

N. 02266/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01107/2024 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 il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1107 del 2024, proposto da
Fast Eat Italy S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avv. Giuseppe Schiratti, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia;

contro

Azienda Ulss n. 7 Pedemontana e Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituite
in giudizio;

nei confronti

Serenissima Ristorazione S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione dell'Azienda ULSS7 Pedemontana n. 1221 del 28 giugno 2024,
relativa alla procedura (CIG B05E90461F) per l'affidamento della concessione dei

servizi bar-edicola nell'ospedale San Bassiano, nella parte in cui la società ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara;
del provvedimento di diniego di autotutela prot n. 63068 del 9 luglio 2024;
nei limiti dell'interesse della ricorrente, dell'art. 12 del Disciplinare di gara, e del Bando-Tipo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1/2017, ove interpretati nel senso di escludere dalla partecipazione alla selezione gli operatori economici che non effettuano il pagamento del contributo ANAC nel termine di presentazione delle offerte, e di tutti gli atti ad essi presupposti e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera n. 194 del 2 febbraio 2024 l'Azienda ULSS n. 7 Pedemontana ha indetto una gara europea a procedura aperta per l'affidamento della concessione dei servizi bar ed edicola all'interno dei locali dell'ospedale S. Bassiano.

Alla gara ha partecipato, tra le altre, la società Fast Eat Italy S.r.l.

Nella seduta del 13 maggio 2024, il seggio di gara ha rilevato che la società ricorrente *«non ha prodotto l'attestazione in merito al pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione secondo le modalità di cui alla delibera ANAC n. 621 del 20 dicembre 2022 e come richiesto dall'art. 12 del disciplinare di gara»*, stabilendo, quindi,

«di attivare il soccorso istruttorio, in applicazione delle disposizioni di cui all'art. 101 del D.Lgs. n. 36/2023 richiedendo di [...] presentare la ricevuta di pagamento del contributo previsto dalla legge in favore di ANAC».

In data 6 giugno 2024 l'Azienda ULSS n. 7 ha chiesto alla società predetta di *«presentare la ricevuta di pagamento del contributo previsto dalla legge in favore di ANAC».*

Fast Eat Italy S.r.l., di conseguenza, ha provveduto al pagamento del contributo ed alla trasmissione della relativa ricevuta all'Azienda ULSS n. 7.

In occasione della seduta del 20 giugno 2024 il seggio di gara ha dato atto della documentazione trasmessa, ma il Presidente ha rilevato che *«l'O.E. ha presentato la ricevuta del contributo previsto dalla legge in favore di ANAC con data di pagamento 06/06/2024 successiva al termine di presentazione delle offerte fissato il 10/05/2024 alle ore 12:00. L'offerta risulta pertanto inammissibile in quanto la ricevuta di pagamento riporta data successiva al termine per la presentazione delle offerte».*

Con deliberazione n. 1221 del 28 giugno 2024, l'Azienda ULSS n. 7 ha escluso Fast Eat Italy S.r.l. dalla fase di valutazione dell'offerta tecnica *«poiché ha presentato la ricevuta del contributo previsto dalla legge in favore di ANAC con data di pagamento 06.06.2024 successiva al termine di presentazione delle offerte fissato il 10.05.2024 alle ore 12:00».*

In data 5 luglio 2024 la società ricorrente ha chiesto l'annullamento in autotutela della predetta determinazione.

L'Azienda ULSS n. 7, con nota del 9 luglio 2024 ha respinto la richiesta, dando conto del fatto che: *«il Disciplinare di gara è redatto secondo le linee guida del Bando Tipo n.1/2023 dell'ANAC. Relativamente all'art. 15 "Busta 1 – Documentazione Amministrativa" questa Stazione Appaltante ha seguito lo schema previsto dal Bando richiamato, il quale, all'art. 15, non prevede che la ricevuta del pagamento del contributo a favore dell'ANAC sia inserita nella lista di documenti che l'Operatore Economico deve allegare; la normativa prevede, infatti, che il controllo*

dell'effettivo pagamento venga effettuato direttamente dalla Stazione Appaltante nell'apposito sistema messo a disposizione da ANAC. Si ribadisce che il pagamento prima del termine di scadenza delle offerte è condizione di ammissibilità alla gara ai sensi dell'art. 1, co. 67, l. n. 266 del 2005 e come da recente Delibera ANAC n. 30 del 17.01.2024 e, pertanto, il soccorso istruttorio non può avere per oggetto il pagamento tardivo, ma solo l'eventuale esibizione della ricevuta che attesti il pagamento nei termini (Cons. St., Sez. IV, 25.07.2023 n. 7252 e Cons. St., Sez. V, 24.10.2023, n. 9186)».

Avverso i provvedimenti e gli atti indicati in epigrafe la società ricorrente ha proposto impugnazione, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi, in sintesi:

1. l'Amministrazione resistente avrebbe errato nel ritenere che condizione di ammissibilità alla gara debba essere il pagamento del contributo ANAC prima del termine di scadenza delle offerte e che oggetto del soccorso istruttorio possa essere solo l'eventuale esibizione della ricevuta che attesti il pagamento nei termini; ciò in quanto l'omesso pagamento prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte del contributo dovuto all'ANAC non sarebbe un'omissione insanabile, sicché l'impugnato provvedimento di esclusione della Fast Eat Italy S.r.l. dalla fase di valutazione dell'offerta tecnica sarebbe stato adottato *contra jus*; tanto il disciplinare di gara, quanto il Bando-Tipo ANAC sarebbero illegittimi, se interpretati nel senso di imporre l'esclusione dell'offerente che non abbia versato il contributo dovuto l'ANAC entro la scadenza del termine per la presentazione delle offerte;
2. il disciplinare di gara non sarebbe stato redatto secondo le linee guida del Bando-tipo ANAC, poiché l'Azienda ULSS7 nel disciplinare stesso non ha né precisato, né prescritto, che la causa ostativa sia di per sé la mancata presentazione della ricevuta di pagamento del contributo, sicché, ai fini dell'esclusione, può essere valorizzata

solo l'ipotesi in cui il pagamento non venga effettuato entro il termine stabilito dall'Amministrazione in sede di soccorso istruttorio, il disciplinare di gara non facendo a tal proposito riferimento alla presentazione della ricevuta del pagamento al momento dell'offerta, per contro precisando che «*il pagamento è verificato mediante il FVOE*».

L'Amministrazione resistente non si è costituita in giudizio nonostante la regolarità della notifica.

Con il decreto cautelare monocratico n. 380/2024, pubblicato in data 18 settembre 2024, è stata disposta ex art. 56 c.p.a, la sospensione dell'efficacia dell'impugnato provvedimento di esclusione, nonché l'ammissione, con riserva, della ricorrente alle successive fasi della procedura di gara.

La parte ricorrente ha depositato una memoria difensiva in data 23 settembre 2024. All'esito dell'udienza del 25 settembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso della possibile definizione del giudizio con sentenza ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio ritiene sussistenti i presupposti per la definizione della controversia con sentenza ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

Ai sensi dell'art. 1, comma 67, della l. n. 266/05, per quanto in questa sede di interesse, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (oggi ANAC), 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.

Come ricordato in giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2023, n. 7252) il contributo ANAC è la risorsa sulla quale l'Autorità deve poter contare per la *“copertura dei costi relativi al proprio funzionamento”* e, quindi, nella sostanza, per poter operare, sicché è ragionevole ritenere che la legge abbia previsto l'inammissibilità dell'offerta qualora il contributo non sia pagato tempestivamente. Peraltro la norma che precede non stabilisce essa stessa il termine entro il quale deve avvenire il pagamento del contributo.

A tal riguardo, secondo l'orientamento giurisprudenziale attualmente prevalente, ancorché non univoco, e al quale il Collegio ritiene di dover aderire perché più in linea con i principi dell'ordinamento della UE, *«il testo dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (che prevede l'obbligo del versamento Anac, a pena di esclusione), «non esclude l'interpretazione, eurounitariamente orientata, che il versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo»*, ovvero sanabile con il soccorso istruttorio, in quanto trattasi di elemento estraneo al contenuto dell'offerta e quindi sottratto alle preclusioni poste dall'art. 83, comma 9, secondo periodo del codice dei contratti pubblici (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386; e di recente si veda Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175). L'omessa allegazione della documentazione di gara, o la sua incompletezza, anche ove tale adempimento sia richiesto dalla *lex specialis* (o dalla legge, come nel caso di specie) a pena di esclusione, lungi dal consentire l'adozione del provvedimento di esclusione dell'operatore economico dalla procedura, costituisce, piuttosto, il presupposto - ai sensi dell'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici e dell'art. 56, comma 3, della direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014 (a mente del quale: *«3. Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le*

amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza») - per l'adempimento del dovere di soccorso istruttorio o di soccorso procedimentale, il quale impone alla stazione appaltante di richiedere all'interessato (anche «in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale» della documentazione) di integrare, regolarizzare o esibire la documentazione mancante» (in questi termini, Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2023, n. 8198).

In particolare, come sottolineato dalla giurisprudenza in una fattispecie simile a quella in esame, (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III Quater, 19 febbraio 2024, n. 3340), «È ben vero che la disposizione contenuta nell'articolo 11 del disciplinare trae fondamento normativo dall'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, il quale contempla "l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche". ... Nondimeno, il campo precettivo dell'art. 11 è più limitante e rigoroso di quello dell'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, poiché l'effetto espulsivo previsto dalla legge di gara consegue anche al solo tardivo pagamento del contributo oltre che, pacificamente, al suo omesso pagamento.

9.5. In questa più rigida previsione - che esclude la rilevanza anche del soccorso istruttorio e conferisce alla tempistica del pagamento un peso determinante - può effettivamente individuarsi un profilo eccedente o contrastante con il disposto degli artt. 83, comma 8, del codice dei contratti e 1, comma 67, della legge n. 266/2005. ... La giurisprudenza ha d'altra parte sostenuto che il testo dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, "non esclude l'interpretazione, eurounitariamente orientata, che il versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo", ovvero sanabile con il soccorso istruttorio in quanto estraneo al contenuto dell'offerta

(cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2386 del 2018; TAR Lazio, n. 11031 del 2017; TAR Reggio Calabria, sez. I, n. 543 del 2020; TAR L'Aquila, sez. I, n. 100 del 2020; TAR Napoli, sez. V, n. 2355 del 2022). Nello stesso senso è la consolidata giurisprudenza formatasi sull'analoga fattispecie del tardivo versamento del deposito cauzionale o cauzione provvisoria (ex multis, Cons. Stato, sez. V, n. 2786 del 2020 e Cons. Stato, sez. III, n. 7580 del 2019) Ritiene pertanto il Collegio che l'omessa allegazione della documentazione di gara, o la sua incompletezza, anche ove tale adempimento sia richiesto dalla lex specialis (o dalla legge, come nel caso di specie) a pena di esclusione, lungi dal consentire l'adozione del provvedimento di esclusione dell'operatore economico dalla procedura, costituisce, piuttosto, il presupposto - ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 56, comma 3, della direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014 - per l'adempimento del dovere di soccorso istruttorio o di soccorso procedimentale, il quale impone alla stazione appaltante di richiedere all'interessato (anche «in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale» della documentazione) di integrare, regolarizzare o esibire la documentazione mancante».

Ne consegue che - in mancanza di una previsione di legge che imponga espressamente, a pena di esclusione dalla gara, il pagamento del contributo ANAC entro il termine di presentazione delle offerte - la previsione più restrittiva del disciplinare di gara (così come l'eventuale previsione conforme del Bando-tipo ANAC) recante tale prescrizione, a pena di esclusione, deve ritenersi nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile alla fattispecie in esame *ratione temporis*).

La soluzione esegetica che precede deve ritenersi conforme anche ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36 del 2023, le cui norme, soprattutto quelle di principio, sono state di recente utilizzate dal Consiglio di Stato

«come supporto interpretativo idoneo a risolvere controversie inerenti il d.lgs. 50/2016 » (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).

In particolare, l'opzione ermeneutica di cui sopra è conforme al c.d. "principio del risultato", di cui all'art. 1, d.lgs. n. 36 del 2023, perché - in ragione della natura del contributo ANAC, quale adempimento del tutto estrinseco all'offerta presentata dall'operatore economico - consente, da un lato, alle stazioni appaltanti di «perseguire il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza»; dall'altro lato, di preservare la concorrenza tra gli operatori economici quale valore «funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti». Ciò tenuto conto del fatto che il principio del risultato «costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità» ed «è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea».

Nel caso di specie, il provvedimento di esclusione è fondato sull'art. 12 del disciplinare di gara il quale prevede che «I concorrenti effettuano il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione secondo le modalità di cui alla delibera ANAC n. 621 del 20 dicembre 2022 al seguente link <https://www.anticorruzione.it/-/gestione-contributi-gara>. 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».

Quindi, la disposizione rinvia per relationem, in modo esplicito, alle disposizioni della richiamata delibera ANAC, la quale all'art. 3, comma 2, prevede che gli operatori economici «sono tenuti al pagamento della contribuzione quale condizione di ammissibilità alla

procedura di selezione del contraente utilizzando il portale dei pagamenti messo a disposizione dall'Autorità. Essi sono tenuti a dimostrare, al momento della presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente ai sensi dell'art. 1, comma 67, della legge 266/2005».

L'art. 12 del disciplinare di gara risulta, quindi, conforme con quanto previsto nel Bando-tipo ANAC n. 1/2017, il cui art. 12 prevede che «*I concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità nazionale anticorruzione, per un importo pari ad €[in cifre e in lettere] secondo le modalità di cui alla deliberazione dell'A.N.AC. del [es., n. 1377 del 21 dicembre 2016 o successiva delibera pubblicata sul sito dell'ANAC nella sezione "contributi in sede di gara"] e allegano la ricevuta ai documenti di gara.... In caso di mancata presentazione della ricevuta la stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCPass/Banca dati nazionale operatori economici. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara [in caso di suddivisione in lotti distinti e indipendenti aggiungere: in relazione al lotto per il quale non è stato versato il contributo], ai sensi dell'art. 1, comma 67 della l. 266/2005».*

Tuttavia il combinato disposto dell'art. 12 del disciplinare di gara con l'art. 3, comma 2, della delibera ANAC dal primo richiamata - pur essendo conforme al Bando-tipo ANAC n. 1/17 - alla luce dell'orientamento giurisprudenziale innanzi richiamato deve ritenersi illegittimo, perché pone una causa atipica di esclusione in violazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

Non occorre però disporre nel presente giudizio l'annullamento delle suddette disposizioni, perché trova applicazione il principio secondo il quale la nullità delle clausole escludenti atipiche (in quanto eccedenti il novero di quelle tassativamente ammesse ex art. 83, comma 8, del codice dei contratti) è tale per cui la clausola viziata «è da intendersi come 'non apposta' a tutti gli effetti di legge, quindi improduttiva di effetti e tamquam non esset, sicché non sussiste alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione» (Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175).

Quindi, appurata la nullità *in parte qua* dell'art. 12 del disciplinare di gara, deve concludersi che l'avvenuto pagamento del contributo, effettuato dalla società ricorrente nei termini consentiti dal soccorso istruttorio, sia valso a sanare la violazione contestata e a regolarizzare la posizione della ricorrente medesima, la quale, dunque, dev'essere riammessa definitivamente alla procedura di gara.

In definitiva il ricorso dev'essere accolto nei limiti e per le ragioni sopra evidenziate, e, per l'effetto, devono essere annullati la deliberazione dell'Azienda ULSS 7 Pedemontana n. 1221 del 28 giugno 2024, con cui la società ricorrente è stata esclusa dalla gara, nonché il successivo provvedimento prot n. 63068 del 9 luglio 2024, recante il diniego di autotutela.

Tenuto conto del contrasto giurisprudenziale esistente in materia, già evidenziato nel decreto monocratico n. 380/2024, sussistono i presupposti per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e per le ragioni indicate in motivazione e, per l'effetto, annulla la deliberazione

dell'Azienda ULSS 7 Pedemontana n. 1221 del 28 giugno 2024, nella parte in cui la società ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara, nonché il successivo provvedimento di diniego di autotutela prot n. 63068 del 9 luglio 2024.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Polidori, Presidente

Paolo Nasini, Primo Referendario, Estensore

Massimo Zampicinini, Referendario

L'ESTENSORE

Paolo Nasini

IL PRESIDENTE

Carlo Polidori

IL SEGRETARIO