Tar Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, sentenza n. 573 del 29 giugno 2021

Contributo Anac – Pagamento tardivo – Malfunzionamento piattaforma – Esclusione - Legittimità

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 287 del 2021, proposto da, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; non costituito in giudizio;

nei confronti

....., S.r.l., ciascuno in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della comunicazione di esclusione, prot. n. 31276/2021 del 30/04/2021, trasmessa alla ricorrente dalla, in relazione alla gara per “l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori, sulla base del progetto definitivo

relativo ai lavori di “Messa in sicurezza dell'area a rischio PAI”, Località Praca - Centro Abitato. C.I.G.: 8676078E0C”;

- per la dichiarazione di nullità delle clausole del bando e del disciplinare di gara che dovessero non consentire il soccorso istruttorio e/o ritenere tempestivo il versamento per le ipotesi di forza maggiore (ivi compresi i punti 1.1 e 2.1.6. del disciplinare, qualora non si dovesse ritenere superata, in caso di forza maggiore, l'esclusione del concorrente dalla procedura di gara);

- della nota del 21 aprile 2021, con la quale è stato circoscritto al “termine di scadenza del bando di gara”, il momento ultimo entro il quale la ricorrente avrebbe dovuto effettuare il pagamento del contributo ANAC;

- del provvedimento con cui è stato reso noto l'esito provvisorio della procedura aperta telematica del 19/04/2021 (seduta pubblica virtuale del 29/04/2021) con il quale è stata proposta l'aggiudicazione in favore di S.R.L – Ing.;

- della nota di riscontro prot. n. 34245 dell'11 maggio 2021 alla richiesta di riesame avanzata dalla ricorrente il 5 maggio 2021 ed eventuali ulteriori note che dovessero sopravvenire in replica all'ultima richiesta del 17 maggio 2021;

- dell'ammissione alla selezione della S.R.L – Ing. e la relativa aggiudicazione;

- dell'aggiudicazione definitiva, eventualmente sopravvenuta in corso di causa, del contratto, nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio, prodromico, concernente, connesso o consequenziale, anche non conosciuto e comunque lesivo degli interessi della ricorrente, di cui non si conoscono gli estremi e/o il contenuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 il dott. Antonino Scianna, con causa passata in decisione senza discussione orale, ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con legge 18 dicembre 2020 n. 176;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm.;

1. In data 26.03.2021, la bandiva la gara per *“l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori, sulla base del progetto definitivo relativo ai lavori di messa in sicurezza dell'area a rischio PAI”*, in località Praca del L'importo totale dell'appalto era di € 452.786,25 ed il criterio di aggiudicazione era quello del minor prezzo rispetto a quello posto a base di gara. Il termine di scadenza per la presentazione delle offerte veniva fissato alle ore 12.00 del 19 aprile 2021.

2. Avviata la procedura, la stazione appaltante con nota prot. 31276 del 30.04.2021 comunicava alla odierna ricorrente che la commissione in data 29.04.2021 ne aveva disposto l'esclusione dalla gara, in quanto *“la ricevuta prodotta a seguito di soccorso istruttorio, attesta il versamento del contributo ANAC in data successiva alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In assenza di comunicazioni disponibili sul sito ANAC attestanti il malfunzionamento della piattaforma, in considerazione della circostanza che tutti i concorrenti hanno correttamente eseguito il versamento del contributo entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, non può ritenersi correttamente eseguito il pagamento dopo il suddetto termine”*.

In sostanza, all'esito dell'esame da parte del seggio di gara della documentazione amministrativa prodotta, era emerso che la ricorrente non aveva proceduto al tempestivo versamento del contributo previsto a favore dell'ANAC dall'art. 1, commi 65 e 67 della Legge 266/2005.

Conseguentemente, in esecuzione delle disposizioni del bando (art. 10) e del disciplinare (punto 2.1.6), il seggio di gara ha richiesto all'impresa, in sede di soccorso istruttorio, di documentare il versamento del contributo in data antecedente alla

scadenza del termine di presentazione dell'offerta e, verificata l'intempestività del ridetto versamento, ne ha disposto l'esclusione.

La, in data 5 maggio 2021, avanzava istanza di riesame del provvedimento di esclusione, evidenziando di non aver potuto provvedere nei termini al pagamento del contributo ANAC a causa di un malfunzionamento del sito dell'Autorità, che avrebbe impedito il pagamento tempestivo del ridetto contributo. Tale istanza veniva però riscontrata negativamente dall'amministrazione intimata con nota prot. n. 34245 dell'11 maggio 2021. Nel frattempo con atto del 30.04.2021, veniva pubblicato l'esito provvisorio della procedura competitiva, che vedeva prima graduata la costruzioni SRL dell'ing. odierna controinteressata.

3. Contro il provvedimento di esclusione, per la dichiarazione di nullità delle clausole del bando e del disciplinare di gara che dovessero impedire il soccorso istruttorio e precludere la possibilità di considerare tempestivo il tardivo versamento del contributo ANAC in ipotesi di forza maggiore, e per l'annullamento degli altri atti indicati in epigrafe, è perciò insorta con il presente ricorso, notificato il 29 maggio 2021 e depositato il successivo 7 giugno 2021 la

La ricorrente, con un'unica ed articolata censura, deduce violazione di legge e dei principi costituzionali e comunitari in tema di buona amministrazione e del principio generale di legalità; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016 e della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per sviamento, illogicità, irrazionalità; violazione dei principi di proporzionalità, collaborazione e buona fede; violazione del giusto procedimento e dei principi del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. difetto di presupposto in fatto e diritto, manifesta illogicità ed inadeguatezza della motivazione.

3.1. Lamenta in sintesi la difesa della ricorrente, che il tardivo versamento del contributo ANAC sarebbe da attribuire ad un malfunzionamento del sito

dell'Autorità registrato la mattina del 19 aprile 2021, che le avrebbe impedito di effettuare il versamento medesimo entro le ore 12.

Il seggio di gara non avrebbe correttamente valutato la dichiarazione sostitutiva e la documentazione prodotta (in particolare lo screenshot della pagina del sito dell'autorità anticorruzione che riportava il codice di errore), al fine di giustificare l'impossibilità di adempiere tempestivamente al pagamento del contributo. A sostegno della tesi esposta la ricorrente produce relazione tecnica di parte, denunciando che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'attivazione del soccorso istruttorio, ritenendo tempestivo il versamento del contributo ANAC in ragione della situazione descritta ricondotta a causa di forza maggiore, ed in applicazione dei principi generali di buona fede, *favor participationis* ed interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale.

3. In data 14 giugno 2021 si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata che, con memoria del 16 giugno 2021, ha chiesto il rigetto del ricorso richiamando le disposizioni del bando e del disciplinare che obbligavano, a pena di esclusione, i partecipanti a provvedere entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte al versamento della contribuzione prevista dall'art. 1, commi 65 e 67 della Legge 266/2005, ed evidenziando come non vi siano prove della situazione di forza maggiore evidenziata dalla ricorrente.

4. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito della camera di consiglio del 9 giugno 2021, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020 n. 137, convertito con legge 18 dicembre 2020 n. 176, che consente tra l'altro la possibilità di definire del giudizio ai sensi dell'art. 60 cpa omissis ogni avviso, le cui disposizioni sono state prorogate sino al 31 luglio 2021 dall'articolo 6, comma 1, lettera e), del D.L. 1 aprile 2021, n. 44.

5. Ad avviso del Collegio le censure dedotte sono infondate.

È pacifico che la commissione di gara, non avendo rinvenuto agli atti il documento attestante il versamento del contributo per cui è causa ha attivato il soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83 comma 9 d.lgs. n. 50 del 2016, e che l'odierna ricorrente ha sì prodotto la prova dell'avvenuto versamento all'ANAC, che però è stato effettuato solo 21 aprile 2021, cioè due giorni dopo la scadenza del termine indicato come tassativo dalla legge di gara.

Come correttamente evidenziato dalla difesa della resistente amministrazione, l'art. 10 del bando prevedeva che *“É fatto obbligo ai concorrenti, a pena di esclusione, di provvedere al versamento della contribuzione prevista dall'art. 1, commi 65 e 67 della Legge 266/2005, da effettuarsi secondo le modalità previste dalla Delibera dell'Autorità del 18/12/2019 n. 1197.”* Mentre il punto 2.1.16 del disciplinare (erroneamente indicato come 2.1.6, in ogni caso la previsione è alla pagina 17 dell'allegato 003:2 del deposito originale) precisava che *“L'omessa 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”*.

