Pubblicato il 19/04/2018

N. 02386/2018REG.PROV.COLL.

N. 09050/2017 REG.RIC.

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 9050 del 2017, proposto da ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione, INFN - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi 12;

contro

Vibrocementi L'Aquila s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierluigi Giammaria, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Flaminia 135; Consorzio Nazionale cooperative e lavoro Ciro Menotti s.coop.p.a., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione terza, n. 11031/2017, resa tra le parti, concernente la procedura negoziata per

l'affidamento in appalto dei lavori di realizzazione della schermatura in cemento armato per un acceleratore elettrostatico da realizzare all'interno della sala B dei laboratori del Gran Sasso dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della Vibrocementi L'Aquila s.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Fiduccia e Giammaria per l'appellata;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione e l'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare propongono appello contro la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, in epigrafe, con cui è stato accolto il ricorso della Vibrocementi L'Aquila s.r.l., integrato da motivi aggiunti, per l'annullamento della revoca dell'aggiudicazione in favore di quest'ultima della procedura negoziata per l'affidamento in appalto dei lavori di realizzazione della schermatura in cemento armato per un acceleratore elettrostatico da realizzare all'interno della sala B dei laboratori del Gran Sasso dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (di cui alla lettera di invito del 10 marzo 2017, prot. n. 622).
2. La revoca (deliberata dalla giunta esecutiva dell'ente, con atto di prot. n. 11397 del 28 giugno 2017) era disposta a causa del tardivo pagamento – «*in data successiva a quella di scadenza delle offerte*» - del contributo ex art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 [*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello*

Stato (legge finanziaria 2006)] a favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ed era motivata sul presupposto che tale obbligo pecuniario di legge costituisce una «*condizione di ammissibilità dell'offerta*», come prevede la norma di legge ora citata.

3. Tuttavia, con la sentenza qui appellata il Tribunale amministrativo adito ha ritenuto illegittimo il provvedimento di revoca, sulla base dei seguenti passaggi argomentativi:

- ai fini della partecipazione alla gara è necessario che l'operatore economico sia registrato presso la piattaforma informatica AVCpass dell'Autorità nazionale anticorruzione, mentre l'attestazione sul possesso dei requisiti per la singola procedura di affidamento e di pagamento del contributo, PassOE, «*può essere prodotto pure in seguito (in particolare, in esito alla procedura del soccorso istruttorio)*»;
- verificato il mancato versamento del contributo l'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare si era limitato a chiedere alla società ricorrente copia dell'attestazione in questione «*senza alcuna altra precisazione*», dacché doveva evincersi il ragionevole affidamento di quest'ultima circa «*la possibilità di sanatoria non solo alla produzione di un versamento già effettuato, ma anche al versamento stesso, pur se tardivo*»;
- la lettera di invito non prevedeva il versamento del contributo quale condizione di partecipazione alla procedura di affidamento, per cui sarebbero applicabili i principi enunciati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 2 giugno 2016, C-27/15 (*Pippo Pizzo*), secondo cui è contraria ai principi euro-unitari di certezza, trasparenza e parità di trattamento tra gli operatori economici una causa di esclusione da procedure di gara «*non espressamente menzionata nella lex specialis*», ma ricavata sulla base di una «*interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale*»;
- pertanto, anche in considerazione del *favor partecipationis* cui è ispirata la norma sul potere di soccorso istruttorio del nuovo codice del codice dei contratti pubblici (art. 83, comma 9, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) la previsione del citato art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, secondo cui il versamento del contributo all'Autorità

di settore costituisce «*condizione di ammissibilità dell'offerta*», consente nondimeno un «*interpretazione, eurounitariamente orientata*» in base alla quale tale adempimento «*possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo violazione formale e di elemento essenziale*», sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio previsto dalla citata disposizione di legge nazionale.

4. Nel loro appello l'Autorità nazionale anticorruzione e l'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare contestano il percorso motivazionale che ha condotto il giudice di primo grado ad accogliere il ricorso della Vibrocementi L'Aquila.

5. Resiste all'appello l'originaria ricorrente.

DIRITTO

1. Nel loro appello collettivo l'Autorità nazionale anticorruzione e l'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare criticano innanzitutto l'assimilazione tra l'obbligo di versamento del contributo a favore della prima, da un lato, alla generazione dall'altro lato dalla piattaforma AVCpass dell'attestazione PassOE, cui gli operatori economici devono provvedere ai fini della partecipazione alla singola procedura di affidamento di un contratto pubblico. In contrario le due amministrazioni appellanti evidenziano che i due adempimenti in questione hanno finalità «*assolutamente diverse, pur essendo entrambi legati al codice identificativo di gara*»; ed in particolare che l'emissione del PassOE «*non comprova che l'impresa possieda i requisiti per partecipare alla gara, ma costituisce solo lo strumento per le verifiche di competenza della stazione appaltante*».

2. Sotto un distinto profilo, le appellanti evidenziano che ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 sono sanabili le sole carenze «*di qualsiasi elemento formale della domanda*» di partecipazione alla gara e non anche le carenze «*sostanziali*» concernenti «*i requisiti di partecipazione*» (così a pag. 7 dell'appello).

3. Nel chiedere la riforma della pronuncia di primo grado l'appello si conclude sottolineandosi la natura di «*precedente assai pregiudizievole per l'interesse pubblico*» di questa, nella parte in cui ammette la possibilità di versare tardivamente il contributo

a favore dell'Autorità nazionale anticorruzione consentirebbe di eludere l'obbligo di legge «*consentendo ad operatori poco scrupolosi, o artatamente disattenti, di sanare la propria posizione solo se "scoperti"*».

4. Tanto premesso, le pur comprensibili preoccupazioni (comunque di *policy*)espresse dalle amministrazioni appellanti non sono sufficienti a ritenere errata la pronuncia di primo grado.

5. Deve innanzitutto sottolinearsi che proprio con riguardo al caso dell'omesso versamento del contributo per il funzionamento dell'Autorità nazionale anticorruzione odierna appellante la Corte di giustizia ha 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 (sentenza della Corte di giustizia UE, 2 giugno 2016, C 27/15, sopra citata, e posta dall'originaria ricorrente a fondamento delle proprie censure). Il giudice europeo ha in particolare ritenuto contrario ai principi dallo stesso posti a base della propria pronuncia l'operazione attraverso cui la causa di esclusione dalla gara è ricavata sulla base di un'interpretazione estensiva di talune previsioni dell'ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, di una etero-integrazione sotto questo profilo degli atti di gara.

6. Il caso esaminato dalla Corte di giustizia appare dunque in termini con quello oggetto del presente giudizio, dal momento che, in primo luogo, esso verte appunto sul medesimo contributo di cui all'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, e in secondo luogo che la lettera di invito con cui la procedura di affidamento è stata indetta non prevedeva in modo espresso l'esclusione per il caso di mancato versamento di tale somma.

Inoltre, come evidenziato dal Tribunale amministrativo, conduce a rafforzare questo convincimento la circostanza, non contestata nel presente appello, che l'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare non aveva richiesto alla società originaria ricorrente di provvedere al pagamento del contributo allorché la stessa stazione appaltante si era avveduta del mancato versamento ad iniziativa di quest'ultima.

7. Non giova poi alle appellanti richiamare i limiti all'esercizio del potere di soccorso istruttorio previsti dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016.

Infatti, sul punto va ancora una volta richiamata in senso contrario la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Con una recente pronuncia il giudice europeo ha infatti ritenuto conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza nella materia dei contratti pubblici un meccanismo di soccorso istruttorio (allora previsto dall'art. 38, comma 2-*bis*, del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) inteso a salvaguardare la partecipazione alla procedura di affidamento in caso di irregolarità essenziali, purché ciò non avvenga in caso di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione o sia così consentito all'operatore economico di formulare nella sostanza una nuova offerta (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 28 febbraio 2018, C 523/16 e C 536/16 - MA.T.I. SUD s.p.a.).

Ebbene, simili evenienze non sono configurabili nel caso di mancato versamento del contributo ai favore dell'ANAC, laddove non richiesto a pena di esclusione dalla normativa di gara, dal momento che tale adempimento non inerisce «*all'offerta economica e all'offerta tecnica*», per il quale la regolarizzazione della domanda di partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 è preclusa (nella versione risultante dalle modifiche introdotte con il correttivo al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, con funzione di chiarificazione rispetto alla versione originaria).

9. Per le ragioni finora esposte l'appello deve pertanto respinto, ma la peculiarità delle questioni controverse giustifica la compensazione integrale delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Fabio Franconiero	**Claudio Contessa**

IL SEGRETARIO