

Pagamento tardivo tassa sulle gare – Illegittima l'esclusione – Prevale il principio di massima partecipazione – Sanatoria degli elementi formali ex art. 83 del Codice

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6292 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Vibrocementi L'Aquila S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

contro

Infn - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare - Laboratori Nazionali del Gran Sasso non costituito in giudizio;

Infn - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Gen.Le Dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Consorzio Nazionale Cooperative e Lavoro "Ciro Menotti" Soc. Coop. P.A. non costituito in giudizio;

Consorzio Nazionale Cooperative e Lavoro "Ciro Menotti", in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati,, con domicilio eletto presso lo studio in Roma,

per l'annullamento

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

ANNULLAMENTO DEI PROVVEDIMENTI INFN PROT. N. AOO_LNGS-2017-0001369 DEL 01/06/2017 E PROT. N. AOO_LNGS-2017-0001422 DEL 16/06/2017

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da VIBROCEMENTI L'AQUILA S.R.L. il 7\7\2017 :

PROVVEDIMENTO INFN PROT. N. AOO_DAC-2017-0000509 DEL 30/06/2017 CON ALLEGATO DELIBERA GIUNTA ESECUTIVA DEL 28/06/2017

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infn - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare e di Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione e di Consorzio Nazionale Cooperative e Lavoro "Ciro Menotti";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2017 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 120 cod. proc. amm.;

Considerato:

che con ordinanza cautelare la sezione aveva affermato come” Vista la giurisprudenza ante codice contratti pubblici secondo cui “Da tanto consegue che la dimostrazione del pagamento del contributo costituisce, ex se, requisito di partecipazione e la sua mancanza è causa di esclusione, indipendentemente se tale adempimento sia previsto, o meno, nel bando di gara: è noto, infatti, il principio secondo cui le disposizioni imperative, quale quella che impone detto versamento a titolo di onere per la stessa partecipazione ad una pubblica gara, costituiscono parte integrante, anche per quanto attiene alla loro cogenza, del bando di gara, attesa la totale assenza di discrezionalità dell'amministrazione in ordine alla applicabilità ed efficacia” (T.A.R. Lazio, sez. III, 8 gennaio 2015, n. 213)”;

ritenuto:

che tale arresto non sia più in linea con quanto emerge dalle decisioni della CGUE, la quale nella sentenza 2.6.2016C-27/15 ha affermato la possibilità di regolarizzazione mediante fissazione di un termine le quante volte una condizione di esclusione non espressamente menzionata nella lex specialis “possa essere identificata solo con interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale”;

che dunque l’invito a fornire l’attestazione dell’avvenuto pagamento, formulato in sede di gara dal RUP al rappresentante dell’impresa, vada qualificato come invito alla regolarizzazione de qua, a prescindere dal momento in cui essa sia effettuata;

che dunque la domanda cautelare vada accolta e per l’effetto sospesa l’efficacia del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione”;(così ord. 4107/2017)

che la questione discendeva dal provvedimento di revoca dell’aggiudicazione a favore della ricorrente per effetto del mancato pagamento del contributo ANAC ex art.1.67 L.n.266/2005, avvenuto solo a seguito di invito della S.A., ma certamente e inconfutabilmente una volta scaduti i termini per la presentazione dell’offerta;

che la ricorrente, oltre a censurare la determinazione per violazione dell’impalcato normativo costituente il c.d.soccorso istruttorio, solleva anche questione di

compatibilità della predetta norma con il nuovo assetto eurounitario discendente dalle direttive 23,24,e 25/2014, ovvero di costituzionalità, laddove la disposizione valida per gli appalti di lavori si intendesse estesa anche a servizi e forniture;

viste le memorie delle parti costituite;

ritenuto:

che per la legittima ammissione alla gara, il PassOE può essere prodotto pure in seguito (in particolare, in esito alla procedura del soccorso istruttorio), purchè il prerequisite fondamentale (cioè la registrazione presso i servizi informatici dell'Anac, AVCpass) sia stato perfezionato. In caso contrario, ossia di registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara, non si ravvisano margini per procedere al soccorso istruttorio, perché non si tratta più di rendere ex novo, ovvero di integrare o regolarizzare ex post, una dichiarazione, ma, viceversa, di adempiere tardivamente ad un obbligo di legge. (cfr. Tar Palermo, 15 gennaio 2016, n. 150.);

che a seguito dell'accesso al sistema con le credenziali ricevute dall'Autorità, l'operatore economico deve inserire, volta per volta, il Codice identificativo della gara (il C.I.G.) cui intende partecipare per poter generare il relativo PassOE, strumento necessario alle stazioni appaltanti per procedere alla verifica, tramite interfaccia web, dei menzionati requisiti e che, dunque, deve essere incluso nella documentazione amministrativa prodotta dal concorrente in uno con la domanda di partecipazione;

che dunque, mentre la registrazione ai servizi informatici dell'Anac è un atto unico, la generazione del PassOE deve essere ripetuta per ogni gara;

che nel rapporto sempre esistente in materia di contratti pubblici fra principio di massima partecipazione e di par condicio è ormai il primo a essere considerato prevalente, alla luce del disposto dell'art. 83 D.Lgs. n.50/2016 che consente sia sanata la mancanza essenziale di elementi formali – rectius: la mancanza di elementi

essenziali- , purchè non riguardino le offerte tecnica ed economica, ovvero non consentano l'individuazione del contenuto dell'offerta o del soggetto proponente, e ciò mediante apposita richiesta della stazione appaltante entro un termine perentorio, scaduto invano il quale l'offerta va esclusa;

che nel caso di specie la ditta ricorrente aveva presentato il Passoe e la resistente, verificato il mancato versamento, aveva richiesto copia dell'attestazione, senza alcuna altra precisazione, sicchè a ragione la ricorrente riteneva che ciò estendesse la possibilità di sanatoria non solo alla produzione di un versamento già effettuato, ma anche al versamento stesso, pur se tardivo;

che, in tale quadro, la ricordata statuizione secondo cui" una condizione di esclusione non espressamente menzionata nella lex specialis possa essere identificata solo con interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale" si attaglia al caso concreto, non richiedendo la lex specialis il suddetto versamento;

che difatti la norma richiamata secondo cui è condizione di ammissibilità dell'offerta l'obbligo di versamento non esclude l'interpretazione, eurounitariamente orientata, che il versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo violazione formale e di elemento essenziale;

che conseguentemente il ricorso deve essere accolto, con annullamento della disposta revoca;

he le spese, attesa la novità della questione, possono essere compensate;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la revoca in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente, Estensore

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO