

[La stazione appaltante deve attivare il soccorso istruttorio nel caso di omesso pagamento del contributo](https://www.fareappalti.it/2024/02/21/la-stazione-appaltante-deve-attivare-il-soccorso-istruttorio-nel-caso-di-omesso-pagamento-del-contributo-anac/)

DA: <https://www.fareappalti.it/2024/02/21/la-stazione-appaltante-deve-attivare-il-soccorso-istruttorio-nel-caso-di-omesso-pagamento-del-contributo-anac/>

Massima Sentenza

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 n.d.r. – 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)”. Ha quindi espressamente avallato la ricostruzione interpretativa di cui alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1175/2023 che ritiene regolarizzabile attraverso il soccorso istruttorio l’omesso pagamento del contributo di cui trattasi. 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 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...”

[TAR Lazio Roma, Sez. III Quater, 19.02.2024, n. 3340](#)

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.

“...L’art. 12 del Disciplinare di gara, relativo al “Pagamento del contributo a favore dell’ANAC” prevede che 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. L’importo del contributo è indicato nell’Allegato 1A “Dettaglio della fornitura” colonna “Importo contributo ANAC”. In caso di mancata presentazione della ricevuta la stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCPass. 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, ai sensi dell’art. 1, comma 67, della Legge n. 266/2005”.

Dirimente ai fini della risoluzione della presente controversia risulta essere l’interpretazione che si intende dare alle predette disposizioni.

La giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi più volte su questioni identiche, con decisioni tuttavia contrastanti.

Secondo un primo orientamento, il mancato pagamento del contributo Anac entro il termine per la presentazione delle offerte implica l'esclusione del concorrente, non passibile di sanatoria mediante soccorso: ciò in quanto "come è noto, il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una 'condizione di ammissibilità dell'offerta' e la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge", e cioè dall'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005 (Cons. Stato, III, 12 marzo 2018, n. 1572; nello stesso senso, Id., V, 30 gennaio 2020, n. 746; IV, 23 aprile 2021, n. 3288; da ultimo, Id., IV, 25 luglio 2023, n. 7252).

Secondo altro orientamento, invece, il tardivo pagamento del contributo non inficerebbe ex se l'ammissibilità dell'offerta, atteso che si tratterebbe di un elemento "sanabile con il soccorso istruttorio in quanto estraneo al contenuto dell'offerta", tanto che una previsione della lex specialis di gara "che esclude[se] 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).

Vi sono poi alcuni precedenti che ammettono sì il soccorso istruttorio, ma nel diverso e specifico contesto (espressamente valorizzato) caratterizzato dall'assenza di pertinenti cause escludenti o previsioni dell'obbligo di contribuzione nell'ambito della lex specialis di gara (in tal senso, Cons. Stato, V, 19 aprile 2018, n. 2386; 7 settembre 2020, n. 5370).

Ritiene il Collegio di aderire alla tesi – più convincente anche perché più in linea con i principi dell'ordinamento giuridico comunitario – in forza della quale il versamento del contributo, pur condizionando l'offerta, può comunque essere tardivo ed è sanabile attraverso l'istituto del 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.

In particolare, si riporta di seguito la recentissima sentenza del Consiglio di Stato n. 1175/2023 adottata in una controversia identica a quella oggi in esame:

"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".

9.4. 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.

9.6. 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).

9.7. Né vale eccepire che questo profilo di contrasto è stato eccepito dalla parte appellante solo nel presente grado di giudizio, così da incorrere nella preclusione dei nova ex art. 104, comma 1, c.p.a., in assenza di specifica ed espressa censura nel ricorso di primo grado.

9.8. La posizione in tal senso espressa da questa Sezione in fase cautelare va infatti rimeditata alla luce del principio per cui la nullità delle clausole escludenti atipiche (ovvero eccedenti il novero di quella tassativamente ammesse - v. il menzionato 83, comma 8, del codice dei contratti) è tale per cui la clausola in tal senso 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 (v. Cons. Stato, ad. plen., n. 22 del 2020).

9.9. Nel caso di specie il provvedimento di esclusione che ha fatto applicazione della clausola espulsiva è stato ritualmente impugnato nel ricorso introduttivo, unitamente alla corrispondente e sottostante previsione del disciplinare di gara (nella parte in cui non ha previsto alcuna sanatoria in ordine al mancato pagamento del contributo se non effettuato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte), il che avrebbe consentito al giudice di primo grado (e consente a questo giudice di appello) di deliberare d'ufficio il profilo di nullità della clausola presupposta.

9.10. Nessuna preclusione consegue, infine, al fatto che la nullità non sia stata rilevata al Tar: si tratta, infatti, di questione esaminabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, in quanto desumibile dal materiale processuale già acquisito agli atti di causa e dal quale la cognizione del giudice non può prescindere (Cass. civile, sez. III, n. 33030 del 2022 e sez. II, n. 6990 del 2022).

9.11. Appurata la nullità in parte qua dell'art. 11 del disciplinare, deve concludersi che l'avvenuto pagamento, nei termini consentiti dal soccorso istruttorio, sia valso a sanare la violazione contestata e a regolarizzare la posizione del concorrente, il quale, dunque, deve esser riammesso alla procedura di gara”.

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.

Non convince l'asserzione della difesa Anac secondo la quale *“la sanabilità del mancato pagamento attraverso il soccorso istruttorio potrebbe ingenerare il rischio di una facile elusione dell'obbligo di pagamento del contributo di cui all'art. 1, comma 67, della legge n. 266/2005 (condizione di ammissibilità dell'offerta), in quanto alcuni operatori economici potrebbero evitare il pagamento ed effettuarlo solo se e quando risultati aggiudicatari, danneggiando evidentemente l'ANAC”*.

Invero, il rischio paventato dall'Authority potrebbe essere ovviato chiedendo ai concorrenti di depositare con la documentazione di gara anche la ricevuta di pagamento e verificando l'effettivo versamento.

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 n.d.r. - 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)”*.

Ha quindi espressamente avallato la ricostruzione interpretativa di cui alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1175/2023 che ritiene regolarizzabile attraverso il soccorso istruttorio l'omesso pagamento del contributo di cui trattasi.

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 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...”