

**Consiglio di stato, sezione V, sentenza n. 746 del 30 gennaio 2020**

*Contributo ANAC – Appalto di servizi – Omesso pagamento – Esclusione – Legittimità – No soccorso istruttorio*

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7239 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

"....., in proprio e quale mandataria della costituenda Ati con ..... società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - provveditorato interregionale opere pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata - sede di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

Comune ....., non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 4258 del 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;  
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - provveditorato interregionale opere pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata - sede di Napoli;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati ..... su delega di Tozzi, e l'avvocato dello Stato .....;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

..... ha impugnato davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Campania il provvedimento del provveditorato interregionale alle opere pubbliche di Campania, Molise, Puglia e Basilicata - sede di Napoli, di esclusione dell'Ati costituenda dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nel comune .....

Con sentenza n. 4258 del 2019 il Tribunale amministrativo regionale per la Campania ha respinto il ricorso.

La decisione è stata appellata da ..... per i seguenti motivi di diritto:

*I) error in iudicando*; violazione e falsa applicazione di legge (art. 83, comma 8 e 9, d.lgs. n. 50 del 2016, art. 67 l. n. 266 del 2005, art. 97 Cost.); difetto ovvero carenza di istruttoria; illogicità ovvero irragionevolezza manifesta; difetto di motivazione;

*II) error in iudicando* per omessa pronuncia.

L'appellante ha, altresì, formulato un'istanza istruttoria.

Con motivi aggiunti la cooperativa ha dedotto:

*I) error in iudicando*; violazione e falsa applicazione di legge (art. 83, comma 8 e 9, d.lgs. n. 50 del 2016, art. 67 l. n. 266 del 2005, art. 97 Cost.); difetto ovvero carenza di istruttoria; illogicità ovvero irragionevolezza manifesta; difetto di motivazione.

Si è costituito in giudizio per resistere all'appello il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - provveditorato interregionale opere pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata - sede di Napoli.

All'udienza pubblica del 16 gennaio 2020 l'appello è stato trattenuto in decisione.

### DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da ..... e da ....., nella loro qualità rispettivamente di mandataria e mandante di Ati costituenda, contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 4258 del 2019, che ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento dell'esclusione dell'Ati dalla gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nel comune .....

Deve innanzitutto precisarsi che il provvedimento di esclusione è stato adottato dalla stazione appaltante solo in considerazione della violazione da parte dell'appellante dell'art. 12 del disciplinare di gara, ove richiede a pena di esclusione di effettuare il pagamento del contributo ANAC previsto dall'art. 67 della legge n. 266 del 2005 [*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)*] prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte e di fornirne idonea dimostrazione.

Non rilevano, dunque, le ulteriori censure dedotte dall'appellante in primo grado, la cui eventuale fondatezza non avrebbe comunque fatto venir meno l'autonoma causa di esclusione di ..... dalla gara.

Essendo tali censure irrilevanti al fine della decisione, bene il giudice di primo grado ne ha omesso l'esame, dichiarandole inammissibili. Ne risulta l'infondatezza del secondo motivo di appello, concernente l'assunto *error in iudicando* per omessa pronuncia sulle stesse.

Con la prima censura, l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza per aver respinto il primo motivo di ricorso che censurava l'illegittimità dell'esclusione, in quanto l'Ati avrebbe correttamente provveduto ad effettuare il pagamento del contributo ANAC di cui all'art. 12 del disciplinare di gara nonostante non fosse stata inserita, all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa, la ricevuta di pagamento, perché smarrita.

Detta disposizione della *lex specialis* stabilisce, comunque: “*In caso di mancata presentazione della ricevuta la Stazione appaltante accerta il pagamento mediante consultazione del sistema AVCpass*”.

Con nota prot. n. 34486 del 12 dicembre 2018 la SUA ha, però, comunicato alla società ricorrente che la verifica del pagamento mediante consultazione del sistema AVCpass, prevista dalla *lex specialis*, era impossibile in quanto l'Ati ..... / ..... non risulta iscritta al sistema AVCPASS.

Tale conclusione, per l'appellante, sarebbe erronea in quanto la SUA sarebbe probabilmente incorsa nell'errore di ricercare nel sistema AVCPASS un operatore economico con denominazione “Ati ..... scs / ..... scs” che non poteva in nessun modo ivi risultare in quanto trattasi, in primo luogo, di mera Ati costituenda e non già un'Ati costituita, mentre avrebbe dovuto effettuare la detta verifica di cui all'art. 12 del disciplinare utilizzando le “coordinate” della capogruppo ..... cooperativa sociale, P.I. 04196310611. Peraltro, anche se fosse stato già costituito il vincolo associativo, il contributo di gara sarebbe stato assolto, come da prassi, dalla mandataria capogruppo.

Parte appellante lamenta, altresì, che l'obbligo, a pena di esclusione, in relazione al “preventivo” pagamento del contributo ANAC sarebbe previsto unicamente in relazione alle procedure di gara riguardanti i lavori pubblici e non già per quelle relative all'affidamento di servizi pubblici; peraltro, trattandosi di norma che stabilisce oneri a pena esclusione, l'art. 67 della l. n. 266 del 2005 dovrebbe essere

interpretato in maniera restrittiva e secondo il canone del *favor participationis*. Ne discenderebbe la nullità della clausola del disciplinare di gara nella parte in cui stabilisce a pena di esclusione il pagamento del contributo ANAC per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

L'appellante lamenta, inoltre, il mancato esperimento del soccorso istruttorio, in quanto detto contributo costituirebbe elemento formale e non essenziale della domanda, che avrebbe dovuto e potuto essere integrata.

Con i motivi aggiunti l'appellante ribadisce le due censure da ultimo dedotte, chiedendo, con riferimento a tale profilo, l'eventuale rimessione della controversia all'esame dell'Adunanza plenaria.

Il motivo è infondato.

Il disciplinare di gara, all'art. 12 - *Pagamento del contributo a favore dell'ANAC* – prevedeva 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 a € 70,00 secondo le modalità di cui alla delibera ANAC n. 1377 del 21 dicembre 2016 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 43 del 21 febbraio 2017 (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.*

*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 il concorrente sarà escluso dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 1, comma 67 della l. 266/2005”.*

La sentenza appellata, richiamando il maggioritario orientamento della giurisprudenza, ha ritenuto che un tale onere è condizione di ammissibilità dell'offerta, come confermato, oltre che dall'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del

2005, altresì dall'art. 3, comma 2, delle delibere ANAC n. 1377 del 21 dicembre 2016 e n. 1300 del 20 dicembre 2017.

L'assunto è da condividere.

Per la prevalente giurisprudenza, in caso di omesso pagamento del contributo ANAC trova applicazione per tutti gli appalti pubblici il principio per cui tale omissione non può essere *“sanata dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte poiché, 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”* (Cons. Stato, III, 12 marzo 2018, n. 1572).

In base alla formulazione dell'art. 12 del Bando tipo n. 1 del 2017 adottato dall'ANAC ai sensi dell'art. 213 del Codice dei contratti pubblici (*Schema di disciplinare di gara per procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*), le condizioni di partecipazione che incidono sulla validità dell'offerta (tra le quali viene richiamato il pagamento del contributo in favore dell'Autorità) devono accompagnare l'offerta sin dalla presentazione; e la mancata allegazione dei relativi documenti è sanabile solo se l'operatore economico dimostri che l'adempimento ha data certa anteriore alla scadenza dell'offerta ovvero che le condizioni formalizzate poi in un documento sussistevano al momento della presentazione dell'offerta.

Inoltre, l'obbligo di versamento del contributo ANAC è dalla legge qualificato come *“condizione di ammissibilità dell’offerta nell’ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche”* (art. 1, comma 67, legge n. 266 del 2005): disposizione che l'ANAC ha inteso nel senso che i concorrenti *“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 n. 266/2005*" (art. 3, comma 2, deliberazione ANAC del 21 dicembre 2016, n. 1337).

Peraltro, nella fattispecie in questione pure la *lex specialis* di gara, aderendo alle disposizioni succitate, prescriveva tale adempimento a pena di esclusione.

La clausola non è illegittima.

Invero, l'obbligo del pagamento del contributo è stato originariamente previsto come "*condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche*" dall'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005, quando la sfera di attribuzioni dell'Autorità di vigilanza, istituita con l'art. 4 della legge n. 109 del 1994 (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*), era limitata al settore delle opere pubbliche ("Autorità di vigilanza sui lavori pubblici").

Solo con l'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*) la competenza dell'Autorità è stata estesa a tutti i contratti pubblici ("Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture"), e il legislatore, con gli artt. 6, comma 7, e 8, comma 12, del suddetto d.lgs., nel richiamare espressamente l'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005, ha inteso estendere implicitamente l'applicazione dell'obbligo di pagamento del contributo per tutti i contratti pubblici. Tale obbligo è stato, infine, confermato dall'art. 213, comma 12, del vigente d.lgs. n. 50 del 2016 (*Codice dei contratti pubblici*), relativamente all'attuale Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), in cui, secondo le previsioni dell'art. 19 del d.-l. n. 90 del 2014, convertito nella legge n. 114 del 2014 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), sono confluiti i compiti e le funzioni della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In ogni caso, dalla documentazione versata in atti non risulta la prova di tale pagamento.

Invero, lo stesso non risulta dall'accertamento effettuato dalla stazione appaltante, come emerge dalla documentazione prodotta in primo grado, né tale prova è stata fornita nel corso del presente giudizio di appello, non avendo l'appellante provveduto a depositare la ricevuta di pagamento del contributo, né alcun altro documento idoneo a fornire la prova dell'avvenuto pagamento.

Per il principio di autoresponsabilità, che regola anche il processo amministrativo, le conseguenze dell'eventuale errore nell'omissione dalla produzione della prova del pagamento ricadono sulla parte che lo ha commesso. Nemmeno si può aderire all'istanza istruttoria dell'appellante al fine di fare accertare l'intervenuto pagamento del contributo, perché è suo onere fornire la prova a sostegno delle sue censure.

Il processo amministrativo sia regolato dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice: ma ciò vale quando i mezzi di prova risultino nella disponibilità esclusiva dell'amministrazione intimata, ma non quando, come nel caso di specie, la prova risulti nella piena disponibilità della parte che propone l'impugnazione, trovando applicazione, in quest'ultimo caso, il generale principio dell'onere della prova desumibile dalla regola generale dell'art. 2697 Cod. civ., secondo le cui prescrizioni chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Nella fattispecie in questione era onere dell'appellante fornire la prova delle proprie affermazioni e deduzioni in ordine all'intervenuta corresponsione del contributo ANAC, e tale prova non è stata fornita, conseguendone la legittimità del provvedimento di esclusione e l'infondatezza dell'appello.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto, unitamente ai motivi aggiunti e all'istanza istruttoria.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, unitamente ai motivi aggiunti e all'istanza istruttoria.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti dell'amministrazione appellata, che si liquidano in euro 7.000, oltre ad oneri di legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**IL SEGRETARIO**