

Pubblicato il 26/10/2021

**N. 02356/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 01774/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1774 del 2021, proposto da Orizzonte Verde S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Ernesto Beretta, Laura Beretta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Novate Milanese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Flavio Corsinovi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Cartocci Strade S.r.l. non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

1) del provvedimento di esclusione di Orizzonte Verde S.r.l. dalla procedura negoziata per l'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria delle strade comunali – CIG. 883477709F – CUP. I67H21000990004, inviata attraverso la

piattaforma Arial Sintel di Regione Lombardia in data 06/08/2021 e visionata dall'operatore economico in data 02/09/2021;

2) dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto a Cartocci Strade S.r.l. e della Comunicazione di affidamento ex art. 76, comma 5 lett. a), D.Lgs. n. 50/2016 – Rif. 2021/20224 PRO di data 08.09.2021, ove è altresì indicato il termine dilatorio di cui all'art. 32, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 in scadenza al 12/10/2021;

3) della Comunicazione Rif. 2021/21150 del 20.09.2021 con cui il Comune di Novate Milanese ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela presentata dall'Operatore Economico in data 09.09.2021 – Prot. 20358;

4) dell'eventuale contratto di appalto stipulato nelle more;

5) di ogni altro atto annesso, connesso, presupposto e consequenziale;

nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro – in relazione a cui si manifesta la disponibilità sin d'ora – nel contratto eventualmente sottoscritto nelle more o, in subordine, per equivalente, pari al danno emergente e al lucro cessante, commisurato, anche in via equitativa, al corrispettivo contrattuale pari a Euro 330.602,76 (trecentotrentamilaseicentodue/76), ovvero altro importo, maggiore o minore, comunque ritenuto di giustizia, oltre a interessi e rivalutazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Novate Milanese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2021 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1) In via preliminare, il Tribunale evidenzia che, in relazione agli elementi di causa, sussistono i presupposti per l'adozione di una decisione in forma semplificata, adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione

dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio e l'avvenuta esaustiva trattazione delle questioni oggetto di giudizio.

2) La ricorrente contesta, in primo luogo, il provvedimento con il quale il Comune di Novate Milanese ha escluso l'ammissione della sua offerta dalla procedura negoziata senza bando indetta per l'affidamento dell'appalto dei lavori di manutenzione straordinaria delle strade comunali, svolta attraverso la piattaforma Sintel di Regione Lombardia e da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, con un importo a base di gara, soggetto a ribasso, pari ad Euro 397.336,25.

Il diniego di ammissione è stato adottato "a causa del mancato pagamento del contributo ANAC di € 35,00, obbligo previsto dall'art. 1 co. 67 della legge L. 23/12/2005 n. 266 quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche".

Dopo aver avuto contezza della non ammissione, Orizzonte Verde ha eseguito il pagamento del contributo in data 8 settembre 2021 ed ha chiesto all'amministrazione di intervenire in autotutela, annullando il provvedimento espulsivo, ma la stazione appaltante ha respinto l'istanza, ribadendo le ragioni già addotte ed escludendo la possibilità di attivare il soccorso istruttorio.

Vale precisare che alla gara hanno partecipato 4 operatori e la documentazione in atti evidenzia che la ricorrente ha proposto la migliore offerta economica.

All'esito della procedura, l'appalto è stato aggiudicato a Cartocci Strade S.r.l. e il provvedimento di aggiudicazione è stato parimenti impugnato dalla ricorrente, che ne deduce l'illegittimità derivata.

3) La ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di non ammissione, in quanto ha ritenuto che il mancato pagamento del contributo Anac, prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, determini necessariamente la non ammissione alla procedura, con esclusione della possibilità di attivare il soccorso istruttorio.

Le censure proposte meritano condivisione.

L'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005 stabilisce che "l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici [ora ANAC], 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".

Va precisato sin d'ora che la complessiva disciplina di gara non prevede espressamente, né indirettamente, che il mancato pagamento del contributo Anac determini ex se la non ammissione o l'esclusione dalla procedura.

In ordine all'interpretazione della disposizione ed in particolare sulla sua idoneità a configurare, di per sé e direttamente, una causa di non ammissione alla gara o di esclusione da essa, si sono formati orientamenti giurisprudenziali divergenti.

Il Tribunale condivide l'interpretazione comunitariamente orientata, che valorizza i principi affermati dalla decisione della Corte di Giustizia UE, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15.

Proprio in relazione alla norma in esame e alla sua attitudine ad individuare di per sé una causa di estromissione dalla procedura, la Corte ha chiarito che:

- il principio di parità di trattamento, il quale implica che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, nonché il correlato obbligo di trasparenza, impongono 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'oneri, 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 rispondano ai criteri che disciplinano

- l'appalto (in tal senso già sentenza del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44 e giurisprudenza citata).
- la Corte ha precisato che qualora, come nel caso di specie, la *lex specialis* non correli al mancato pagamento del contributo l'estromissione dalla procedura, ne consegue che l'effetto espulsivo è desumibile solo “dall'interagire della legge finanziaria del 2006, della prassi decisionale dell'AVCP (ora Anac) e della prassi giurisprudenziale amministrativa italiana nell'applicazione e nell'interpretazione della legge n. 266/2005”;
  - pertanto, se si ritenesse di assegnare alla previsione normativa un automatico effetto espulsivo anche in queste situazioni, tale condizione risulterebbe “particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti nazionali”.
  - ne consegue che, nell'ipotesi in cui “una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, a pena di esclusione da quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione”;
  - la Corte ha anche precisato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che “ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la

propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Ne consegue che, fatte salve le ipotesi in cui la lex specialis preveda un'espressa comminatoria di esclusione, l'omesso versamento del contributo Anac non comporta di per sé l'estromissione dalla gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386; T.A.R. Abruzzo, sez. I, 7 marzo 2020 n. 100);

Vale ribadire che, nel caso in esame, la stazione appaltante ha negato l'ammissione alla procedura in un contesto in cui la disciplina di gara non prevedeva, né espressamente, né in modo indiretto, che il mancato pagamento del contributo avrebbe comportato l'estromissione dalla gara.

Ne discende che non sono state rispettate le condizioni che consentono, in presenza dell'omesso pagamento del contributo Anac, di escludere un operatore dalla partecipazione alla procedura, con conseguente fondatezza della censura esaminata.

Sotto altro profilo, va osservato che la stazione appaltante ha escluso la praticabilità del soccorso istruttorio e non ha tenuto conto, neppure in sede di riesame sollecitato dalla ricorrente, del tardivo pagamento eseguito in data 8 settembre 2021.

Anche in relazione a questo aspetto meritano condivisione le censure articolate da Orizzonte Verde srl.

Difatti, il mancato pagamento tempestivo del contributo Anac non integra un'irregolarità esclusa dall'ambito del soccorso istruttorio, ex art. 83, comma 9, del d.l.vo n. 50 del 2016, atteso che l'adempimento omesso non afferisce né al contenuto dell'offerta economica, né a quello dell'offerta tecnica (cfr. Consiglio di Stato 2018 n. 2386 cit., nonché Tar Calabria, sez. I, 15 settembre 2020, n. 543).

Pertanto, la scelta dell'amministrazione di non attivare la dialettica procedimentale correlata al soccorso istruttorio prima di adottare il provvedimento di non ammissione, si pone in contrasto con il quadro

normativo di riferimento, così come la ritenuta irrilevanza del pagamento eseguito dalla ricorrente in data 8 settembre 2021.

Va, quindi, ribadita la fondatezza della censura in valutazione.

La riscontrata illegittimità del diniego di ammissione si riverbera in via derivata sul provvedimento di aggiudicazione, che deve, parimenti, essere annullato.

Viceversa, non risulta che il contratto sia stato già stipulato, sicché non ricorrono le condizioni per assumere determinazioni in ordine alla sua efficacia.

Sotto altro profilo, la ricorrente, pur avanzando la domanda risarcitoria, non evidenzia la sussistenza di alcun pregiudizio residuo, specie considerando che il contratto non è stato stipulato e che l'effetto conformativo della presente decisione risulta pienamente soddisfacente della pretesa azionata.

4) In definitiva, il ricorso è fondato e da accogliere nella parte in cui propone la domanda di annullamento, mentre deve essere respinto in relazione alla domanda risarcitoria avanzata.

La sussistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti consente di compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima)

- 1) Accoglie il ricorso nella parte relativa alla domanda caducatoria e per l'effetto annulla il provvedimento di non ammissione e il provvedimento di aggiudicazione indicati in epigrafe;
- 2) Respinge il ricorso nel resto;
- 3) Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Fabrizio Fornataro**

**IL PRESIDENTE**  
**Domenico Giordano**

IL SEGRETARIO