



DELIBERA N. 225

16 marzo 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da OICE – Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica – Affidamento dei servizi tecnici relativi alla progettazione definitiva ed esecutiva dell'intervento di messa in sicurezza del territorio a rischio idrogeologico - Importo a base di gara: Euro 457.706,46 - S.A.: Comune di Cutrofiano (LE).

PREC 43/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 41, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Costi di gestione della piattaforma telematica.

Massima

Procedure di gara svolte su piattaforma telematica – Clausola che impone i costi di gestione della piattaforma telematica a carico dell'aggiudicatario – Illegittimità – Qualificazione del vizio – Violazione di legge e nullità.

La clausola della *lex specialis* che prevede l'obbligo di pagamento dei costi di gestione della piattaforma telematica a carico del futuro aggiudicatario, onerando i concorrenti di produrre un atto unilaterale d'obbligo in sede di gara, è illegittima per contrasto con l'art. 23 Cost. e con l'art. 41, comma 2-*bis* del Codice nonché per contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, ultimo periodo, del Codice.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 16 marzo 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 4010 del 18 gennaio 2021, con la quale l'OICE – Associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico-economica, ha contestato l'art. 15.5 del disciplinare della gara in oggetto, che impone l'obbligo, in capo all'aggiudicatario, di corrispondere ad Asmel Consortile S.c. a r.l. un corrispettivo di € 4.577,06 oltre IVA a titolo di rimborso di spese (non meglio specificate) per le attività di gara non escluse dal comma 2-*bis* dell'art.41 del D.lgs. n. 50/2016;

RILEVATO che l'Associazione istante contesta, in particolare, la legittimità di tale clausola per contrasto con l'art. 41 del Codice, nonché con l'art. 23 Cost. citando giurisprudenza espressasi in tal senso (TAR Puglia, Lecce n. 1664/2019; TAR Lombardia, Milano n. 240/2020; TAR Campania, Salerno, n. 1/2021) nonché diverse pronunce dell'Autorità (pareri nn. 179 del 26 febbraio 2020, 780 del 4 settembre 2019 e 267 del 17 marzo 2020);

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 10478 del 5 febbraio 2021;

VISTA la documentazione in atti;

VISTO l'art. 15.5. del disciplinare di gara (rubricato "atto unilaterale di obbligo"), il quale prevede che: "L' Operatore Economico – in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla società di committenza ausiliaria "Asmel Consortile S. c. a r.l.", prima della stipula del contratto, il corrispettivo dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara non escluse dal comma 2-*bis* dell'art.41 del D.lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite, una somma pari all' 1% dell'importo a base di gara corrispondente ad € 4.577,06 oltre IVA. Inoltre, l'operatore economico, in caso di aggiudicazione, si impegna a rimborsare alla società di committenza le spese di pubblicità obbligatoria in G.U.R.I. e su 4 quotidiani ai sensi del citato comma 2 dell'art. 5 del Decreto ministeriale infrastrutture e trasporti 2 dicembre 2016. La presente obbligazione costituisce elemento essenziale dell'offerta. La stessa, a garanzia della validità dell'offerta, dovrà essere prodotta all'interno della cartella .zip della documentazione Amministrativa utilizzando il modello "All. 1 - Atto Unilaterale d'Obbligo" e sottoscritta dal concorrente. Si evidenzia che l'obbligazione, essendo parte integrante dell'offerta economica, è da considerarsi elemento essenziale dell'offerta presentata e pertanto, in mancanza della stessa, l'offerta sarà considerata irregolare ai sensi dell'art. 59, comma 3 del D. Lgs. n. 50/2016. [...]";

RITENUTO di potere trattare la presente istanza ai sensi dell'art. 7, comma 2, del Regolamento di precontenzioso, prescindendo dalla legittimazione dell'OICE a contestare la clausola in esame, ai fini dell'adozione di una pronuncia dell'Autorità a carattere generale;

VISTO l'art. 41, comma 2-*bis*, del Codice che (disponendo testualmente "È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58") vieta di porre a carico dei concorrenti e dell'aggiudicatario i costi di gestione delle piattaforme telematiche e non consente di porre a carico degli stessi eventuali altri costi connessi alla procedura;

