

N. 03967/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01337/2024 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 la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1337 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Leone Asfalti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B1C2EA9B78, rappresentato e difeso dall'avvocato Sebastiano Astuto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Libero Consorzio Comunale di Ragusa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Mezzasalma, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Catania, domiciliataria ex lege in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Vincenzo Poidomani, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Ottaviano, Francesco Baglieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo:

- del verbale del 7 giugno 2024 con cui il Libero Consorzio Comunale di Ragusa non ha ammesso la ditta Leone Asfalti srl in quanto “...*Il candidato non dimostra il pagamento del contributo ANAC, come previsto all'art. 13 del Disciplinare di Gara...*” e ha proposto l’aggiudicazione della gara alla ditta Poidomani Vincenzo;

- della “Lettera di invito-disciplinare di gara avente ad oggetto “...*affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria del Comparto EST - Decreto MIT n. 123/2020 - annualità 2024, da eseguire con le modalità dell'Accordo Quadro...*” (CIG B1C2EA9B78 - CUP F17H20003730001) e, in particolare dell’articolo 13 della lettera di invito nella parte in cui stabilisce che “...*Il pagamento del contributo entro i termini di scadenza della presentazione dell'offerta, è condizione di ammissibilità dell'offerta e la ricevuta, a dimostrazione del pagamento, va allegata alla documentazione di gara. In caso di assenza di detta ricevuta sarà attivata la procedura di soccorso istruttorio. Sarà accettata solo una attestazione di pagamento anteriore l'ora e la data di scadenza della presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione, l'offerta è dichiarata inammissibile...*”;

- di ogni altro atto antecedente e/o successivo comunque presupposto e/o consequenziale ivi compresi ove occorra: a.- la determina dirigenziale n. 400/2024 R.S. n. 1286/2024 del R.G. con cui il Libero Consorzio Comunale di Ragusa ha indetto gara mediante procedura negoziata avente ad oggetto "lavori di lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria del Comparto EST - Decreto MIT n. 123/2020 - annualità 2024"; b.- la nota prot. 0010358 del 21 maggio 2024; c - il provvedimento, ove esistente, di aggiudicazione definitiva dell'appalto; d -

l'eventuale provvedimento di conferma del provvedimento di esclusione della ditta Leone Asfalti srl adottato il 7 giugno 2024; e - nei limiti di interesse, il bando tipo ANAC per l'affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari approvato con provvedimento del 2 settembre 2014 pubblicato nella GURI N. 246 del 22 ottobre 2014 ove si consideri tale atto come presupposto della "Lettera di invito-disciplinare di gara";

nonché per l'accertamento

- del diritto della ditta Leone Asfalti srl ad essere riammessa nella gara di appalto avente ad oggetto "*...affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria del Comparto EST - Decreto MIT n. 123/2020 - annualità 2024, da eseguire con le modalità dell'Accordo Quadro...*"; con riserva espressa della proposizione di separata azione e/o domanda di risarcimento del danno per equivalente, per l'ipotesi in cui non fosse più possibile il risarcimento in forma specifica;

con i motivi aggiunti:

- della determina del 29 luglio 2024 n. 2027 prot. n. 0015489, con la quale il Libero Consorzio Comunale di Ragusa ha aggiudicato "*...l'esecuzione dell'intervento "Lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria del Comparto EST – Decreto MIT N. 123/2020 – Annualità 2024" in favore dell'operatore economico Poidomani Vincenzo con sede a Modica (RG) in via Pirato Grande Quartarella n. 9...*";

- di ogni atto antecedente o successivo comunque presupposto e/o consequenziale ivi compresa ove occorra: a) la precedente determina dirigenziale n. 14615 del 16 luglio 2024 (successivamente annullata dal Libero Consorzio Comunale di Ragusa con determina dirigenziale n. 1953 prot. 12954 del 22 luglio 2024); b) la proposta di aggiudicazione n. 606/2024 della gara avente ad oggetto "*...affidamento dell'intervento*

“Lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria del Comparto EST – Decreto MIT N. 123/2020 – Annualità 2024”...”;

nonché per l'accertamento

- del diritto della ditta Leone Asfalti srl a conseguire l'aggiudicazione, previa declaratoria dell'inefficacia ai sensi dell'art. 122 CPA del contratto d'appalto nelle more sottoscritto e/o del diritto del RTI ricorrente a subentrare nel contratto medesimo ex art.124 CPA; con riserva espressa della proposizione di separata azione e/o domanda di risarcimento del danno per equivalente, per l'ipotesi in cui non fosse più possibile il risarcimento in forma specifica.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Libero Consorzio Comunale di Ragusa, di ANAC Autorità Nazionale Anticorruzione e del controinteressato Vincenzo Poidomani;

Visti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2024 la dott.ssa Giuseppa Leggio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara, mediante procedura negoziata, per l'“*affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria del Comparto EST - Decreto MIT n. 123/2020 - annualità 2024*”, indetta dal Libero Consorzio Comunale

di Ragusa, ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. c) del D.lgs 36/2023, con determinazione dirigenziale n. 400/2024 R.S. n. 1286/2024 del R.G.

Il criterio di aggiudicazione è stato individuato in quello del “*prezzo più basso determinato mediante offerta espressa in cifra percentuale di ribasso sull'importo a base d'asta*”, quest'ultimo fissato in € 508.738,24, oltre ad € 58.208,92 per costo della manodopera ed € 4.365,70 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

L'art. 13 del Disciplinare di gara, relativo al “*Pagamento in favore dell'Autorità*”, ha previsto che: “*per la partecipazione alla gara è dovuto il versamento di 77,00€ secondo le modalità di cui alla delibera ANAC n. 621 del 20.12.2022 (...) N.B. Il pagamento del contributo entro i termini di scadenza della presentazione dell'offerta, è condizione di ammissibilità dell'offerta e la ricevuta, a dimostrazione del pagamento, va allegata alla documentazione di gara. In caso di assenza di detta ricevuta sarà attivata la procedura di soccorso istruttorio. Sarà accettata solo una attestazione di pagamento anteriore l'ora e la data di scadenza della presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione, l'offerta è dichiarata inammissibile.*”.

Nel corso della seduta del 7 giugno 2024, la Commissione di gara ha disposto:

- a) l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, in quanto “*...Il candidato non dimostra il pagamento del contributo ANAC, come previsto all'art. 13 del Disciplinare di Gara. Il concorrente contattato, conferma di non aver effettuato il pagamento.*”;
- b) l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della ditta Poidomani Vincenzo.

La concorrente esclusa, con istanza di autotutela del 2 luglio 2024, ha chiesto alla stazione appaltante di essere riammessa in gara, rappresentando di non aver potuto effettuare il versamento dovuto all'ANAC entro il termine di presentazione delle offerte per un malfunzionamento del sistema telematico, e rilevando che la regolarizzazione del pagamento del contributo ANAC può avvenire mediante

l'istituto del soccorso istruttorio; ha chiesto conseguentemente l'attivazione del soccorso istruttorio nei suoi confronti onde poter regolarizzare il pagamento del contributo ANAC dovuto, adempimento che le sarebbe stato reso impossibile dall'avvenuta chiusura del portale di accesso alla gara immediatamente dopo la seduta del 7 giugno 2024.

Non avendo ricevuto riscontro a tale istanza, la ricorrente ha impugnato innanzi a questo Tribunale, con ricorso ritualmente notificato e depositato, la propria esclusione dalla procedura di gara, nonché l'art. 13 del disciplinare di gara e gli ulteriori provvedimenti indicati in epigrafe, sollevando i seguenti motivi di diritto:

“- Illegittimità dell'art. 17 del Disciplinare di gara - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 del decreto legislativo n. 36/2023 – Violazione degli articoli 1 e 10 c. 2 del decreto legislativo n. 36/2023 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 67 della legge n. 266/2005 -Violazione dell'art. 57 della direttiva europea 2014/24/UE –

Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione - 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.”

La ricorrente ha sostenuto la possibilità di sanare mediante soccorso istruttorio l'omesso pagamento del contributo ANAC, anche in presenza di una clausola di lex specialis che disponga espressamente l'esclusione per omesso pagamento nei termini di presentazione dell'offerta, richiamando la posizione della giurisprudenza (TAR Roma, sezione III quater, 19 febbraio 2024 n. 3340; Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175) che, facendo leva su un'interpretazione euro-unitariamente orientata, propende per la soluzione dell'ammissibilità dell'offerta anche in presenza

di un versamento tardivo, anche per non contrastare con la regola della “tassatività” delle clausole di esclusione oggi contenuta nell’articolo 10 del d.lgs n. 36/2023; ha lamentato la violazione del principio del risultato ai sensi dell’articolo 1 del nuovo codice degli appalti.

Si sono costituiti in giudizio l’ANAC, il Libero Consorzio Comunale di Ragusa e il controinteressato, che hanno argomentato circa l’infondatezza del ricorso richiamando giurisprudenza a sostegno.

Il Libero Consorzio Comunale di Ragusa ha eccepito preliminarmente l’inammissibilità e l’irricevibilità del ricorso per la mancata tempestiva impugnazione dell’art. 13 del disciplinare di gara, in quanto clausola immediatamente lesiva.

Con memoria depositata il 17.09.2024, il Libero Consorzio Comunale resistente ha comunicato essere intervenuta l’aggiudicazione definitiva della gara alla Ditta Poidomani Vincenzo, giusta Determinazione Dirigenziale n. 2027 R.G. – Prot. n. 0015489 del 29.7.2024, già depositata in giudizio in data 16.9.2024.

La Leone Asfalti ha proposto motivi aggiunti avverso la predetta aggiudicazione, deducendo censure di illegittimità derivata e precisando: a) di avere versato il contributo ANAC a seguito della soluzione dei problemi tecnici che le avevano impedito l’assolvimento dell’obbligo; b) che ove non fosse stata esclusa dalla procedura di gara, sarebbe stata aggiudicataria, avendo presentato la migliore offerta al ribasso.

La ricorrente ha proposto istanza di risarcimento in forma specifica, con riserva di proporre, in via subordinata, giudizio per il risarcimento dei danni per equivalente.

Le parti hanno presentato memorie.

All’odierna udienza pubblica il ricorso ed i motivi ad esso aggiunti sono stati trattenuti in decisione.

Preliminarmente va disattesa l'eccezione di tardività del ricorso per la mancata tempestiva impugnazione dell'art. 13 del disciplinare di gara, sollevata dal Libero Consorzio resistente sull'assunto che trattandosi di clausola escludente, la ricorrente avrebbe dovuto impugnarla immediatamente.

E' sufficiente osservare al riguardo che la tipologia delle clausole "escludenti" - che secondo pacifica giurisprudenza impongono l'immediata impugnazione della legge di gara - è circoscritta a quelle che precludano *ab initio* la partecipazione alla procedura, o perché fissano requisiti eccessivamente stringenti o sproporzionati, o perché impongono oneri inesigibili, o perché rendono di fatto impossibile la formulazione di un'offerta; laddove, invece, le clausole semplicemente "penalizzanti" perché lesive della par condicio ovvero tali da avvantaggiare alcuni concorrenti, vanno impugnate in una al provvedimento di aggiudicazione (Cons. Stato, sez. III, 5 giugno 2024, n. 5050; Idem 5 febbraio 2024, n. 1146).

E' chiaro che nella presente controversia, la previsione relativa al pagamento del contributo in favore di ANAC, contenuta nel citato articolo 13 del disciplinare, non precludeva alla ricorrente la formulazione della propria offerta, e dunque la partecipazione alla gara, ma ha concretizzato la sua portata lesiva solo in un momento successivo, nel corso della procedura di gara, a seguito della disposta esclusione per non avere la ricorrente provveduto al pagamento del contributo entro la scadenza del termine di partecipazione.

Da qui l'infondatezza dell'eccezione.

Nel merito, il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato, ritenendo, nella sussistenza di divergenti orientamenti giurisprudenziali, di aderire a quello meno restrittivo richiamato dalla ricorrente.

Se è vero, infatti, che sussiste un orientamento più rigido, richiamato dalle parti resistenti e secondo cui il pagamento di tale contributo costituisce una condizione di ammissibilità dell'offerta che si ritiene sia dettata direttamente dalla legge ex art. 1, comma 67, l. n. 266/2005, con conseguente esclusione in caso di pagamento mancato o tardivo (per tutte: Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572; sez. V, 30 gennaio 2020, n. 746; sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3288; sez. IV, 25 luglio 2023, n. 7252), è presente altro orientamento, meno restrittivo, oltretutto generalmente più recente (Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2023, n. 1175, sez. V, 7 settembre 2023, n. 8198; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 29 ottobre 2024, n. 1539 ; TAR Friuli Venezia Giulia, 19 settembre 2024, n. 289; TAR Veneto, Sez. III, 30 settembre 2024, n. 2266), a cui – come detto – il Collegio ritiene di aderire anche per essere tale orientamento più in linea con i principi dell'ordinamento giuridico comunitario.

Secondo tale orientamento il versamento del contributo ANAC, pur condizionando l'offerta, può comunque essere tardivo ed è sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, in quanto elemento estraneo al contenuto dell'offerta e, pertanto, non idoneo a violare il principio della par condicio tra i concorrenti.

In particolare, va rilevato 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 ammissibilità dell'offerta*”, senza tuttavia conferire esplicitamente alla tempistica del pagamento un peso determinante, né è rinvenibile nella legge su richiamata un termine temporale specifico, dato che l'art. 1, comma 67, citato stabilisce l'obbligo di versamento del contributo quale condizione di ammissibilità dell'offerta, ma di per sé non è univoco, potendosi anche intendere nel senso che l'offerta sia ammissibile purché il contributo sia pagato in corso di gara, anche se non unitamente alla presentazione della domanda.

Il tardivo pagamento del contributo, pertanto, non inficerebbe ex se l'ammissibilità dell'offerta, ma sarebbe sanabile con il soccorso istruttorio, tanto che una previsione della lex specialis di gara *“che esclude[ss]e] 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).

Nel caso di specie, la disposizione contenuta nell'art. 13 del disciplinare trae sì fondamento normativo dall'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, ma rispetto a quest'ultima ha un effetto più limitante e rigoroso, poiché l'effetto espulsivo previsto dalla legge di gara consegue anche al solo tardivo pagamento del contributo oltre che, pacificamente, al suo omesso pagamento.

L'orientamento giurisprudenziale cui il Collegio ritiene di aderire ha ritenuto (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1175/2023) che 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 dell'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005 e, quindi, con la regola della tassatività delle clausole di esclusione oggi contenuta nell'articolo 10 del D.Lgs. n. 36/2023.

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) - *“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)".

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 atti 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.

D'altro canto, la tempestiva verifica del pagamento mediante FVOE da parte delle stazioni appaltanti e la conseguente attivazione del soccorso istruttorio sono suscettibili (senza comportare un eccessivo aggravio procedimentale) di scongiurare i paventati comportamenti opportunistici degli operatori economici.

Alla luce di quanto dedotto, il Libero Consorzio Comunale di Ragusa avrebbe, dunque, dovuto attivare il soccorso istruttorio fissando un termine entro il quale la società ricorrente avrebbe dovuto provvedere al pagamento del contributo ANAC. Il ricorso e i motivi aggiunti devono pertanto essere accolti, con conseguente annullamento di tutti gli atti della procedura di gara a partire dal provvedimento di esclusione della ricorrente - che dovrà essere riammessa -, fino all'affidamento del servizio.

Ciò implica il rigetto della domanda di parte ricorrente in ordine alla declaratoria di inefficacia del contratto stipulato, atteso il divieto di cui all'art. 122 c.p.a. di dichiarare

inefficace il contratto laddove il vizio dell'aggiudicazione comporti l'obbligo di rinnovare la gara (sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2017, n. 4050).

Sarà quindi la stazione appaltante, in forza dell'effetto conformativo della presente sentenza, all'esito della rinnovazione della procedura di gara che in forza della presente decisione regredisce ad una fase anteriore all'aggiudicazione, a provvedere ai conseguenti atti in ordine al contratto (sul punto, la citata Cons. Stato 4050/2017).

La rinnovazione della procedura inoltre, costituendo ristoro in forma specifica (sul punto, Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2013, n.1999), integra tutela piena della posizione della società ricorrente. Le spese di lite possono essere compensate tra le parti, tenuto conto della posizione ancora non univoca della giurisprudenza sulla questione trattata, tranne per quanto riguarda il contributo unificato, da porsi a carico del Libero Consorzio Comunale di Ragusa, quale stazione appaltante, ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, d.p.r. n. 115/2002.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati a partire dal provvedimento di esclusione della ricorrente fino all'affidamento del servizio, secondo quanto in motivazione.

Spese compensate, salva la rifusione, a carico della stazione appaltante, di quanto da parte ricorrente corrisposto a titolo di contributo unificato nel presente giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppa Leggio, Presidente, Estensore

Diego Spampinato, Consigliere

Andrea Maisano, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Giuseppa Leggio

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI