



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 483 del 2018, proposto da Astra Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele De Vitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Foggia, Via L. Gissi, 33

contro

A.T.A.F. S.p.A., rappresentata e difesa dall'avvocato Eliana Mercuri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ditta Dolce Andrea, rappresentata e difesa dall'avvocato Marianna Papparella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Dolce Andrea;

per l'annullamento

del provvedimento di ammissione, contenuto nel verbale del 28 marzo 2018, della ditta individuale Dolce Andrea alla procedura di gara, indetta dalla Azienda trasporti automobilistici Foggia (ATAF) S.p.A., relativa all'affidamento del "servizio

di distribuzione dei titoli di viaggio e di sosta di Ataf S.p.A. presso circa 200 rivendite autorizzate nel territorio del Comune di Foggia per un periodo di anni 3 e mesi 7 presumibilmente dal 1° Giugno 2017 al 31 Dicembre 2020”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.T.A.F. S.p.A. e della ditta Dolce Andrea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2018 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto Astra Società Cooperativa Sociale ha impugnato, chiedendone l’annullamento, il provvedimento di ammissione, contenuto nel verbale del 28 marzo 2018, della ditta individuale Dolce Andrea alla procedura di gara, indetta dalla Azienda trasporti automobilistici Foggia (ATAF) S.p.A., relativa all’affidamento del *“servizio di distribuzione dei titoli di viaggio e di sosta di Ataf S.p.A. presso circa 200 rivendite autorizzate nel territorio del Comune di Foggia per un periodo di anni 3 e mesi 7 presumibilmente dal 1° Giugno 2017 al 31 Dicembre 2020”.*

La ricorrente ha premesso che il capitolato d’oneri ha previsto, al punto 8, che le offerte sarebbero dovute pervenire, a pena di esclusione alla gara, entro il 5 maggio 2017 (ore 12), e che all’interno dei plichi – segnatamente nella busta n. 1 – dovesse essere compresa la documentazione amministrativa comprovante l’avvenuto pagamento del contributo a favore dell’ANAC, nonché – nella busta n. 2 – l’offerta tecnico-economica.

Ha soggiunto che nel corso della seduta del 5 maggio 2017, dedicata al controllo preliminare sul contenuto delle buste contenenti la documentazione amministrativa, la commissione giudicatrice ha rilevato che due concorrenti, la ditta Dolce Andrea e la ditta Express Service s.n.c., non avrebbero allegato la prova del pagamento del contributo a favore dell'ANAC, previsto dal punto 7 del capitolato d'oneri; e che, a fronte di tale evidenza, i rappresentanti di tali ditte – presenti durante le operazioni di gara – avrebbero opposto di essere esenti dall'obbligo di pagamento del citato contributo in ragione del fatto che si sarebbe trattato, per la prima concorrente, di una ditta individuale e, per quanto riguarda la seconda, di una società in nome collettivo.

In data 2 ottobre 2017 la stazione appaltante ha, nondimeno, comunicato l'esclusione alle sopra citate concorrenti e, nel contempo, ha reso nota l'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente, alla quale è stato chiesto, altresì, di allegare la garanzia definitiva e il DURC onde concludere il procedimento: adempimenti posti in essere in data 11 ottobre 2017 ed ai quali ha fatto seguito un sollecito, il successivo 25 ottobre, alla stipulazione del contratto di appalto.

È, però, accaduto che con nota del 12 dicembre 2017 la stazione appaltante ha informato la ricorrente di aver revocato i provvedimenti di esclusione precedentemente disposti in considerazione della rivalutata ammissibilità del soccorso istruttorio per la regolarizzazione dell'omesso pagamento del contributo ANAC.

Qualche mese dopo, in data 7 marzo 2018, è stato, inoltre, comunicato alla società ricorrente l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria.

La stazione appaltante ha, pertanto, preso in esame la documentazione integrativa presentata dalle imprese beneficiarie del soccorso istruttorio, nonostante le contestazioni espresse dalla ricorrente in ordine all'insanabile tardività del

pagamento del contributo in questione e all'inammissibile acquisizione di documenti dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

A fondamento dell'impugnazione sono stati dedotti i seguenti motivi:

1°) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016, dei punti 7 e 8 del capitolato d'onori.

Con tale motivo la ricorrente ha lamentato, in particolare, che nel corso delle operazioni di gara è stato accertato che il pagamento effettuato dalla ditta Dolce Andrea risalisse al 9 marzo 2018 nonostante il termine di presentazione delle offerte, a pena di esclusione dalla gara, fosse fissato dal punto 8 del capitolato al 5 maggio 2017: una dimostrazione palese che il requisito di partecipazione non fosse posseduto al momento della dichiarazione allegata all'offerta.

2°) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016.

In linea di continuità con il precedente motivo, la ricorrente ha evidenziato che la ditta Dolce Andrea avrebbe consapevolmente omesso di versare il contributo, reputando di non essere per legge tenuta a tale adempimento, come, peraltro, significato dal proprio rappresentante durante la seduta del 5 maggio 2017.

3°) Violazione dei punti 7 e 8 del capitolato d'onori.

A compendio, infine, delle prime due censure la ricorrente ha dedotto che la *lex specialis* sarebbe stata chiara nel richiedere obbligatoriamente il versamento del contributo all'ANAC.

Si è costituita in giudizio la controinteressata ditta Dolce Andrea (24.4.2018), la quale nella memoria dell'11 giugno 2018 ha eccepito – con richiami alla giurisprudenza – che in tutti i casi i cui si registrino da parte dei concorrenti delle condotte inficiate da mera irregolarità, nel cui novero sarebbe ascrivibile l'omesso versamento del contributo dell'ANAC, sarebbe sempre esperibile il procedimento di soccorso istruttorio.

Si è, altresì, costituita in giudizio l'Azienda ATAF S.p.A. (16.5.2018), la quale ha opposto che la previsione di cui al punto 7 del capitolato d'oneri non sarebbe stata caratterizzata dalla comminatoria di esclusione, ciò sostanziando l'ammissibilità del soccorso istruttorio esperito dalla stazione appaltante e, quale ulteriore conseguenza, la legittimità dell'esercizio del potere di autotutela che ha condotto alla riammissione delle due concorrenti precedentemente escluse ed all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti della ricorrente.

In vista dell'udienza in Camera di Consiglio del 4 luglio 2018 la società ricorrente ha ribadito le proprie argomentazioni nella memoria del 23 giugno 2018; a tale udienza la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto.

Colgono nel segno tutti e tre i motivi, che per affinità tematica possono essere esaminati congiuntamente, con cui la ricorrente ha dedotto l'illegittimità della regolarizzazione disposta dalla stazione appaltante, da cui è derivata l'ammissione di due concorrenti e, in particolare, della ditta controinteressata, pure a fronte di una disciplina di gara chiara e non equivocabile.

In prima battuta, occorre rilevare che l'obbligo di versamento del contributo ANAC è legislativamente qualificato come *“condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche”* (art. 1, comma 67 della legge 266/2005): una disposizione che, sul piano interpretativo, 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 della deliberazione ANAC del 21 dicembre 2016, n. 1337).

Coerentemente con tale impostazione ermeneutica, la giurisprudenza ha statuito che in caso di omesso pagamento debba trovare applicazione il principio secondo cui tale omissione non possa 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”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572).

Il che è quanto si è registrato nella fattispecie di causa, nella quale è emersa la circostanza – incontestata tra le parti ai sensi dell’art. 64, comma 2 del codice del processo amministrativo – che l’omesso versamento ha costituito non una dimenticanza, bensì una scelta consapevole di due concorrenti, come conferma, *a fortiori*, l’espresa opposizione delle ditte escluse nel corso della seduta di gara del 5 maggio 2017, le quali hanno sostenuto che sarebbero state esenti dall’obbligo di corresponsione che era stato nei loro confronti appena sanzionato dalla commissione giudicatrice.

A ciò va aggiunto che il pagamento del contributo in questione è stato effettuato con sensibile ritardo, ossia il 9 marzo 2018, vale a dire, come persuasivamente dedotto dalla ricorrente, *“10 mesi dopo la scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara fissato dall’art. 8 del capitolato, a pena di esclusione, al 5.5.2017”* (cfr. pag. 8 del ricorso).

Con riguardo, poi, alle pronunce richiamate dalla difesa della stazione appaltante e della ditta controinteressata a sostegno delle rispettive posizioni, il Collegio non ignora l’ammissibilità – in termini assoluti – del soccorso istruttorio in tema di contributo ANAC, ma ritiene che l’applicazione di tale istituto non possa prescindere dall’analisi del contesto fattuale e dei presupposti giuridici fissati dalla giurisprudenza evocata.

In particolare, si osserva:

a) che una fattispecie (decisa da TAR Lazio - Roma, sez. III bis, 6 novembre 2017, n. 11031, confermata da Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386) ha riguardato l'esclusione di una concorrente che aveva partecipato ad una procedura regolata da una *lex specialis* nella quale non era stato espressamente indicato l'obbligo di versamento del contributo ANAC (all'opposto indicato nella deliberazione a contrarre), ciò giustificando l'applicazione del principio comunitario secondo cui non sarebbe legittima l'esclusione da una procedura di evidenza pubblica di un concorrente che non abbia percepito, perché non espressamente indicato dagli atti di gara, un obbligo – il cui inadempimento sia sanzionato con l'esclusione – di provvedere al versamento di un importo per i fini della partecipazione alla predetta procedura (cfr. Corte Giustizia Unione Europea, 2 giugno 2016 n. C-27/15);

b) che in un altro giudizio (deciso da TAR Puglia – Bari, sez. III, 4 dicembre 2017, n. 1240) è stata, parimenti, rilevata la mancata previsione, nel bando, del versamento del contributo in questione, presupposto per l'applicazione del sopra citato beneficio;

c) che in un altro giudizio ancora si è controverso circa il versamento dell'importo, inferiore al dovuto, del contributo ANAC, da ciò discendendo l'ammissibilità del soccorso istruttorio *“in ragione della solo parziale tardività e dell'errore in cui è incorso l'offerente nel corrispondere un importo inferiore a quello richiesto dal bando, errore che si connota come materiale e scusabile”* (cfr. TRGA - Trento, 27 febbraio 2018, n. 44).

All'opposto, nel capitolato d'onere della procedura oggetto del contendere è stato espressamente indicato che la busta n. 1, relativa alla documentazione amministrativa, avrebbe dovuto contenere una dichiarazione contemplante la *“dimostrazione di aver provveduto al pagamento del contributo a favore dell'ANAC”* (punto 7).

Una previsione, quest'ultima, di tenore non equivocabile, in ordine alla quale non è emerso alcun elemento che potesse deporre, in caso di violazione, per una (mera) irregolarità non essenziale; una clausola, soprattutto, non superabile mediante le opposizioni sull'esenzione soggettiva (dunque sull'ammissione di un pagamento consapevolmente omesso), mosse in via sopravvenuta dalle concorrenti escluse, alla stregua di rimedio postumo alle contestazioni del seggio di gara.

La stazione appaltante ha, pertanto, ottemperato nella legge di gara all'obbligo del *clare loqui*, presupposto di preventiva chiarezza informativa che sostanzia la qualificazione legislativa del versamento del contributo alla stregua di una "*condizione di ammissibilità dell'offerta*", come previsto dalla legge 266/2005 e come confermato dalla recente sentenza del Consiglio di Stato n. 1572/2018, sopra richiamata.

Diversamente risulterebbe disattesa la giurisprudenza secondo cui il sopra citato obbligo "*implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'onori, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione*" (cfr. Corte di Giustizia Unione Europea, 6 novembre 2014, C-42/13, richiamata in id., 2 giugno 2016 n. C-27/15).

Successivamente ha, però, travisato la perentoria previsione del capitolato, illegittimamente applicando l'istituto del soccorso istruttorio in difetto dei necessari presupposti giuridici e ammettendo il pagamento del contributo ANAC una volta che questo è stato effettuato in conclamato ritardo rispetto al termine di presentazione delle offerte.

In conclusione, il ricorso va accolto, ciò comportando l'esclusione della ditta Dolce Andrea dalla procedura controversa (stessa sanzione, peraltro, sarebbe da

comminare alla ditta Express Service s.n.c., rimasta, però, estranea al presente giudizio).

La complessità del quadro giurisprudenziale giustifica, ad avviso del Collegio, la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Angelo Fanizza, Primo Referendario, Estensore

Alfredo Giuseppe Allegretta, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Angelo Fanizza

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO