabria bandiva la gara per “*l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori, sulla base del progetto definitivo relativo ai lavori di messa in sicurezza dell'area a rischio PAP*”, in località Praca del Comune di Agnana Calabria. L'importo totale dell'appalto era di € 452.786,25 ed il criterio di aggiudicazione era quello del minor prezzo rispetto a quello posto a base di gara. Il termine di scadenza per la presentazione delle offerte veniva fissato alle ore 12.00 del 19 aprile 2021.

2. Avviata la procedura, la stazione appaltante con nota prot. (...) del 30.04.2021 comunicava alla odierna ricorrente che la commissione in data 29.04.2021 ne aveva disposto l'esclusione dalla gara, in quanto “*la ricevuta prodotta a seguito di*

(*) Il commento di Ezio Maria Barbieri, *Effettuazione del versamento ANAC e presentazione della ricevuta ai*

fini della validità dell'offerta nelle gare pubbliche, segue il testo della sentenza in epigrafe.

soccorso istruttorio, attesta il versamento del contributo ANAC in data successiva alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In assenza di comunicazioni disponibili sul sito ANAC attestanti il malfunzionamento della piattaforma, in considerazione della circostanza che tutti i concorrenti hanno correttamente eseguito il versamento del contributo entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, non può ritenersi correttamente eseguito il pagamento dopo il suddetto termine”.

In sostanza, all'esito dell'esame da parte del seggio di gara della documentazione amministrativa prodotta, era emerso che la ricorrente non aveva proceduto al tempestivo versamento del contributo previsto a favore dell'ANAC dall'art. 1, commi 65 e 67 della L. n. 266 del 2005.

Conseguentemente, in esecuzione delle disposizioni del bando (art. 10) e del disciplinare (punto 2.1.6), il seggio di gara ha richiesto all'impresa, in sede di soccorso istruttorio, di documentare il versamento del contributo in data antecedente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta e, verificata l'intempestività del ridetto versamento, ne ha disposto l'esclusione.

La C. srl, in data 5 maggio 2021, avanzava istanza di riesame del provvedimento di esclusione, evidenziando di non aver potuto provvedere nei termini al pagamento del contributo ANAC a causa di un malfunzionamento del sito dell'Autorità, che avrebbe impedito il pagamento tempestivo del ridetto contributo. Tale istanza veniva però riscontrata negativamente dall'amministrazione intimata con nota prot. n. (...) dell'11 maggio 2021. Nel frattempo con atto del 30.04.2021, veniva pubblicato l'esito provvisorio della procedura competitiva, che vedeva prima graduata la B.C. srl dell'ing. D.S. odierna controinteressata.

3. Contro il provvedimento di esclusione, per la dichiarazione di nullità delle clausole del bando e del disciplinare di gara che dovessero impedire il soccorso istruttorio e precludere la possibilità di considerare tempestivo il tardivo versamento del contributo ANAC in ipotesi di forza maggiore, e per l'annullamento degli altri atti indicati in epigrafe, è perciò insorta la C. srl con il presente ricorso, notificato il 29 maggio 2021 e depositato il successivo 7 giugno 2021.

La ricorrente, con un'unica ed articolata censura, deduce violazione

di legge e dei principi costituzionali e comunitari in tema di buona amministrazione e del principio generale di legalità; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per sviamento, illogicità, irrazionalità; violazione dei principi di proporzionalità, collaborazione e buona fede; violazione del giusto procedimento e dei principi del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. difetto di presupposto in fatto e diritto, manifesta illogicità ed inadeguatezza della motivazione.

3.1. Lamenta in sintesi la difesa della ricorrente, che il tardivo versamento del contributo ANAC sarebbe da attribuire ad un malfunzionamento del sito dell'Autorità registrato la mattina del 19 aprile 2021, che le avrebbe impedito di effettuare il versamento medesimo entro le ore 12.

Il seggio di gara non avrebbe correttamente valutato la dichiarazione sostitutiva e la documentazione prodotta (in particolare lo screenshot della pagina del sito dell'autorità anticorruzione che riportava il codice di errore), al fine di giustificare l'impossibilità di adempiere tempe-

stivamente al pagamento del contributo. A sostegno della tesi esposta la ricorrente produce relazione tecnica di parte, denunciando che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'attivazione del soccorso istruttorio, ritenendo tempestivo il versamento del contributo ANAC in ragione della situazione descritta ricondotta a causa di forza maggiore, ed in applicazione dei principi generali di buona fede, *favor participationis* ed interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale.

3. In data 14 giugno 2021 si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata che, con memoria del 16 giugno 2021, ha chiesto il rigetto del ricorso richiamando le disposizioni del bando e del disciplinare che obbligavano, a pena di esclusione, i partecipanti a provvedere entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte al versamento della contribuzione prevista dall'art. 1, commi 65 e 67 della L. n. 266 del 2005, ed evidenziando come non vi siano prove della situazione di forza maggiore evidenziata dalla ricorrente.

4. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito della camera di consiglio del 9 giugno 2021, ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre

2020, n. 137, convertito con L. 18 dicembre 2020, n. 176, che consente tra l'altro la possibilità di definire del giudizio ai sensi dell'art. 60 cpa omesso ogni avviso, le cui disposizioni sono state prorogate sino al 31 luglio 2021 dall'articolo 6, comma 1, lettera e), del D.L. 1 aprile 2021, n. 44.

5. Ad avviso del Collegio le censure dedotte sono infondate.

È pacifico che la commissione di gara, non avendo rinvenuto agli atti il documento attestante il versamento del contributo per cui è causa ha attivato il soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83 comma 9 D.Lgs. n. 50 del 2016, e che l'odierna ricorrente ha sì prodotto la prova dell'avvenuto versamento all'ANAC, che però è stato effettuato solo 21 aprile 2021, cioè due giorni dopo la scadenza del termine indicato come tassativo dalla legge di gara.

Come correttamente evidenziato dalla difesa della resistente amministrazione, l'art. 10 del bando prevedeva che “È fatto obbligo ai concorrenti, a pena di esclusione, di provvedere al versamento della contribuzione prevista dall'art. 1, commi 65 e 67 della L. n. 266 del 2005, da effettuarsi secondo le modalità previste dalla Delibera dell'Autorità

del 18/12/2019 n. 1197”. Mentre il punto 2.1.16 del disciplinare (erroneamente indicato come 2.1.6, in ogni caso la previsione è alla pagina 17 dell'allegato 003:2 del deposito originale) precisava che “L'omessa 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”.

Questo Collegio, in linea con l'insegnamento della prevalente giurisprudenza, ha già evidenziato (sentenze nn. 543 e 544 del 15 settembre 2020) che “fatte salve le ipotesi in cui la *lex specialis* preveda una espressa comminatoria di esclusione, l'omesso versamento del contributo Anac non comporta in linea di principio l'estromissione dalla gara; b) ciò anche in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (cfr. sentenza 2 giugno 2016, C 27/15-sentenza “Pippo Rizzo”) nella parte in cui è stato affermato “che i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore

economico non avvedutosi di una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara”; c) di conseguenza, in presenza di una siffatta omissione ben dovrebbe innescarsi il meccanismo del soccorso istruttorio di cui all’art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, trattandosi di adempimento (si ripete: versamento contributo ANAC) sicuramente estraneo all’alveo dell’offerta economica e di quella tecnica: di qui la possibile regolazione della connessa posizione da parte dell’impresa partecipante” (in termini Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386).

Alla luce di tali coordinate interpretative, la circostanza che nelle leggi di gara fosse prevista la sanzione espulsiva in relazione alla violazione dell’obbligo di effettuare il versamento del contributo ANAC, e fosse anche circoscritta la possibilità di effettuare il pagamento entro il termine per la presentazione delle offerte, rende non censurabile l’operato della commissione di gara che una volta riscontrato, all’esito del soccorso istruttorio, che la criticità ascritta alla concorrente non si sostanziasse in una mera carenza di produzione documentale, quanto piuttosto nell’inosservanza di un ter-

mine perentorio per l’incombente *de quo*, ha correttamente ritenuto non adempiuta la prescrizione di gara ed applicato la sanzione prevista.

6. Quanto alla dedotta causa di forza maggiore che avrebbe impedito alla ricorrente di effettuare il versamento nei termini previsti, appare tranciante la considerazione che unitamente al pagamento on line, il disciplinare di gara prevedeva al punto 2.1.16 (come detto erroneamente indicato come 2.1.6), la possibilità di effettuare il pagamento mediante avviso, “*utilizzando le infrastrutture messe a disposizione da un Prestatore dei Servizi di Pagamento (PSP) abilitato a pagoPA (sportelli A., applicazioni di home banking - servizio CBILL e di mobile payment, punti della rete di vendita dei generi di monopolio - tabaccai, SISAL e Lottomatica, casse predisposte presso la Grande Distribuzione Organizzata, ecc.)*”.

Ma anche a non voler tenere conto di questo, come detto, tranciante rilievo, osserva il Collegio che, a tutto concedere, da quanto dedotto dal ricorrente sarebbe provato un malfunzionamento del sito dell’ANAC alle ore 9.30 del 19 aprile 2021, o sino alle ore 9.30 del 19 aprile 2021, però nessun altro tenta-

tivo di pagamento è documentato da quel momento e sino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte che, come già evidenziato, era fissato per le ore 12.00 di quello stesso 19 aprile.

In sostanza parte ricorrente non ha offerto alla valutazione del Collegio né prove di ulteriori tentativi di pagamento online effettuati tra le ore 9.31 e le ore 12.00 del 19 aprile 2021, né attestazioni relative a malfunzionamenti del sito dell'ANAC nella giornata in questione, idonee a corroborare la prospettata causa di forza maggiore impeditiva del pagamento, né tantomeno la prova di aver tentato di pagare il contributo tramite un prestatore di servizi di pagamento abilitato a pagaPA.

Per altro, va osservato anche che il ridetto versamento fu effettuato dalla ricorrente ben due giorni dopo la scadenza del termine previsto, e solo dopo l'attivazione del soccorso istruttorio da parte della resistente amministrazione.

Risulta dalla documentazione in atti, che la richiesta di produrre la ricevuta di avvenuto pagamento del contributo ANAC venne infatti inviata dalla commissione di gara alla ricorrente alle ore 9.48 del 21 aprile 2021 (allegato 018:14 del deposito

originale della ricorrente), e che il versamento venne effettuato alle ore 19.22 dello stesso giorno (allegato 006:5 del deposito originale della ricorrente).

7. In conclusione in ragione di quanto esposto, il ricorso deve essere respinto perché infondato.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in favore della resistente amministrazione nella misura indicata in dispositivo, mentre la mancata costituzione in giudizio dei controinteressati esonera il Collegio da ogni statuizione relativa alle spese di lite nei loro confronti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento, in favore della Città Metropolitana di Reggio Calabria, delle spese di lite che liquida nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre oneri di legge.

Nulla per le spese nei confronti dei controinteressati che non si sono costituiti in giudizio.

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

Conclusiones

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021, tenutasi in videoconferenza con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams", con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Andrea De Col, Referendario

Antonino Scianna, Referendario,
estensore

EFFETTUAZIONE DEL VERSAMENTO ANAC E PRESENTAZIONE DELLA RICEVUTA AI FINI DELLA VALIDITÀ DELL'OFFERTA NELLE GARE PUBBLICHE

Ezio Maria Barbieri

1. Il fatto.

In una gara per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione di lavori nell'interesse di una amministrazione pubblica un concorrente non aveva presentato il documento attestante il versamento del contributo ANAC. L'amministrazione, in sede di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 c. 9 del codice dei contratti pubblici, lo aveva invitato a produrre la prova dell'avvenuto versamento di tale contributo, prova che veniva prodotta, ma che è risultata relativa a pagamento effettuato successivamente alla scadenza dei termini stabiliti per la presentazione dell'offerta. Il concorrente veniva pertanto escluso dalla gara.

Credo si possa dire che la decisione assunta dall'amministrazione era corretta e ad una prima lettura potrebbe sembrare inutile la segnalazione della sentenza che ne ha respinto l'impugnazione, ma il riferimento che quest'ultima contiene a due altre decisioni, una della Corte di giustizia in data 2 giugno 2016 C-27/15 e l'altra del Consiglio di stato, sez. V, in data 19 aprile 2018, n. 2386, induce ad un esame più puntuale della motivazione della sentenza e della vigente normativa relativa al contributo ANAC quale condizione di ammissibilità delle offerte dei concorrenti nelle gare pubbliche di appalto.

2. I differenti orientamenti giurisprudenziali.

Nella sentenza che qui si annota il bando di gara faceva obbligo ai concorrenti di provvedere, a pena di esclusione, al versamento della contribuzione a favore dell'ANAC prevista dall'art. 1 cc. 65 e 67 della

legge n. 266/2005, da effettuarsi secondo le modalità previste dalla delibera dell’Autorità del 18 dicembre 2019, n. 1197, ed il disciplinare precisava che l’omessa presentazione della ricevuta avrebbe potuto essere sanata ai sensi dell’art. 83 c. 9 del codice dei contratti pubblici, a condizione che il pagamento fosse già stato effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell’offerta.

Le condizioni per l’ammissione dell’offerta non potevano essere formulate in termini più completi ed esaurienti.

Il problema che si intende qui prendere in considerazione riguarda la necessità o meno che tutte le condizioni per l’ammissibilità delle offerte, ed in particolare l’avvenuta effettuazione e la prova del versamento del contributo ANAC, siano espressamente specificate negli atti di gara.

La giurisprudenza europea, infatti, così come altra nazionale citata nella sentenza del TAR per la Calabria, ha ritenuto che l’omesso versamento del contributo all’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (cui è poi succeduta l’ANAC) non comporti sempre l’estromissione dalla gara in quanto i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità osterebbero e quindi renderebbero illegittima l’applicazione di una regola dell’ordinamento di uno Stato membro che consentisse di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di appalto l’operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza perché non espressamente indicata dagli atti di gara. In presenza di una siffatta omissione, l’amministrazione potrebbe o, anzi, dovrebbe sempre accedere al meccanismo del soccorso istruttorio in considerazione del fatto che il versamento del contributo ANAC è sicuramente estraneo all’alveo dell’offerta economica e di quella tecnica e di conseguenza ciò consentirebbe la possibile regolarizzazione della posizione da parte dell’impresa partecipante, sia presentando tardivamente la ricevuta del versamento, sia anche effettuando il pagamento dopo la scadenza dei termini per

la presentazione dell'offerta, salvo che gli atti di gara dispongano diversamente.

Mentre, dunque, per la Corte di giustizia il versamento all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici poteva essere effettuato anche dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta quando il contrario non fosse espressamente previsto nel bando, nel caso deciso dal TAR della Calabria quest'ultimo termine non poteva essere superato, perché il bando ne imponeva espressamente il rispetto (ovviamente, ora, a favore dell'ANAC).

In conclusione, il TAR ha sostanzialmente rispettato il proprio bando, già obbiettivamente conforme all'orientamento interpretativo comunitario e, quindi, ha deciso correttamente.

Dei principi affermati dalla Corte di giustizia il Consiglio di stato, con la sentenza sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386 ha fatto espressa applicazione ad un caso, però, di appalto di lavori e non di servizi, come era quello deciso dalla giurisprudenza comunitaria, ed ha pertanto annullato l'esclusione che era stata disposta dalla stazione appaltante perché la lettera di invito non prevedeva l'omesso versamento del contributo ANAC come causa di esclusione.

3. La giurisprudenza della Corte di giustizia.

Siccome i giudici nazionali in entrambi i casi succitati fanno riferimento all'orientamento interpretativo della Corte di giustizia europea mostrando di essere stati da essa influenzati, sarà bene dedicare una più approfondita attenzione a quello che ha statuito la Corte con la sentenza 2 giugno 2016 C-27/15 nel caso Pippo Pizzo.

Essa aveva ritenuto che la questione dell'omesso tempestivo pagamento del contributo all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (solo successivamente divenuta ANAC) come causa di esclusione dalla gara andasse esaminata alla luce del principio di parità di trattamento

e dell'obbligo di trasparenza ed aveva affermato che *“tali principi implicano che l'amministrazione aggiudicatrice debba indicare con chiarezza le condizioni di gara, al fine di permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di esserne a conoscenza”*. Pertanto essa ne aveva derivato che *“tali requisiti non sarebbero soddisfatti quando un obbligo sanzionato con l'esclusione (nel caso di specie, il pagamento di un contributo a un'autorità amministrativa) non sia espressamente previsto dai documenti di gara e non risulti neppure dal diritto positivo nazionale, ma si ricavi soltanto per mezzo di un'interpretazione estensiva di detto diritto tale da colmare la lacuna che sarebbe altrimenti ravvisabile nei documenti in parola”*. Tali affermazioni si giustificavano perché la decisione riguardava un bando di gara nel quale non era stato previsto il versamento del contributo all'Autorità in quanto si trattava di un appalto di servizi e non di lavori e il versamento del contributo suddetto era stato preteso dalla stazione appaltante in applicazione estensiva delle norme sull'Autorità, le quali ultime in effetti imponevano tale versamento solo per gli appalti di opere. Infatti al tempo la norma da applicare era l'art. 1 c. 67 della legge n. 266/2005 ed esso stabiliva che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici poteva pretendere il versamento del contributo da essa stabilito per gli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche. Di conseguenza nel caso esaminato dalla Corte la stazione appaltante aveva applicato una causa di esclusione dalla gara ad un tipo di contratto diverso da quelli per i quali essa era stata espressamente prevista dal legislatore, così violando il principio di tassatività delle cause di esclusione. Come già evidenziato, di questi principi fatti propri dalla Corte di giustizia il Consiglio di stato, con la sentenza succitata, ha fatto applicazione, invece, in un caso di appalto di lavori senza dare rilievo alla diversità delle situazioni di fatto e soprattutto alla differente

normativa subentrata a quella interpretata ed applicata dalla Corte di giustizia ed ha annullato l'esclusione di un concorrente perché la lettera di invito non prevedeva l'omesso versamento del contributo ANAC come causa di esclusione.

Dal canto suo il TAR calabro ha correttamente respinto il ricorso del concorrente che era stato escluso perché non aveva pagato il contributo ANAC, basando la sua decisione non solo sulle norme di legge vigenti e che poi vedremo, ma anche sul fatto che l'esclusione era espressamente prevista negli atti di gara così come ritenuto necessario dalla Corte di giustizia, forse condividendo la permanente necessità di tale previsione nei bandi di gara.

4. *Analisi delle tre sentenze.*

Le decisioni della Corte di giustizia, del Consiglio di stato e del TAR per la Calabria hanno affrontato, dunque, rispettivamente e nell'ordine tre differenti situazioni di fatto: a) esclusione da un appalto di servizi per omesso versamento del contributo all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici non previsto negli atti di gara; b) esclusione da un appalto di lavori per omesso versamento del contributo ANAC per il quale negli atti di gara non era prevista espressamente l'esclusione dalla gara; c) esclusione da un appalto di lavori perché il versamento del contributo ANAC, previsto nel bando di gara a pena di esclusione, risulta effettuato in sede di soccorso istruttorio, ma dopo la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

La Corte di giustizia ha affermato, come si è visto più sopra, che in materia di appalti di servizi il diritto comunitario non consentiva, in assenza di espresse previsioni negli atti di gara, di pretendere il versamento del contributo ad una autorità amministrativa sotto pena di esclusione per effetto dell'applicazione estensiva di norme riguardanti solo gli appalti di lavori. Queste conclusioni, prima di essere

eventualmente accolte dai giudici nazionali anche in riferimento a differenti situazioni di fatto, avrebbero richiesto, a mio avviso, che si verificasse se era veramente accaduto che anche nei nuovi casi da decidere l'amministrazione aveva fatto una applicazione estensiva di norme non riguardanti gli appalti di lavori.

Sarebbe bastata questa indagine per escludere la pretesa forza vincolante del precedente stabilito dalla Corte di giustizia. Sia davanti al Consiglio di stato che davanti al TAR calabro, infatti, erano state applicate direttamente norme nazionali riguardanti espressamente proprio ed anche gli appalti di lavori. Ma c'è di più: in materia di obbligo di versamento dei contributi ANAC le norme sulla realizzazione di lavori o di opere, sulla fornitura di prodotti e sulla prestazione di servizi sono identiche e non differenziano l'obbligo contributivo a seconda dell'oggetto dei singoli contratti. Esse riguardano tutti gli operatori economici e l'art. 1 c. 3 lett. p) del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50) definisce come "operatore economico" *"una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del D.Lgs. 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi"*. Sostanzialmente negli stessi termini si pronuncia, d'altra parte, anche il codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Era la legge italiana n. 266/2005 al comma 67 quella che prevedeva il contributo in questione solo per chi realizzava opere pubbliche. Essa, infatti, disponeva che *"l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (ora sostituita in materia dall'ANAC), cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici*

e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche”.

Successivamente, però, dopo l'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici ed il subentro dell'ANAC all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici il concetto di operatore economico era diventato più largamente comprensivo. Lo conferma ancora una volta, per esempio, la delibera ANAC 18 dicembre 2019 n. 1197, quando precisa che sono obbligati alla contribuzione a favore dell'ANAC “*gli operatori economici, di cui all'art. 3, comma 1, lettera p), del D.Lgs. 50/2016 che intendano partecipare a procedure di scelta del contraente attivate dai soggetti di cui alla lettera sub a)*”, così ribadendo la ormai tradizionale uguaglianza normativa fra i contratti pubblici per la realizzazione di lavori o opere, fornitura di prodotti e prestazione di servizi relativamente alle questioni qui in esame.

Il Consiglio di stato, invece, richiamata la non pertinente decisione comunitaria relativa agli appalti di servizi e ad un caso di pretesa applicazione estensiva di norme estranee alla materia di gara e quindi fondata su presupposti che non ricorrevano nel caso che il Consiglio andava a decidere, sembra dare per scontato che per giustificare la pretesa della stazione appaltante che il concorrente effettuasse un tempestivo pagamento del contributo ANAC, pena l'esclusione, non bastasse l'esistenza della normativa nazionale, ma ne occorresse un esplicito richiamo negli atti di gara.

Il TAR per la Calabria, infine, sempre in tema di appalto di lavori, ha riconosciuto la legittimità dell'utilizzo del soccorso istruttorio per consentire al concorrente di produrre tardivamente la ricevuta del versamento del contributo ANAC, ma ha giudicato tardivo il pagamento del contributo medesimo in quanto effettuato dopo la scadenza

dei termini per la presentazione dell'offerta, tenuto conto anche del fatto che negli atti di gara era già stato espressamente previsto che tale ritardo avrebbe comportato l'esclusione dalla gara, autorizzando apparentemente a ritenere che nel silenzio degli atti di gara l'esclusione sarebbe stata probabilmente annullata. Solo così, infatti, si spiega il richiamo della decisione comunitaria.

La diversità delle situazioni di fatto alle quali si riferiscono le sentenze in questione avrebbe comportato, dunque, conclusioni diverse fra di loro.

La sentenza della Corte di giustizia, a mio giudizio, era condivisibile. In presenza di una legislazione nazionale che sembrava interessata soltanto agli appalti di opere pubbliche era logico o quantomeno comprensibile che l'amministrazione non potesse escludere da una gara per un appalto di servizi il concorrente che non aveva versato il contributo all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici. L'applicazione di questa norma ad un appalto di servizi mediante una interpretazione estensiva poteva, dunque, violare il principio di tassatività delle cause di esclusione, potendosi credere che gli offerenti non fossero in grado di prevedere con sufficiente ragionevolezza una forzatura della lettera della normativa nazionale.

La sentenza della Corte di giustizia, però, ha affermato soltanto che l'obbligo del pagamento del contributo all'Autorità non poteva derivare da una interpretazione estensiva di leggi nazionali, ma non ha affatto detto che le norme di legge che fosse stato possibile rinvenire in materia nella legislazione italiana dovevano essere espressamente ribadite negli atti di gara per poter essere applicate. Il che, peraltro, avrebbe lasciato perplessi, pur nello stato frequentemente confusionale della nostra legislazione. La Corte aveva detto, anzi, che si imponeva l'espressa previsione dell'obbligo di pagare il contributo sotto pena di esclusione proprio perché l'obbligo medesimo non era previsto né negli atti di gara e nemmeno nel diritto nazionale vigente. Segno che,

in presenza di una norma di legge, l'espressa menzione dell'obbligo veniva meno.

Esclusa dunque la utilizzabilità della pronuncia della Corte di giustizia nel caso sottoposto al Consiglio di stato, al più sarebbe stato possibile chiedere alla Corte di pronunciarsi nuovamente sulla legislazione nazionale in tema di contributo ANAC al fine di stabilire se il diritto comunitario imponga anche nel vigore della attuale normativa italiana in tema di appalti di lavori, fornitura di prodotti e prestazione di servizi, pur in assenza della necessità di interpretazioni estensive, che, per escludere legittimamente un concorrente da una gara occorre che gli atti di gara ripropongano sempre espressamente l'onere contributivo ANAC sotto pena di esclusione.

Personalmente credo che le norme di legge debbano presumersi sempre conosciute anche in presenza di una regolamentazione legislativa che, a voler essere benevoli, sembra abbastanza confusa, come mi pare sia (purtroppo non solo) quella relativa ai contributi ANAC.

Sembra comunque giusto concludere dicendo che nell'interesse di un corretto procedimento di gara è bene che le stazioni appaltanti ribadiscano sempre fin dal bando di gara l'onere di versamento del contributo ANAC sotto pena di esclusione e che i concorrenti dal canto loro provvedano sempre tempestivamente a tale versamento ed alla produzione della relativa prova, indipendentemente dalla presenza di apposite prescrizioni negli atti di gara, essendo sempre meglio non fare eccessivo conto sul soccorso istruttorio consentito alle amministrazioni.