



APPROFONDIMENTO: IL VERSAMENTO TARDIVO DEL CONTRIBUTO ANAC

Con **sentenza n. 16458 del 19 settembre 2024**, il Tar Lazio si è espresso in merito alla possibilità di ammettere il versamento tardivo del contributo ANAC e all'eventuale sanabilità di tale tardività attraverso l'istituto del soccorso istruttorio.

Nello specifico, il ricorso riguarda l'annullamento di un provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione appaltante in attuazione dell'articolo 90, co. 1 lettera d), del d.lgs. n. 36/2023 in ragione del tardivo pagamento di tale contributo, prescritto a pena di esclusione dalla legge di gara.

Innanzitutto, il Collegio osserva 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 inammissibilità dell'offerta", senza, tuttavia, conferire esplicitamente alla tempistica del pagamento un peso determinante.

Nel caso de quo, il paragrafo 10 del Disciplinare di gara prevedeva che "i concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione secondo l'importo e le modalità di cui alla delibera ANAC n. 606 del 19/12/2023. ... La Consip accerta il pagamento del contributo mediante consultazione del FVOE ai fini dell'ammissione alla gara. Qualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la Consip richiede, mediante soccorso istruttorio la presentazione della ricevuta di avvenuto pagamento. L'operatore economico, che non adempia alla richiesta nel termine stabilito dalla Consip o nel caso in cui il pagamento risulti effettuato dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, è escluso dalla procedura di gara per inammissibilità dell'offerta".



STUDIO AMICA

Pertanto, la tardività del pagamento viene equiparata quanto all'effetto escludente all'omesso pagamento.

In merito alla legittimità di siffatta clausola di esclusione alla luce del dato normativo, la giurisprudenza amministrativa si è più volte espressa giungendo a decisioni in contrasto tra loro.

Orbene, il Tribunale ha aderito ad un orientamento della giurisprudenza in linea coi principi del diritto comunitario ed in coerenza con l'impostazione del nuovo Codice degli appalti.

In particolare, ha chiarito che il versamento del contributo ANAC può comunque essere tardivo ed è sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, in quanto, pur condizionando l'offerta, resta un "*elemento estraneo al contenuto dell'offerta*", non essendo idoneo a falsare il principio di massima partecipazione alle procedure di gara.

Dunque, costituendo un elemento "*sanabile con il soccorso istruttorio in quanto estraneo al contenuto dell'offerta*", il tardivo pagamento non inficerebbe *ex se* l'ammissibilità dell'offerta.

Difatti, una previsione della *lex specialis* di gara "che esclude[sse] 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).

Occorre considerare che la disposizione contenuta nel paragrafo 10 del disciplinare della gara di cui sopra 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. Altresì è necessario rilevare che il campo precettivo di siffatta clausola è più limitante e rigoroso di quello dell'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, in quanto l'effetto espulsivo previsto dalla legge di gara consegue anche al solo tardivo pagamento del contributo oltre che (pacificamente) al suo mancato pagamento.



STUDIO AMICA

Tale rigida previsione, escludendo la rilevanza anche del soccorso istruttorio e conferendo alla tempistica del pagamento un peso determinante, rivela 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 Codice.

La lettera 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. 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). Peraltro, la stessa ANAC nella Relazione AIR al bando tipo n. 1 – 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)*".

3

Ancora, l'ANAC, 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*".

In conformità con quanto stabilito dall'Autorità, il Tar ha precisato, dunque, che il mancato pagamento del contributo è sanabile mediante soccorso istruttorio e che l'inammissibilità dell'offerta consegue al mancato versamento dello stesso nei termini indicati nel soccorso istruttorio dalla Stazione appaltante. La tempestiva verifica del pagamento mediante FVOE da parte delle Stazioni appaltanti e la conseguente attivazione del soccorso istruttorio sono suscettibili di scongiurare i paventati comportamenti opportunistici degli operatori economici.



STUDIO AMICA

Da qui la dichiarazione di nullità della clausola del disciplinare di gara nella parte in cui configura come fattispecie escludente anche il tardivo pagamento del contributo ANAC rispetto alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, pur se avvenuto nel termine concesso a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, con riammissione del concorrente alla gara.

A cura della Redazione di TuttoGare PA del 27/09/2024