

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 18 al 22 marzo

Provvedimenti e Atti Normativi

Ritardo nel pagamento del contributo ANAC: Il soccorso istruttorio non è utilizzabile

Con la **delibera n. 30 del 17 gennaio u.s.**, l'Autorità ha fornito importanti chiarimenti relativi al versamento del contributo a proprio favore, precisando che il soccorso istruttorio può essere utilizzato soltanto a comprova dell'avvenuto pagamento entro la scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta e non già per effettuare tardivamente il versamento dovuto.

Di seguito, l'analisi della pronuncia da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

La delibera assunta riguarda un'istanza di parere presentata da un operatore economico, che contestava la propria esclusione da un affidamento pubblico, disposta dalla stazione appaltante, per il tardivo pagamento del contributo di gara all'ANAC, in sede di soccorso istruttorio.

Preliminarmente l'Autorità ha ricordato che l'obbligo di versamento del contributo a proprio favore trae fondamento dall'art. 1, comma 67, della Legge Finanziaria 2006 (L. n. 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"*.

Ciò premesso, l'Autorità ha proseguito specificando che, in merito alle conseguenze dell'omesso versamento del contributo di gara entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, vi è un contrasto giurisprudenziale:

- **secondo un primo orientamento**, infatti, **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, prosegue l'Autorità, 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 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);
- **per un diverso orientamento**, invece, 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.

L'Autorità ha ricordato che sia nel bando tipo n. 1/2021 sia in diversi altri pareri, ha sempre aderito al primo degli orientamenti giurisprudenziali sopra individuati, 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 anche per effettuare tardivamente il pagamento dovuto (cfr. delibere n. 765/2021, n. 212/2022 e n. 151/2023).

Inoltre, come precisato dall'Autorità, nella FAQ 1.2 relativa al nuovo bando tipo n. 1/2023, in tema di conseguenze dell'omesso pagamento del contributo di gara, *"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"*.

Pertanto, alla luce di quanto sopra evidenziato, l'Autorità ha concluso ritenendo l'operato della stazione appaltante conforme e coerente con il quadro normativo di riferimento ed ha escluso la possibilità di attivare il soccorso istruttorio per il pagamento in ritardo del contributo, ammettendolo solo per l'invio della ricevuta del versamento, avvenuto comunque entro i termini previsti.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

È legge Il decreto che prevede la realizzazione degli interventi relativi al G7

Sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 66 del 19 marzo 2024, è stata pubblicata la legge 13 marzo 2024, n. 30, di conversione del decreto-legge 19 gennaio 2024, n. 5, recante "Disposizioni urgenti per la realizzazione degli interventi infrastrutturali connessi con la presidenza italiana del G7", in vigore dal 20 marzo 2024.

Di seguito, l'esame del testo da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

Il testo del decreto-legge, convertito con poche modifiche in Parlamento, ha l'obiettivo di consentire la realizzazione degli interventi infrastrutturali e manutentivi connessi con la presidenza italiana del G7 nel 2024 e con lo svolgimento in Italia del vertice dei Capi di Stato e di Governo in programma dal 13 al 15 giugno 2024.

Si ricorda che, per quanto di interesse, all'articolo 1, si prevede:

- a. la nomina di un Commissario straordinario di Governo per la realizzazione degli interventi infrastrutturali connessi con la presidenza italiana del G7 e con lo svolgimento in Italia del vertice di Capi di Stato e di Governo programmato per i giorni dal 13 al 15 giugno 2024;
- b. l'applicazione della procedura negoziata senza bando con invito a 3 operatori per l'affidamento degli appalti "sotto" e "sopra" la soglia di rilevanza comunitaria, sulla base di una motivazione che dia conto, per i singoli interventi, delle ragioni di urgenza e della necessità di derogare all'ordinaria procedura di gara, per motivi strettamente correlati ai tempi di realizzazione degli stessi nei termini necessari a garantire l'operatività delle strutture a supporto della medesima presidenza italiana del G7. Ciò ferma restando, per i lavori, la possibilità di ricorrere alle procedure di affidamento diretto per importi inferiori a 150.000 euro.
- c. nei casi di cui alla lettera b),
 - la possibilità di stipulare il contratto, sotto condizione risolutiva, previa acquisizione di una autocertificazione dell'aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti di partecipazione e qualificazione richiesti, ferme restando le verifiche successive; sulla base dell'autocertificazione, si procede poi all'esecuzione anticipata del contratto, prima della stipula;

- l'applicazione delle disposizioni processuali per le controversie relative alle infrastrutture strategiche (art. 125, D.lgs. 104/2010), il cui principale effetto è quello di circoscrivere il ricorso alle misure cautelari, privilegiando il risarcimento per equivalente, in danno di quello in forma specifica.

Per l'affidamento delle attività di esecuzione dei lavori, servizi e forniture di tali interventi e per l'esecuzione dei relativi contratti, si procede in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, delle disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 (cd Codice "antimafia"), nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea (comma 5).

Con una norma introdotta in sede di conversione, si prevede che le disposizioni sopra menzionate si applichino anche alle procedure di affidamento esperite dal Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, per la realizzazione degli interventi di propria competenza necessari per il corretto svolgimento degli eventi connessi con la presidenza italiana del G7 (comma 5-bis).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Focus Giurisprudenza

TAR Puglia, sez. II, 15 marzo 2024, n. 386.

Il TAR leccese, con riguardo al principio di tassatività delle cause di esclusione, ha osservato che queste ultime, così come individuate dal Codice degli Appalti - in particolare agli artt. 94 e 95 - "**integrano di diritto i bandi e le lettere di invito**" (art. 10, 2° comma, D. Lgs. n. 36/2023); esse, infatti, rispondono ad un interesse pubblico primario e, quindi, **la loro operatività non può essere lasciata alle scelte discrezionali delle singole stazioni appaltanti**.

La suddetta disposizione ha recepito gli approdi della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'eterointegrazione della *lex specialis* opera in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2019, n. 5922; T.A.R. Piemonte, I, 29 luglio 2022, n. 702).

Nel nuovo codice degli appalti, il principio di tassatività delle cause di esclusione **comporta la nullità delle clausole che prevedano cause ulteriori di esclusione**, con la conseguenza che simili clausole si considerano non apposte; il legislatore ha recepito gli approdi giurisprudenziali a cui è giunta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (v. sentenza del 16 ottobre 2020, n. 22), codificando una nullità parziale che, quindi, non si estende all'intero provvedimento

In tal senso, la disciplina legislativa dei requisiti di qualificazione appare **inderogabile**, perché il comma 12 dell'art. 100 del D. Lgs. n. 36/2023 (completando quanto stabilito dall'art 10, comma 2, dello stesso testo legislativo) stabilisce che le

stazioni appaltanti *“richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti”* nel medesimo art. 100.

Dunque, sebbene il Codice abbia aumentato gli spazi di discrezionalità dell'Amministrazione, prevedendo, nello specifico, al comma 3 dell'art. 10, che le stazioni appaltanti *“possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto...”* (si veda sul punto anche l'art. 103, che permette alle stazioni appaltanti di richiedere ulteriori requisiti per la partecipazione a procedure di affidamento di lavori di rilevante importo), vi sono **casi in cui invece la discrezionalità viene ridotta**: ciò accade quando il legislatore ritiene necessario limitare detti spazi di discrezionalità rispetto all'interesse pubblico primario del Codice, e **cioè rispetto al principio del risultato**.

A conferma di ciò, il quarto comma dell'art. 100 espressamente prevede che *“Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse è disciplinato dall'allegato II.12. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto”*.

Per il Collegio, la soluzione prospettata sarebbe coerente, inoltre, con i criteri interpretativi del *favor participationis*, secondo cui – in presenza di una clausola con una portata escludente e di un carattere non univoco della disposizione in essa racchiusa – l'interprete deve conformare la propria attività interpretativa, **favorendo l'applicazione della disposizione che consenta la massima partecipazione possibile alla procedura**; e di ragionevolezza e proporzionalità, secondo cui l'interpretazione dei requisiti di capacità tecnico-economica di partecipazione alla gara deve essere condotta in maniera da escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e con un effetto sostanzialmente anticoncorrenziale.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).