

Pubblicato il 15/09/2020

N. 00543/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00377/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 377 del 2020, proposto da

Tps Pro S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Amici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Anna Maria Grazia Iaria in Reggio Calabria, via Marsala n. 2/E;

contro

Città Metropolitana di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Miceli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Trt Trasporti e Territorio S.r.l., Tta Trasporti Territorio Ambiente S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

-della Determinazione Prog. serv. 241 del 20.7.2020, Reg. Sett. n. 235 del 27.7.2020, pubblicata all'Albo Online in data 4 agosto 2020, comunicata ai sensi dell'art. 76, co. 2, D. Lgs. n. 50/2016 con pec del 28.7.2020 a firma del R.U.P. e del Dirigente del Servizio Mobilità-Trasporti-ITS di Città Metropolitana di Reggio Calabria, con la quale il costituendo R.T.I. tra TPS Pro S.r.l. e Ing. Francis Marco Maria Cirianni è stato escluso dalla procedura aperta per la fornitura dei servizi per la

redazione del Piano Urbano della Mobilità Sostenibile-Piano Direttore–CUP B42H18000750001-CIG 819278540F e sono stati approvati i verbali delle sedute di gara unitamente alle conclusioni rassegnate nella prima seduta riservata del 01.7.2020;

-di ogni atto presupposto, connesso e conseguente all'atto impugnato, ed in particolare, per quanto occorrer possa, di tutti i verbali di gara e degli atti di attivazione e conclusione del sub-procedimento di “soccorso istruttorio” relativi alla medesima procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Reggio Calabria;

Visto il decreto cautelare del Giudice Delegato n. 155 del 6 agosto 2020;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 settembre 2020 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

-viene impugnata da parte di Tps Pro S.r.l. la determinazione di esclusione dalla gara, avente ad oggetto la fornitura dei servizi per la redazione del Piano Urbano della Mobilità Sostenibile–Piano Direttore, a causa del mancato versamento del contributo ANAC ai sensi della legge n. 266 del 2005 nel termine fissato per la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di affidamento (04.06.2020), ancorché la società ricorrente vi abbia provveduto entro il termine assegnato dalla S.A. in sede di soccorso istruttorio (23.06.2020);

-la Città Metropolitana di Reggio Calabria, nel disporre l'esclusione di TPS Pro S.r.l., così motivava: *“dall'esame della documentazione è infatti risultato che è stato omissso il versamento del contributo ANAC che costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta”, sottolineando che tale inadempimento costituiva “difformità non sanabile rispetto alle specifiche normative tali da costituire causa di esclusione delle fasi successive alla gara”;*

-i motivi dedotti con il ricorso introduttivo notificato il 04.08.2020 sono i seguenti: 1) violazione dell'art. 83, commi 8 e 9, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in materia di soccorso istruttorio, eccesso di potere sotto vari profili: non solo risulterebbe in via documentale l'avvenuto pagamento del contributo, ma la mancata presentazione della ricevuta del contributo Anac non sarebbe prevista quale causa di esclusione da nessuna disposizione della *lex specialis*. Inoltre, stando alla lettera dell'art.1 comma 67 della l. 23.12.2005 n. 266, l'onere del versamento del contributo ANAC ai fini della partecipazione alle gare di appalto sarebbe previsto solo per l'affidamento di opere pubbliche e non di servizi come quello di architettura e ingegneria messo a bando. In ogni caso, la società ricorrente avrebbe successivamente provveduto ad assolvere al predetto onere contributivo; 2) mancata attuazione per il 2020 del contributo ANAC e violazione del principio di affidamento del concorrente e della tassatività delle cause di esclusione: fermo restando la non debenza della

contribuzione in virtù di quanto esposto nel primo motivo di gravame, la Città Metropolitana non avrebbe potuto sanzionare con l'esclusione il mancato versamento del contributo perché ANAC non lo aveva ancora espressamente istituito per l'anno 2020 con apposita delibera (l'ultima in questo senso risaliva al 2019).

L'incertezza del quadro normativo legato all'emergenza sanitaria da Covid-19 (art. 62 D.L. n. 18/2020; art. 65 D.L. 19 maggio 2020 n. 34, conv. nell'art.1 comma 1 della L. n. 77/20, che così dispone: *“Le stazioni appaltanti e gli operatori economici sono esonerati dal versamento dei contributi di cui all'articolo 1, comma 65, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 all'Autorità nazionale anticorruzione per tutte le procedure di gara avviate dalla data di entrata in vigore della presente norma e fino al 31 dicembre 2020”*) avrebbe ingenerato nella ricorrente il ragionevole affidamento che le amministrazioni committenti non potessero più pretendere il pagamento del contributo ANAC ai fini dell'ammissione alla gara, anche perché la stessa Autorità con la delibera n. 289 del 1 aprile 2020 aveva chiesto ufficialmente al Governo di sospendere per tutto il 2020 il pagamento del contributo che le imprese e le stazioni appaltanti devono versare per partecipare agli appalti. Anche a voler ritenere operativo il principio di etero-integrazione del bando di gara, non si giustificerebbe un automatismo escludente a fronte della complessità e dell'estrema incertezza di normative, anche di natura fiscale, susseguitesi in un ristretto intervallo temporale ed oggettivamente disorientanti la condotta degli operatori economici; 3) illegittimità costituzionale dell'art. 65 del D.L. n. 34 del 19.05.2020, nella parte in cui ha stabilito l'esonero dal versamento dei contributi di cui all'art.1 comma 65 della L. n. 266 del 23.12.2005 all'Autorità nazionale anticorruzione per tutte le procedure di gara avviate dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto (19.05.2020) in relazione alla violazione del parametro costituzionale dell'art. 3 Cost.: subordinatamente al mancato accoglimento dei primi due gruppi di censure, la società ricorrente ritiene, infatti, che il Legislatore avrebbe irragionevolmente escluso il beneficio dell'esonero dal versamento del contributo per tutta la durata del periodo emergenziale a partire quindi dall'8 marzo 2020, il che avrebbe consentito di “coprire” anche la procedura di gara i questione indetta con bando pubblicato il 14.04.2020.

Atteso che con decreto n. 155 del 6 agosto 2020 il Giudice Delegato accoglieva l'istanza cautelare di misure urgenti formulata dalla ricorrente;

Rilevato che si è costituita in giudizio la Città Metropolitana di Reggio Calabria, depositando memoria e documentazione sui fatti di causa chiedendo la reiezione del ricorso, previo rigetto dell'istanza di sospensiva;

Preso atto della nota di replica depositata il 07.09.2020 da parte ricorrente;

Rilevato che alla camera di consiglio del 9 settembre 2020, tenutasi per la trattazione dell'incidente cautelare, la causa è passata in decisione, previo avviso alle parti costituite della possibilità di adottare sentenza in forma semplificata;

Ritenuto in primo luogo, che sussistono i presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi del combinato disposto degli artt. 60 e 120 comma 6 c.p.a., nel testo, quest'ultimo, risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4 del D.L. n. 76 del 2020 in corso di conversione di legge;

Ritenuto di poter deliberare la fondatezza assorbente del primo e, in parte, anche del secondo motivo di ricorso, richiamando a mente dell'art.74 c.p.a. il precedente conforme del Consiglio di Stato (sentenza, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386) e quello più recente della giurisprudenza amministrativa di primo grado (cfr. T.A.R. Abruzzo –L'Aquila sez. I, 7 marzo 2020 n. 100), poiché inerenti alla

questione sottesa alla presente controversia e cioè alla permanenza in gara di un'impresa concorrente che ha effettuato tardivamente il pagamento del contributo Anac;

Considerato che:

- come affermato dalla poc'anzi citata sentenza del Consiglio di Stato: a) 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;

-una simile impostazione era stata peraltro già anticipata da diverse decisioni di primo grado, alcune di queste opportunamente richiamate dalla difesa di parte ricorrente (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III bis, 6 novembre 2017, n. 11031; T.A.R. Bari, sez. III, 4 dicembre 2017, n. 1240; T.A.R. Veneto, sez. I, 15 giugno 2017, n. 563);

Considerato altresì che:

-il diverso ed opposto orientamento giurisprudenziale richiamato dalla S.A. negli atti istruttori e propedeutici al provvedimento espulsivo (sentenza Cons. Stato sez. V, 30 gennaio 2020 n. 746), secondo il quale il contributo ANAC assurgerebbe a condizione di ammissibilità dell'offerta, appare non pienamente aderente ai principi di derivazione eurounitaria di trasparenza e parità di trattamento laddove, come nel caso di specie, non si rinviene alcuna disposizione del disciplinare di gara intesa a prescrivere espressamente a pena di esclusione l'assolvimento di un onere siffatto;

- 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", contrariamente a quanto sostenuto da parte resistente, consente 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 (cfr. TAR Lazio-Roma, sez. III bis, 6 novembre 2017 n. 11031);

-non è predicabile nemmeno il principio di eterointegrazione della *lex specialis*, in quanto "*il giudice europeo, nella pronuncia sopra richiamata ha peraltro ritenuto contrario ai principi del diritto comunitario 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*" (cfr. T.A.R. Abruzzo- L'Aquila n. 100/2020 cit.);

Ritenuto che la L. 23 dicembre 2005 n. 266 pone tra l'altro al comma 67 "*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*" e che a detta

previsione legislativa appare comune una tipica espressione del brocardo “*in claris non fit interpretatio*”, con la conseguenza che il versamento di tale contributo è caratteristica delle gare in materia di aggiudicazione della realizzazione di opere pubbliche, mentre nel caso si tratta pacificamente dell’affidamento di servizi di architettura e di ingegneria;

Ritenuto ancora che, raffigurando la norma una compressione sia pure limitata al principio di massima partecipazione, non si può ravvisare un’interpretazione estensiva, prescindendo comunque dalla richiamata delimitazione dell’onere;

Ritenuto, infine, che la sanzione espulsiva, per le ragioni in parte descritte anche nel secondo motivo di ricorso, possa aver oggettivamente ingenerato nella società ricorrente un obiettivo affidamento sulla sopravvenuta inefficacia dell’obbligo di pagamento del contributo, alla luce delle raccomandazioni operative dettate in tema dalla stessa autorità con delibera 1 aprile 2020 e quindi in epoca antecedente alla pubblicazione del bando di gara (14 aprile 2020) e successivamente recepite sul piano dello *ius positum* dal D.L. n.34/2020, di guisa che la gravata esclusione dalla gara appare oggettivamente sproporzionata ed inconciliabile con il principio del *favor participationis* e della tutela della concorrenza;

Ritenuto che il ricorso merita di essere accolto, assorbite le rimanenti censure;

Ritenuto che all’annullamento del provvedimento impugnato consegua l’immediata riammissione della ricorrente alle successive fasi della procedura di aggiudicazione dell’appalto;

Ritenuto equo compensare integralmente le spese di giudizio tra le parti costituite, data l’oscillazione giurisprudenziale che si è registrata in materia;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati, ordinando all’amministrazione resistente l’immediata riammissione della società ricorrente alle successive fasi della procedura di gara.

Compensa integralmente le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 9 settembre 2020 con l’intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Andrea De Col, Referendario, Estensore

Alberto Romeo, Referendario

L’ESTENSORE
Andrea De Col

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO