



News n.9 del 4 febbraio 2025
a cura dell'Ufficio del massimario

La terza sezione del Consiglio di Stato deferisce all'Adunanza plenaria la questione inerente alla dibattuta valenza escludente del mancato pagamento entro il termine di partecipazione alla gara del contributo ANAC.

Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 7 gennaio 2025, n. 48 – Pres. Greco, Est. Cerroni

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Requisiti di partecipazione – Contributo Anac – Mancato pagamento – Soccorso istruttorio – Deferimento all'Adunanza plenaria.

È deferita all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la seguente questione di diritto:
se l'omesso versamento del contributo ANAC entro i termini di partecipazione ad una procedura pubblica per l'affidamento di lavori, servizi o forniture determini l'esclusione del concorrente senza possibilità di soccorso istruttorio oppure se, specularmente, tale carenza configuri solo irregolarità essenziale sanabile mediante il soccorso istruttorio previa declaratoria di nullità parziale delle eventuali clausole della lex specialis che, in senso difforme, contemplino l'esclusione del concorrente.
(1)

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la terza sezione del Consiglio di Stato ha formulato all'Adunanza plenaria il quesito di cui in massima, diretto a chiarire se il mancato pagamento del contributo dovuto dagli operatori economici all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), in forza dell'art. 1, comma 67, della l. 23 dicembre 2005, n. 266, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Finanziaria 2006)" entro il termine di partecipazione alla procedura di gara, determini l'esclusione da quest'ultima, oppure, per converso, se sia ammesso il soccorso istruttorio.

II. – Il giudizio nel quale si è innestato il deferimento all'Adunanza plenaria riguarda una procedura indetta da un'Azienda ospedaliera per l'affidamento della fornitura di protesi e dispositivi medici. L'Amministrazione, dopo aver attivato il soccorso istruttorio, ha escluso una concorrente poiché era emerso che il pagamento del contributo all'ANAC era stato effettuato in una data successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte. La terza sezione - dopo aver dato atto della presenza di due orientamenti interpretativi,

l'uno, "rigorista", secondo il quale il mancato pagamento del contributo ANAC entro il termine per la presentazione delle offerte implica l'esclusione del concorrente, l'altro, "permissivista", al quale aderisce la stessa sezione, che, invece, ammette l'esperibilità del soccorso istruttorio rispetto al mancato pagamento del contributo entro il termine di partecipazione - ha sospeso il giudizio, rimettendo la sopra indicata questione all'Adunanza plenaria.

III. – L'iter argomentativo dell'ordinanza di rimessione è articolato come segue:

- a) l'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005 - stabilisce "*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*" senza ancorare tuttavia tale condizione preclusiva ad un *dies ad quem* perentorio;
- b) i due orientamenti interpretativi che si sono delineati in seno alla giurisprudenza del Consiglio di Stato approdano ad esiti applicativi diametralmente opposti pur prendendo le mosse dal medesimo dato positivo: il primo indirizzo, che può definirsi sinteticamente rigorista, assume che il mancato pagamento del contributo ANAC entro il termine per la presentazione delle offerte implichi l'esclusione del concorrente e non sia passibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio, esperibile solo rispetto alla produzione tardiva della attestazione di pagamento; per converso, l'indirizzo opposto, sintetizzabile come permissivista, ammette l'esperibilità del soccorso istruttorio rispetto all'omesso pagamento riconoscendo carattere perentorio al termine di regolarizzazione fissato proprio in sede di soccorso e assumendo la nullità parziale delle eventuali clausole escludenti di segno contrario recate dalla *lex specialis*;
- c) gli elementi a sostegno della tesi rigorista sono i seguenti:
 - c1) l'argomento letterale che pone l'accento sul tenore testuale dell'art. 1, comma 67, della l. n. 266 del 2005, alla stregua del quale il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una "*condizione di ammissibilità dell'offerta*" di tal che la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge (si richiama Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572; Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2020, n. 746; Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3288; Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2023, n. 7252, in *Foro it. rep.*, 2023, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 555; in *Foro amm.*, 2023, 7-8, 1013 (s.m.); Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9186, in *Foro it. rep.*, 2023, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 408, in *Appalti & contratti*, 2023, 10, 65 (s.m.), con nota di LAUDANI);
 - c2) secondo tale indirizzo, a nulla rileverebbe l'obiezione sistematica secondo la quale tale condizione di ammissibilità sia stata espressamente prevista solo nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche giacché la previsione di rango primario è stata dettata quando la sfera di attribuzioni dell'Autorità di vigilanza, istituita con l'art. 4 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 "*Legge quadro in materia di lavori pubblici*", era limitata al settore delle opere pubbliche ("*Autorità di vigilanza sui lavori pubblici*"). Solo con l'art. 6, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 "*Codice*

dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” la competenza dell’Autorità è stata estesa a tutti i contratti pubblici (“*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*”), e il legislatore, con gli artt. 6, comma 7, e 8, comma 12, del suddetto d.lgs., nel richiamare espressamente l’art. 1, comma 67, della l. n. 266 del 2005, ha inteso estendere implicitamente l’applicazione dell’obbligo di pagamento del contributo per tutti i contratti pubblici. Tale obbligo è stato, infine, confermato dall’art. 213, comma 12, del d.lgs. n. 18 aprile 2016, n. 50 (“*Codice dei contratti pubblici*”), relativamente all’attuale ANAC, in capo alla quale, secondo le previsioni dell’art. 19 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito nella l. 11 agosto 2014, n. 114 (“*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*”), sono confluiti i compiti e le funzioni della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (si richiama Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2020, n. 746); il disposto di legge è stato poi così interpretato e applicato, *inter alia*, dalle delibere ANAC n. 1377 del 21 dicembre 2016 e n. 1300 del 20 dicembre 2017 (v. art. 3, comma 2) e, più in particolare, dal Bando tipo n. 1, approvato giusta delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, in cui si esclude il soccorso istruttorio in relazione al pagamento del contributo;

c3) l’ulteriore approfondimento giurisprudenziale compiuto nel solco di questo indirizzo ha evidenziato altresì che risulterebbe fuori fuoco il riferimento all’istituto del soccorso istruttorio in relazione al versamento in sé del contributo, proprio perché tale soccorso non può valere a elidere una ragione d’esclusione (*rectius*, il mancato avveramento d’una condizione d’ammissibilità entro il termine prescritto) già verificatasi;

c4) il soccorso istruttorio consente a norma dell’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, *ratione temporis* vigente, di sanare “*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*”, nonché la “*mancaanza, incompletezza e [...] ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo*”; si porrebbe evidentemente al di fuori di tale perimetro il compimento *ex novo* di un atto (in specie, un versamento) dovuto quale “*condizione di ammissibilità*” prevista dalla legge e fatta propria della *lex specialis*: non si consentirebbe infatti, in tal modo, di sanare una carenza formale o una irregolarità, men che meno documentale, bensì di compiere un atto nuovo, peraltro già necessitato ed elevato dalla legge a condizione di ammissibilità dell’offerta (si richiama nuovamente Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9186, cit.);

c5) questo indirizzo applicativo ha rimarcato che, in tale contesto, il soccorso istruttorio è stato ammesso - nel solco dei principi affermati dalla Corte di Giustizia (si richiama Corte di giustizia UE, 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, oggetto della News UM n. 98 del 2016 e in Foro it., 2017, IV, 206, con nota di CONDORELLI; in Foro amm., 2016, 6, 1461 (s.m.); in Dir. e giustizia, 26 agosto 2016) - allorché la causa escludente (o lo stesso obbligo di versamento) non risultava chiaramente evincibile per non essere riportata nella *lex specialis* (si richiama Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2020,

n. 5370, in *Foro it. rep.*, 2021, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 1000; in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2020, 4, 77 con nota di BORTOLATO; in *IUS Amministrativo*, 8 settembre 2020; Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386, in *Foro it. rep.*, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 464; in *Gazzetta forense*, 2018, 335 (s.m.); in *Guida al dir.*, 2018, 20, 22; in *lamministrativista.it*, 20 aprile 2018), e cioè per porre rimedio alla situazione d'incertezza ingenerata sugli operatori a fronte della ritenuta non perfetta chiarezza dei loro obblighi;