Questo Collegio, in linea con l'insegnamento della prevalente giurisprudenza, ha già evidenziato (sentenze nn. 543 e 544 del 15 settembre 2020) che *“fatte salve le ipotesi in cui la lex specialis preveda una espressa comminatoria di esclusione, l'omesso versamento del contributo Anac non comporta in linea di principio l'estromissione dalla gara; b) ciò anche in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (cfr. sentenza 2 giugno 2016, C 27/15-sentenza “Pippo Rizzo”) nella parte in cui è stato affermato “che i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara”; c) di conseguenza, in presenza di una siffatta omissione ben dovrebbe innescarsi il meccanismo del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016, trattandosi di adempimento (si ripete: versamento contributo ANAC) sicuramente estraneo*

all'alveo dell'offerta economica e di quella tecnica: di qui la possibile regolarizzazione della connessa posizione da parte dell'impresa partecipante”,(in termini Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386).

Alla luce di tali coordinate interpretative, la circostanza che nelle leggi di gara fosse prevista la sanzione espulsiva in relazione alla violazione dell'obbligo di effettuare il versamento del contributo ANAC, e fosse anche circoscritta la possibilità di effettuare il pagamento entro il termine per la presentazione delle offerte, rende non censurabile l'operato della commissione di gara che una volta riscontrato, all'esito del soccorso istruttorio, che la criticità ascritta alla concorrente non si sostanziava in una mera carenza di produzione documentale, quanto piuttosto nell'inosservanza di un termine perentorio per l'incombente *de quo*, ha correttamente ritenuto non adempiuta la prescrizione di gara ed applicato la sanzione prevista.

6. Quanto alla dedotta causa di forza maggiore che avrebbe impedito alla ricorrente di effettuare il versamento nei termini previsti, appare tranciante la considerazione che unitamente al pagamento on line, il disciplinare di gara prevedeva al punto 2.1.16 (come detto erroneamente indicato come 2.1.6), la possibilità di effettuare il pagamento mediante avviso, *“utilizzando le infrastrutture messe a disposizione da un Prestatore dei Servizi di Pagamento (PSP) abilitato a pagoPA (sportelli ATM, applicazioni di home banking – servizio CBILL e di mobile payment, punti della rete di vendita dei generi di monopolio – tabaccai, SISAL e Lottomatica, casse predisposte presso la Grande Distribuzione Organizzata, ecc.)”*.

Ma anche a non voler tenere conto di questo, come detto, tranciante rilievo, osserva il Collegio che, a tutto concedere, da quanto dedotto dal ricorrente sarebbe provato un malfunzionamento del sito dell'ANAC alle ore 9.30 del 19 aprile 2021, o sino alle ore 9.30 del 19 aprile 2021, però nessun altro tentativo di pagamento è documentato da quel momento e sino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte che, come già evidenziato, era fissato per le ore 12.00 di quello stesso 19 aprile.

In sostanza parte ricorrente non ha offerto alla valutazione del Collegio né prove di ulteriori tentativi di pagamento online effettuati tra le ore 9.31 e le ore 12.00 del 19 aprile 2021, né attestazioni relative a malfunzionamenti del sito dell'ANAC nella giornata in questione, idonee a corroborare la prospettata causa di forza maggiore impeditiva del pagamento, né tantomeno la prova di aver tentato di pagare il contributo tramite un prestatore di servizi di pagamento abilitato a pagoPA.

Per altro, va osservato anche che il ridetto versamento fu effettuato dalla ricorrente ben due giorni dopo la scadenza del termine previsto, e solo dopo l'attivazione del soccorso istruttorio da parte della resistente amministrazione.

Risulta dalla documentazione in atti, che la richiesta di produrre la ricevuta di avvenuto pagamento del contributo ANAC venne infatti inviata dalla commissione di gara alla ricorrente alle ore 9.48 del 21 aprile 2021 (allegato 018:14 del deposito originale della ricorrente), e che il versamento venne effettuato alle ore 19.22 dello stesso giorno (allegato 006:5 del deposito originale della ricorrente).

7. In conclusione in ragione di quanto esposto, il ricorso deve essere respinto perché infondato.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in favore della resistente amministrazione nella misura indicata in dispositivo, mentre la mancata costituzione in giudizio dei controinteressati esonera il Collegio da ogni statuizione relativa alle spese di lite nei loro confronti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento, in favore della, delle spese di lite che liquida nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre oneri di legge.

Nulla per le spese nei confronti dei controinteressati che non si sono costituiti in giudizio.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021, tenutasi in videoconferenza con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams", con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO