



DELIBERA N. 277

05 giugno 2024

Oggetto Istanza presentata dalla F.Ili La Spada di Guccione s.a.s. - Procedura per l'affidamento degli interventi di manutenzione straordinaria e rifunzionalizzazione del corso d'acqua denominato Riofavara a Cava d'Ispica nel territorio comunale di Ispica. Importo a base di gara euro: 280.266,65. – CIG A041F24B96. S.A.: Comune Ispica.

UPREC-PRE- 0113-2024

Riferimenti normativi

Art. 1, comma 67, L. 266/2005

Art. 101, d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Contributo ANAC – Omesso pagamento - Esclusione

Massima

Appalto pubblico – In genere – Contributo ANAC – Omesso Pagamento – Soccorso istruttorio- Limiti

In relazione al contributo a favore dell'ANAC, il soccorso istruttorio può essere utilizzato solo per comprovare l'avvenuto pagamento entro la scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta e non già per effettuare tardivamente il versamento dovuto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 5 giugno 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 46200 del 15.05.2024 presentata dalla F.Ili La Spada di Guccione s.a.s. relativamente alla procedura per l'affidamento degli interventi di manutenzione straordinaria e rifunzionalizzazione del corso d'acqua denominato Riofavara a Cava d'Ispica nel territorio comunale di Ispica; VISTA, in particolare, la censura mossa dall'operatore istante circa la presunta illegittima aggiudicazione disposta in favore di altro concorrente al quale, in sede di soccorso istruttorio è stata consentita la dimostrazione del pagamento del contributo di gara all'Anac, seppur tardiva.

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 19.04.2024;

VISTE le memorie rese dalla impresa aggiudicataria Construction & Consolidations S.r.l. con le quali la stessa eccepisce in via preliminare la tardività dell'istanza di parere formulata dalla società istante rispetto al provvedimento di aggiudicazione giusta determina n. 466 del 9 aprile 2024. Altresì, rappresenta come la RDO



pervenuta non contempra tra gli obblighi da assolvere, viepiù a pena d'esclusione, il versamento del contributo ANAC. Infatti, evidenzia come ai concorrenti sia stata messa a disposizione la sola: dichiarazione di offerta economica e la dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale;

VISTE le controdeduzioni inoltrate dalla società istante con le quali essa evidenzia, in ordine alla eccepita tardività dell'istanza di precontenzioso, come il provvedimento con il quale il Comune di Ispica abbia deciso di confermare l'aggiudicazione in favore della Construction & Consolidation S.r.l. pur avendo pagato il contributo ANAC soltanto successivamente alla richiesta di soccorso istruttorio attivato, sia un provvedimento di conferma della precedente aggiudicazione e come tale autonomamente impugnabile. Sostiene parte istante che con determina n. 466 del 9 aprile 2024, il Comune di Ispica abbia, infatti, confermato, a seguito di nuova istruttoria, l'aggiudicazione definitiva nei confronti della CONSTRUCTION & CONSOLIDATIONS S.r.l.. Ed infatti, soltanto a seguito di istanza di accesso del 10 gennaio 2024, l'impresa istante si è resa conto che la gara era stata aggiudicata all'impresa CONSTRUCTION & CONSOLIDATIONS S.r.l., con provvedimento del 29 gennaio 2024, nonostante la stessa non avesse provveduto a pagare il contributo ANAC e ne ha, pertanto, chiesto l'esclusione. L'amministrazione, con nota prot. n. 5981 del 26 febbraio 2024, ha riaperto la gara, superando il provvedimento di aggiudicazione del 29 gennaio 2024, richiedendo, quindi, all'aggiudicataria documentazione integrativa, a dimostrazione dell'avvenuto pagamento.

PRESO ATTO che la Stazione appaltante non ha partecipato al contraddittorio, non avendo presentato nei termini prescritti alcuna memoria di controdeduzione o prodotto alcuna documentazione relativa alla gara in contestazione e che quindi il presente parere è espresso sulla base dell'esposizione dei fatti e della documentazione prodotta dall'odierno istante e dalla società controinteressata;

CONSIDERATO preliminarmente che l'istanza in questione è stata ritenuta ammissibile in quanto, dalla documentazione prodotta e da quanto ricostruito dall'operatore F.lli Spada di Guccione s.a.s., l'aggiudicazione definitiva risulta avvenuta in data 9 aprile 2024 come da determina n. 466 del Comune di Ispica;

RILEVATO che l'obbligo di versamento del contributo ANAC trae fondamento dall'art. 1, comma 67, della L. 266/2005, ai sensi del quale "L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, 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";

CONSIDERATO che, in merito alle conseguenze dell'omesso versamento del contributo di gara entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, si registra un contrasto giurisprudenziale. Secondo un primo orientamento, il mancato pagamento del contributo ANAC comporta l'esclusione del concorrente dalla gara, venendo in rilievo una causa di esclusione prevista in via diretta dalla legge. È stato osservato, infatti, che "il contributo ANAC è la risorsa sulla quale l'autorità deve poter contare, come per legge, per la "copertura dei costi relativi al proprio funzionamento", e quindi nella sostanza per continuare ad esistere e ad operare. Del tutto ragionevole, quindi, è ritenere che la legge abbia previsto l'inammissibilità dell'offerta presentata senza pagare il contributo per sanzionare non il semplice mancato pagamento, ma il mancato pagamento tempestivo, dato che per coprire i costi gli incassi devono seguirli con regolarità. La clausola del bando che rende esplicita questa conclusione deve quindi ritenersi legittima. Ciò posto, all'ammissibilità del soccorso istruttorio ostano due argomentazioni, l'una letterale e l'altra logica: sotto il profilo letterale, ai sensi dell'art. 83 comma 9 d.lgs. 50/2016, il soccorso istruttorio è dato per le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda" e formale non si potrebbe definire il mancato versamento di una risorsa del tipo descritto; sotto il profilo logico, ammettere nel caso in esame il soccorso istruttorio significherebbe in potenza costringere le stazioni appaltanti ad un'attività di accertamento e di recupero del dovuto molto onerosa ed incerta nei tempi e negli esiti, che come tale metterebbe a rischio la copertura dei costi dell'ANAC che invece si intende garantire" (Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2023 n. 2752 e giurisprudenza ivi richiamata);



CONSIDERATO che, per un diverso orientamento, 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. Secondo tale indirizzo, la clausola del disciplinare di gara che sanziona con l'esclusione anche il tardivo pagamento e non solo l'omesso pagamento del contributo ANAC si porrebbe in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016 non trovando alcuna corrispondenza nel disposto normativo di cui al citato art. 1, comma 67, della legge 266/2005;

RILEVATO che l'Autorità, sia nel bando tipo n. 1/2021 sia in diversi pareri, ha aderito al primo dei citati orientamenti giurisprudenziali, ritenendo ammissibile il soccorso istruttorio solo per dimostrare l'avvenuto pagamento del contributo di gara entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte e non già per effettuare tardivamente il pagamento dovuto (delibera n. 212/2022; delibera n.765/2021; delibera n. 151/2023).

RILEVATO inoltre quanto l'Autorità ha avuto modo di precisare, nella FAQ 1.2 relativa al nuovo bando tipo n. 1/2023 in tema di conseguenze dell'omesso pagamento del contributo di gara, che: *"Qualora il pagamento non risulti dal sistema, la stazione appaltante può richiedere, mediante soccorso istruttorio, la regolarizzazione tramite inserimento nel FVOE della ricevuta di avvenuto pagamento avente data anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte. In caso di inottemperanza alla richiesta nel termine stabilito dalla stazione appaltante o di inserimento di ricevuta recante data successiva al termine per la presentazione delle offerte, l'offerta è dichiarata inammissibile. Relativamente al contributo ANAC il soccorso istruttorio può infatti essere utilizzato per integrare la domanda con la produzione di atti o documenti attestanti fatti già avvenuti al momento della scadenza per la sua presentazione, risultando altrimenti non rispettata la scadenza medesima."*;

CONSIDERATO quanto di recente ribadito sul punto dall'Autorità, nei termini sopra esposti, nella delibera n. 449 del 3 ottobre 2023 nonché nel parere n. 30 del 17 gennaio 2024,

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione che, l'operato della stazione appaltante non sia conforme e coerente con il quadro normativo di riferimento in quanto, in sede di soccorso istruttorio, è stato accettato il pagamento tardivo del contributo Anac. Pertanto, la stazione appaltante dovrà procedere mediante revoca dell'aggiudicazione disposta in favore dell'operatore CONSTRUCTION & CONSOLIDATIONS S.r.l.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 giugno 2024

Il Segretario Valentina Angelucci