c6) a questi argomenti si è anche affiancato un argomento di indole organizzativo-finanziaria incentrato sulla constatazione 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, sarebbe 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;

c7) sotto il profilo logico, ammettere nel caso in esame il soccorso istruttorio significherebbe in potenza 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 (si richiama di nuovo, Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2023, n. 7252, cit.);

d) gli argomenti a favore della tesi permissivista si collocano su una traiettoria argomentativa perfettamente speculare e antitetica:

d1) sul versante dell'interpretazione letterale, questo orientamento ha sostenuto che il dato testuale dell'art. 1, comma 67, della l. 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 (si richiama Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175, in *Foro it. rep.*, 2023, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 500; in *Foro amm.*, 2023, 2, 181; Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386, cit.; T.a.r. per il Lazio, sez. III-bis, 6 novembre 2017, n. 11031, in *lamministrativista.it*, 7 novembre 2017; T.a.r. per la Calabria, sez. I, 15 settembre 2020, n. 543, in *Foro amm.*, 2020, 9, 1792; T.A.R. per l'Abruzzo, sez. I, 7 marzo 2020, n. 100, in *Foro amm.*, 2020, 3, 512; T.a.r. per la Campania, sez. V, 6 aprile 2022, n. 2355);

d2) a suffragio della tesi anche il parallelismo sistematico sull'analogia fattispecie del tardivo versamento del deposito cauzionale o della cauzione provvisoria (si richiama, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2786, in *lamministrativista.it*, 5 maggio 2020; Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7580, in *Foro it. rep.*, 2020, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 582);

d3) l'indirizzo pretorio ha ritenuto che l'omessa allegazione della documentazione di gara, o la sua incompletezza, anche ove tale adempimento sia richiesto dalla *lex specialis* (o dalla legge) a pena di esclusione, lungi dal consentire l'adozione del provvedimento di esclusione dell'operatore economico dalla procedura, costituisce, piuttosto, il presupposto - ai sensi dell'art. 83, comma 9, del secondo codice dei contratti pubblici, e dell'art. 56, comma 3, della direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014 (a mente del quale: "*3. Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza*") - per l'adempimento del dovere di soccorso istruttorio o di soccorso procedimentale, il quale impone alla stazione appaltante di richiedere all'interessato (anche "*in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale*" della documentazione) di integrare, regolarizzare o esibire la documentazione mancante (si richiama Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2023, n. 8198, in *Foro it. rep.*, 2023, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 571; in *Appalti & Contratti*, 2023, 9, 63 (s.m.);

d4) le eventuali clausole di *lex specialis* recanti la comminatoria di esclusione per l'omesso pagamento del contributo ANAC risulterebbero eccedenti il novero di quelle tassativamente previste *ex lege* e, conseguentemente, sarebbero colpite da nullità parziale e dovrebbero intendersi come "non apposte" a tutti gli effetti di legge, quindi improduttive di effetti e *tamquam non essent* senza onere di tempestiva impugnativa, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione (si richiama Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, oggetto della News n. 114 del 4 novembre 2020 e in *Foro it.*, 2021, III, 358, con nota di CAVALIERI "*Disciplinare di gara, clausole di esclusione atipiche, nullità e relativo regime processuale: dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alcuni spunti ricostruttivi*"; in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 6, 1591; in *Giur.it.*, 2021, 672 (s.m.), con nota di CELLINI; in *Urb. e appalti*, 2021, 387, con nota di MANGANARO; in *Riv. amm.*, 2021, 319 (s.m.); in *Guida al dir.*, 2020, 46, 88);

e) il Collegio ritiene di aderire al secondo indirizzo giusta il quale il versamento del contributo ANAC, pur condizionando l'offerta, può avvenire comunque tardivamente ed è sanabile con il soccorso istruttorio in quanto trattasi di elemento estraneo al contenuto dell'offerta che si sottrae, per l'effetto, alle preclusioni di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis*; il Collegio aderisce a tale indirizzo sulla base delle seguenti argomentazioni:

e1) il tenore testuale dell'art. 1, comma 67, della l. n. 266 del 2005 non esplicita la valenza escludente dell'omissione contributiva, bensì si limita a

definire il previo pagamento del contributo quale *“condizione di ammissibilità dell’offerta”* senza ulteriori specificazioni sul termine ultimo di adempimento, che ben potrebbe essere successivo al termine di presentazione delle offerte ed avvenire entro la valutazione delle stesse (*“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”*);

e2) la scelta lessicale adottata dal legislatore nel senso di qualificare questo adempimento contributivo alla stregua di condizione, e non già di requisito, dell’offerta evoca il noto meccanismo civilistico della retroattività della condizione a norma dell’art. 1360 c.c. che consente appunto di far retroagire gli effetti dell’avveramento della condizione al tempo in cui, *mutatis mutandis*, è stata presentata l’offerta;

e3) anche l’interpretazione offerta dalla prassi amministrativa ha offerto un non trascurabile supporto a questa esegesi: diversamente dalla posizione originariamente assunta nel bando tipo n. 1, approvato giusta delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, in cui si escludeva il soccorso istruttorio in relazione al pagamento del contributo, ANAC si è di recente uniformata all’orientamento più permissivo, in specie con l’approvazione del (nuovo) bando tipo n. 1 di cui alla delibera n. 309 del 27 giugno 2023, nel quale espone che *“In caso di esito negativo della verifica, è attivata la procedura di soccorso istruttorio. In caso di mancata regolarizzazione nel termine assegnato, l’offerta è dichiarata inammissibile”*. Nella relazione illustrativa al bando tipo l’Autorità puntualizza che *“con una previsione innovativa e conforme agli ultimi arresti della giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. III, 03/02/2023, n. 1175), nel disciplinare è chiarito che il pagamento del contributo è condizione di ammissibilità dell’offerta, così come previsto dall’articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005. È specificato, altresì, che l’avvenuto pagamento è verificato mediante il FVOE e che il mancato pagamento è sanabile mediante soccorso istruttorio. In caso di mancata regolarizzazione nel termine assegnato, l’offerta è dichiarata inammissibile”*;

e4) non può spostare in modo decisivo i termini della questione la *frequently asked questions* (FAQ) pubblicata sulla specifica sezione del portale ANAC dedicata al bando-tipo, di segno chiaramente contrario a questo indirizzo applicativo, atteso che essa non riveste lo stesso rango formale dei documenti adottati con la delibera dell’Autorità (lo schema di bando tipo e tutti gli allegati sono stati adottati e pubblicati con la delibera n. 309 del 27 giugno 2023);

e5) ad una disamina attenta all’ontologia dei fatti e degli atti giuridici, la carenza del contributo in esame non inerisce strettamente al contenuto tecnico-economico dell’offerta, bensì attiene ad un elemento estrinseco con effetto condizionante di tal ché appare applicabile legittimamente il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, *ratione temporis* applicabile, con particolare riguardo alla fattispecie di *“mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo”*. In particolare, l’omesso pagamento del contributo

ANAC si profila sussumibile nella nozione di irregolarità essenziale, stante la definizione normativa di condizione di ammissibilità dell'offerta;

e6) l'esperibilità del soccorso istruttorio si pone in piena sintonia con una interpretazione eurounitariamente orientata della disposizione volta a privilegiare il *favor participationis* e l'apertura proconcorrenziale delle procedure evidenziali, per cui la regolarizzazione del versamento ANAC può sì condizionare l'ammissione dell'offerta alla valutazione della stazione appaltante senza necessità di comminatorie drastiche di esclusione al di fuori del meccanismo di soccorso istruttorio;

e7) corrobora vieppiù la posizione favorevole al soccorso istruttorio il parallelismo tracciabile a livello sistematico, sulla base del comune principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche - introdotto dall'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, poi ripreso dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 e poi dall'art. 10, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - con la fattispecie della cauzione provvisoria la cui omissione o presentazione in misura di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* non costituisce causa di esclusione, trattandosi di irregolarità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio (si richiama Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764, in *Foro it. rep., Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 529; in *Gazzetta forense*, 2015, 5, 129 (s.m.); in *Dir. e giustizia*, 26 ottobre 2015; in *laministrativista.it*, 24 ottobre 2015 (s.m.), con nota di PIGNATIELLO; Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528, in *Foro it. rep., Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 783; in *Foro amm.*, 2016, 10, 2335 (s.m.); Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1033, in *Foro it. rep., Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 765; in *Gazzetta forense*, 2016, 446 (s.m.); Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3198, in *Foro it. rep.*, 2016, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 456; in *Guida al dir.*, 2016, 34, 86 (s.m.), con nota di MASARACCHIA; Cons. Stato, Sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138);

e8) non possono trovare la condivisione del collegio neanche le preoccupazioni espresse dall'ANAC, circa il paventato rischio di mettere a repentaglio l'equilibrio finanziario e di bilancio dell'Autorità "in quanto alcuni operatori economici potrebbero evitare il pagamento ed effettuarlo solo se e quando risultati aggiudicatari, creando così un corto circuito viziato a danno dell'Autorità":

i) la disposizione in esame si iscriveva nella cornice della legge finanziaria per l'anno 2006 e mirava espressamente ad assicurare la copertura finanziaria dei costi relativi al funzionamento della neo-istituita Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, dotata di autonomia organizzativa e finanziaria: ne consegue che la *ratio legis* della norma è squisitamente contabilistico-finanziaria, indi ogni percorso ermeneutico non può disinteressarsi degli impatti sul perseguimento dell'obiettivo di *compliance* contributiva;

ii) la prospettazione esegetica che si propugna in questa sede – vale a dire ammettere l’adempimento tardivo del contributo ANAC entro il termine fissato dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio – non frustra l’obiettivo di regolarità dei flussi contributivi affluenti all’entrata del bilancio dell’Autorità giacché l’eventuale omissione del pagamento sarebbe riscontrata ben prima della valutazione delle offerte e della formazione della graduatoria (momento in cui potrebbe insorgere l’affievolimento dell’interesse dei concorrenti alla tempestiva regolarizzazione), e segnatamente in sede di verifica della documentazione amministrativa delle offerte stesse;

iii) conseguentemente, non si arrecherebbe alcun detrimento alla regolarità dei flussi contributivi destinati alle casse dell’Autorità, i quali sconterebbero, a tutto concedere, un lieve slittamento temporale dal termine di presentazione delle offerte a quello dell’assolvimento dell’eventuale soccorso istruttorio: in definitiva, non vi è luogo per discorrere di un paventato “cortocircuito” in danno delle finanze dell’Autorità, restando del tutto integre le sue ragioni finanziarie;

e9) militano a sostegno della esegesi più permissiva anche indici di carattere prospettico-evolutivo rivenienti dall’evoluzione del formante positivo in quanto la disciplina recata dal nuovo codice dei contratti pubblici – il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, non applicabile al caso di specie – è chiaramente orientata nel senso di arginare la tesi rigorista propugnata dalla difesa dell’Autorità, vuoi in virtù dell’enunciazione generale del principio di tassatività delle cause di esclusione all’art. 10 (*“espressamente definite dal codice”*), vuoi per il principio del risultato (art. 1) – il cui primato assiologico è icasticamente enfatizzato dalla collocazione topografica oltre che dalla chiara enunciazione dell’art. 4;

e10) il corollario applicativo dell’affermazione della regolarizzabilità dell’omissione del contributo ANAC va ravvisato nell’insanabile contrasto della previsione di *lex specialis* eventualmente difforme, con il principio di tassatività delle cause di esclusione tale per cui si deve far luogo alla declaratoria di nullità parziale di tale clausola ritenendola come non apposta e improduttiva di effetti in ossequio all’indirizzo nomofilattico tracciato dall’Adunanza plenaria, con la pronuncia, 16 ottobre 2020, n. 22, cit.

IV. – Per completezza si segnala:

f) sul soccorso istruttorio e la tassatività delle cause esclusione:

f1) Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, cit. (oggetto della News n. 114 del 4 novembre 2020) che, nel delineare i confini applicativi dell’istituto dell’avvalimento, ha ribadito la portata della regola della tassatività delle cause di esclusione, fissata dall’art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016, oltre che del regime dell’invalidità della clausola del bando conseguente alla sua violazione. La violazione del principio di tassatività determina la nullità delle clausole contrastanti, nullità che, tuttavia, non investe l’intero provvedimento limitandosi a determinare l’illegittimità degli atti

conseguenti, ivi compreso il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, che, per essere caducati, devono essere impugnati nel termine decadenziale;

f2) C.g.a., 3 luglio 2020, n. 537, secondo cui *“Il principio di tassatività delle cause di esclusione, contenuto attualmente nell’art. 83, comma 8 del d. lgs. n. 50 del 2016, si fonda su un criterio di individuazione di queste fondato sulle prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici o da altre leggi. La disposizione è stata intesa nel senso che l’esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell’ipotesi in cui impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto pur senza prevedere espressamente l’esclusione...”*;

f3) Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828 (in *Appalti & Contratti*, 2019, 10, 102), secondo cui *“la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può, quindi, riguardare prescrizioni contenute nella lex specialis di gara che attengono ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica”*;

f4) Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorgna s.r.l. (oggetto della News UM n. 3 del 13 maggio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti e, in particolare, paragrafi j) e k), e in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2019, 3, 111, con nota di DAMIN; in *Riv. corte conti*, 2019, 3, 213, con nota di MARZANO), secondo la quale le norme del secondo codice dei contratti pubblici (artt. 95, comma 10, ed 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016), le quali escludono il rimedio del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione separata dei costi della manodopera, sono in linea di principio compatibili con la direttiva n. 2014/24/UE, salva tuttavia la situazione – che spetta al giudice nazionale verificare – in cui sussista una “materiale impossibilità”, per l’offerente, di indicare separatamente quei costi (dopo tale pronuncia l’ Ad. plen., che con ord. 24 gennaio 2019, nn. 1, 2 e 3 (oggetto della News UM n. 18 del 4 febbraio 2019, cui si rinvia per ogni approfondimento e, in particolare, paragrafi l), m) e n), e in *Foro it.*, 2019, III, 440, con nota di TRAVI) aveva sottoposto alla Corte di giustizia UE analoghe questioni, con ord. 28 ottobre 2019, nn. 11, 12 e 13 (oggetto della News UM n. 56 del 28 ottobre 2019) ha ritirato la relativa domanda pregiudiziale, poiché ha ritenuto che sulla stessa la Corte di giustizia UE si fosse già determinata e che quindi fosse venuto meno l’interesse alla pronuncia);

f5) Corte di giustizia UE, sez. VIII, 28 febbraio 2018, C-523/16 e C-536/16, MA.T.I. Sud e altri (oggetto della News UM n. 118 del 7 marzo 2018, cui si rinvia per ogni opportuno approfondimento e, in particolare, paragrafi j) e k), che fissa i limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio, escludendo la produzione di documenti la cui mancanza doveva comportare l’esclusione dalla gara e le correzioni e modifiche che portano alla elaborazione di una nuova offerta;

f6) Corte di giustizia UE, sez. VIII, sentenza 11 maggio 2017, C-131/16, Archus (oggetto della News UM n. 72 del 19 maggio 2017 e in *Foro amm.*

2017, 999) che, nel dettare i requisiti del soccorso istruttorio, esclude espressamente, da un lato, che la richiesta di chiarimenti possa condurre alla presentazione di quella che sarebbe in realtà una nuova offerta e, dall'altro, che essa possa ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto;

f7) Corte di giustizia UE, 10 novembre 2016, C-199/15, Ciclat, punto 30, (oggetto della News UM n. 34 del 15 novembre 2016, cui si rinvia per ulteriori indicazioni, e in *Nuovo notiziario giur.*, 2017, 317, con nota di PALMIERI, ed in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2017, 631, con nota di D'ALOISIO), secondo la quale l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE non osta ad una normativa nazionale che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice ad escludere dall'appalto l'impresa a causa di una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussista alla data di scadenza del termine di partecipazione ad una gara d'appalto, anche se successivamente venuta meno alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e nonostante l'ente previdenziale, rilevato il mancato versamento, abbia omesso di invitare l'impresa alla regolarizzazione, come previsto dal diritto italiano, a condizione che l'operatore economico abbia la possibilità di verificare in ogni momento la regolarità della sua situazione presso l'istituto competente;

f8) Corte di giustizia UE, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, cit. (oggetto della News UM n. 98 del 2016), secondo la quale, per quanto interessa in questa sede, 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;

f9) Corte di giustizia UE, 6 novembre 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda, punti 46 e 48, (in *Urbanistica e appalti*, 2015, 137, con nota di PATRITO, ed in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1006, con nota di MAMELI) secondo la quale l'art. 51 della direttiva n. 2004/18/CE, che prevede(va) la possibilità dell'amministrazione aggiudicatrice di invitare gli operatori economici ad integrare o a chiarire i certificati e i documenti presentati dall'offerente, "*non può essere interpretato nel senso di consentirle di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le*

esprese disposizioni dei documenti dell'appalto, debbono portare all'esclusione dell'offerente", essendo necessario che l'amministrazione aggiudicatrice assicuri "il rispetto dei criteri da essa stessa fissati, di modo che essa è tenuta ad escludere dall'appalto un operatore economico che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione era imposta dai documenti di tale appalto sotto pena di esclusione";

f10) in dottrina: S. CRESTA e L. POLITO, *Percorsi di giurisprudenza – Il soccorso istruttorio nella contrattualistica pubblica*, in *Giur. it.*, 2017, 2516; A. MANZI, *Percorsi di giurisprudenza – il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti*, in *Giur. it.*, 2016, 2520;

f11) in merito alla nuova disciplina del soccorso istruttorio, contenuta nel terzo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), si segnala *in primis* che essa è stata collocata all'art. 101 "Soccorso istruttorio", in seno alla parte V "Dello svolgimento delle procedure", del libro II "Dell'appalto". Il soccorso istruttorio – che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (art. 1, comma 2-bis l. n. 241 del 1990) – ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel terzo codice dei contratti pubblici: il quale, per un verso, vi dedica (a differenza del codice previgente, una autonoma e più articolata disposizione (art. 101) e, per altro verso, ne amplifica l'ambito, la portata e le funzioni, superando, altresì, talune incertezze diffusamente maturate nella prassi operativa. Sul soccorso istruttorio alla luce del terzo codice dei contratti pubblici:

i) Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1371, secondo il quale, nel caso in cui, in un appalto di servizi, venga richiesto come requisito di ordine speciale di capacità tecnico professionale lo svolgimento di servizio analogo per una durata pari a quella del contratto oggetto di affidamento e l'operatore economico presenti una dichiarazione non conforme a quanto richiesto, la decisione della stazione appaltante di escludere il concorrente senza attivare il soccorso istruttorio non viola i principi generali della buona fede, del legittimo affidamento, della fiducia, dell'accesso al mercato e del risultato poiché, di fronte ad una simile richiesta, la corretta interpretazione della legge di gara si ritiene esigibile da ciascun operatore avveduto del settore e il soccorso istruttorio, anche in base al nuovo codice dei contratti pubblici, può essere attivato per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma non per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità (si richiama Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1540, in *IUS amministrativo*, 23 febbraio 2021);

ii) Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870 (in *Foro it. rep.*, 2023, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n° 564; in *Appalti & Contratti*, 2023, 7-8, 65 e 71 (s.m.), con nota di CUTAJAR; in *Foro amm.*, 2023, 7-08, 1034; in *Giur.it.*, 2024, 163 (s.m.), con nota di GANDINO), secondo il quale deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione

sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa. In altri termini, secondo il Consiglio di Stato, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale, non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara). Il Consiglio di Stato ha offerto un inquadramento generale dell'istituto del soccorso istruttorio, anche alla luce del nuovo codice, evidenziando che, quand'anche si intenda dilatarne al massimo la portata l'interpretazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016 con la più ariosa prospettiva dischiusa, in termini solo parzialmente innovativi, dall'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023, si dovrà, in ogni caso, puntualizzare, sotto un profilo funzionale, la necessaria distinzione tra: *a) soccorso integrativo o completo (comma 1, lettera a) dell'art. 101 d.lgs. n. 36 del 2023, non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico); b) soccorso sanante (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili); c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica; d) soccorso correttivo (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle*

offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica" e che "La norma si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi già oggetto di controverso intendimento) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte: il che conferma che si deve trattare di una omissione meramente formale e non di una originaria carenza sostanziale): a) la mancata presentazione della garanzia provvisoria; b) l'omessa allegazione del contratto di avvalimento; b) la carenza dell'impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.";

*iii) in dottrina: R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici alla luce del nuovo codice d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Molfetta, 2023, 473 ss.; R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI, R. TUCCILLO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, 229 ss.; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023, 177; L. PONZONE, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Molfetta, 2023, 363; G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2023; G. F. CARTEI, D. IARIA, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; M. GIUSTINIANI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici prima e dopo la riforma*, 2023, 324 ss.; R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, 966 ss.; G. TROPEA, *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, 2024, 225; L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI, *Manuale dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, 239 ss.;*

g) sul punto specifico del finanziamento ANAC e della possibilità di invocare il soccorso istruttorio in caso di mancato pagamento del contributo, in dottrina:

g1) R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Torino, 2017, 1080, secondo la quale il mancato versamento del contributo ANAC non è causa di esclusione, e il concorrente deve essere ammesso a regolarizzazione e ciò, a maggior ragione, vale quando l'operatore economico non ha omesso di versare il contributo all'ANAC, né ha mancato di fornire alla stazione appaltante la relativa dimostrazione, ma ha semplicemente indicato nella ricevuta prodotta un codice CIG errato in quanto corrispondente ad un lotto di gara diverso;

g2) R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 127 ss. ivi anche i riferimenti a Corte cost., 6 luglio 2007, n. 256 (in *Foro it. rep.*, 2007, *Amministrazione dello Stato e degli enti pubblici in genere*, n° 274; in *Urbanistica e appalti*, 2007, 1493, con nota di CAMERIERO; in *Giurisdiz. amm.* 2007, III, 636; in *Arch. giur. oo. pp.*, 2007, 1051; in *Giornale dir. amm.*, 2008, 139, con nota di NAPOLITANO; in *Giur. costit.*, 2007, 2556), che si è pronunciata per la legittimità della norma che ha previsto il contributo a favore dell'ANAC;

h) sul finanziamento in genere delle Autorità indipendenti:

h1) Corte di giustizia UE, sez. VIII, 25 aprile 2024, C-204/23, Autorità di regolazione dei trasporti c. Lufthansa e altri, (oggetto della News UM n. 60 del

18 giugno 2024), che si è pronunciata sul finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti;

h2) Corte di giustizia UE, sez. V, 7 settembre 2023, C-226/22, Nexive Commerce S.r.l., (oggetto della News n. 116 del 28 settembre 2023), relativa alle modalità di finanziamento dell'Autorità nazionale di regolamentazione delle comunicazioni elettroniche;

h3) Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269 (in *Foro it.*, 2018, I, 26 e 405 (s.m.)), con nota di SCODITTI *"Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017"*; in *Giust. pen.*, 2017, I, 321, con nota di DELLI PRISCOLI; in *Giur. costit.*, 2017, 2925, con nota di SCACCIA, REPETTO, FEDELE; in *Riv. dir. internaz.*, 2018, 282; in *Giur. comm.*, 2019, 3, 486), che ha dichiarato inammissibili una serie di questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10, commi 7-ter e 7-quater, l. 10 ottobre 1990 n. 287, aggiunti dall'art. 5-bis, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012 n. 27, nella parte in cui prevede, al fine di assicurare il funzionamento dell'AGCM, l'applicazione di contributi a carico dei soli imprenditori con fatturato superiore a cinquanta milioni di euro, con un limite massimo per tale contributo, non superiore a cento volte la misura minima, in riferimento agli art. 3 e 53, comma 1 e 2, Cost.