CONSIDERATO che l'Autorità ha, in più occasioni, sancito l'illegittimità delle clausole inserite nei bandi e/o nei disciplinari di gara che impongono a carico del futuro aggiudicatario il pagamento di oneri connessi



alla gestione delle piattaforme telematiche, in quanto tale richiesta, non solo non è supportata da alcuna puntuale base normativa, ma si pone in contrasto con la normativa vigente, in particolare con il Codice e con l'art. 23 Cost. (cfr. Atto di segnalazione dell'Autorità n. 3 del 25.02.2015; Delibera n. 1123 del 28.11.2018; Delibera n. 780 del 4.09.2019; Delibera n. 926 del 16 ottobre 2019; Delibere nn. 21 e 22 del 15 gennaio 2020; Delibera n. 179 del 26.02.2020). È stato, in particolare, evidenziato che *"il parametro di misurazione del contributo imposto all'aggiudicatario, tarato in quota percentuale sull'importo di aggiudicazione dell'appalto, appare oggettivamente irrazionale e incongruo, in quanto tale criterio di commisurazione sfugge alla logica, ammessa ex lege ad es. per il rimborso delle spese di pubblicazione di un bando, di consentire alla stazione appaltante (o ad ASMEL) di recuperare i costi sostenuti per l'utilizzo della piattaforma telematica, snaturando così il fine di mero "rimborso" e venendo meno il rapporto di corrispettività"* (Delibera n. 780/2019) e che sia l'art. 73, comma 4, del Codice che l'art. 5 del DM MIT del 2.12.2016 limitano gli importi rimborsabili da parte dell'aggiudicatario alle spese di pubblicazione del bando di gara, mentre l'art. 41, comma 2-bis, del Codice espressamente vieta di *"porre a carico dei concorrenti, nonché aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'art. 58"* (cioè delle piattaforme telematiche). Inoltre, con Delibera n. 267 del 17 marzo 2020 è stato ribadito che: *"la clausola della lex specialis che prevede l'obbligo di pagamento dei costi di gestione della piattaforma telematica a carico del futuro aggiudicatario, onerando i concorrenti di produrre un atto unilaterale d'obbligo in sede di gara, sia illegittima per contrasto con l'art. 23 Cost. e con l'art. 41, comma 2-bis del Codice nonché per contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione; la clausola, pertanto, oltre ad essere affetta da violazione di legge, è nulla ed inefficace ab origine"* (si veda anche Delibera n. 129 del 17 febbraio 2021);

CONSIDERATO che anche la giurisprudenza amministrativa, in fattispecie del tutto analoghe a quella di specie (in cui il disciplinare obbligava l'aggiudicatario, prima della stipula del contratto, a corrispondere ad Asmel il costo del servizio di committenza, prevedendo che in fase di gara il concorrente fosse gravato dal presentare un atto unilaterale d'obbligo) ha riconosciuto l'illegittimità di tali clausole per contrasto, oltre che con il richiamato art. 41, comma 2-bis, del Codice, anche con l'art. 23 Cost. Di recente, in particolare, il TAR Campania Salerno, sez. I, con sentenza del 2 gennaio 2021, n. 1 ha statuito che *"E' illegittima la clausola del bando di gara per l'affidamento di lavori pubblici che ponga a carico dell'aggiudicatario il pagamento del corrispettivo per le attività di committenza ausiliare (consistenti nella messa a disposizione della piattaforma telematica per la gestione della procedura), trattandosi di un onere economico non previsto da alcuna disposizione del d.lgs. n. 50 del 2016 né da altra disposizione normativa, vietato dall'art. 41, comma 2 bis, dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016 (che prevede il divieto "di porre a carico di concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'art. 58") e comunque in contrasto con il principio di concorrenza, nella misura in cui incide sulla libera elaborazione dell'offerta e introduce un costo incompressibile"* (i medesimi principi sono stati affermati anche da TAR Puglia, Lecce, sez. III, 31 ottobre 2019, n. 1664; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 3 febbraio 2020, n. 240, confermata da Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6787);

VISTO, inoltre, l'art. 83, comma 8, ultimo periodo, del Codice che prevede il cd. principio di tassatività delle cause di esclusione, sancendo la nullità delle clausole della *lex specialis* di gara che contengono prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal Codice o da altre disposizioni legislative;

RITENUTO che la clausola di cui all'art. 15.5 del disciplinare sia illegittima sia per contrasto con l'art. 41, comma 2-bis, del Codice, in quanto onera il futuro aggiudicatario di corrispondere ad Asmel Consortile costi di gestione della piattaforma telematica per € 4.577,06 che non trovano copertura nella normativa



vigente, che per contrasto con l'art. 83, comma 8, del Codice, in quanto impone ai concorrenti di produrre la relativa dichiarazione unilaterale d'obbligo (definendola come "*elemento essenziale dell'offerta*") e considerando la sua mancata produzione come causa di irricevibilità dell'offerta, al di fuori delle ipotesi codificate nell'art. 59, comma 3, del Codice.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore, in quanto la clausola di cui all'art. 15.5 del disciplinare di gara si pone in contrasto con gli artt. 41, comma 2-*bis*, e 83, comma 3, del Codice.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco