



Presidente

COMUNE DI ASSORO
SETTORE III "Gestione del Territorio"
c.a. del Responsabile del Settore
[... OMISSIS ...]

c.a. del Responsabile del Procedimento
[... OMISSIS ...]

PEC: [... OMISSIS ...]

p.c.

a Asmel Consortile S.C. a r.l.
in persona del legale rappresentante

PEC: [... OMISSIS ...]

Fasc. Anac n. 847/2023 Oggetto

"LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE E PER IL RISANAMENTO DELLA VIA ANGELI DEL CENTRO STORICO DI ASSORO - CIG: 874673IEBF CUP: 113D18000090002". Nota di definizione della segnalazione ex art. 21 del Regolamento di vigilanza.

Sono pervenute all'Autorità la comunicazione dell'impresa [... OMISSIS ...] e varie successive segnalazioni volte a contestare la procedura in cui all'oggetto "*avviso di fattura n. 603 del 20/09/2021 da parte dell'Asmel Soc. Cons. a.r.l. per l'importo di € 7.988,91+iva, relativo alle asserite competenze di gara, pari all'1% dell'importo dei lavori posti a base d'asta*", rilevando, tra l'altro, "*che la richiesta dell'Asmel è illegittima e che il Rup è onerato a disapplicare la previsione del bando contraria alla normativa vigente in materia, così come ampiamente richiesto dalla scrivente Società nella pregressa corrispondenza*".

È altresì pervenuto il riscontro della Stazione appaltante, con il quale, in riferimento a tale contestazione, è stato evidenziato che "*La richiesta di disapplicazione della Ditta è manifestamente inaccoglibile*" con la precisazione che "*il Disciplinare di gara di questo Comune prevedeva chiaramente l'obbligo che si contesta all'art. 15.7. L'impresa in indirizzo non contestava innanzi al Giudice Amministrativo la lex specialis. Al contrario, la stessa lo accettava senza riserve e partecipava all'incanto sottoscrivendo l'atto unilaterale d'obbligo datato 25.5.2021.....*".

Da ultimo, con comunicazione in ingresso ANAC prot. n. 47 del 02.01.2023 l'impresa ha sollecitato un intervento dell'Autorità, rilevando che "*Essendo il contratto dei lavori in fase di conclusione, la scrivente*

Società e l'Amministrazione vorrebbero definire il contenzioso tra le parti sull'argomento in dipendenza del provvedimento che sarà adottato da Codesta Autorità'.

Si precisa che nella previsione dell'atto unilaterale d'obbligo, di cui al punto 15.7 della lettera di invito, prodotto dall'impresa in data 25.05.2021 nell'ambito della procedura negoziata per i lavori in oggetto, si legge 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% (uno per cento) oltre IVA, dell'importo complessivo posto a base di gara, pari a € 798.890,55 oltre IVA, corrispondente a € 7.988,90 oltre IVA"* e che *"La presente obbligazione costituisce elemento essenziale dell'offerta. La stessa, a garanzia della validità dell'offerta, dovrà essere prodotta all'interno del file della Documentazione Amministrativa utilizzando il modello "Allegato E - 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"*. Risulta inoltre che, in sede di convocazione per la sottoscrizione del contratto, la Stazione appaltante Comune di Assoro ha fatto presente che *"A tale data la Ditta dovrà presentarsi con la prova dell'avvenuto pagamento delle spettanze dovute ad Asmel, come previsto dall'art. 15.7 del Disciplinare. Ove così non fosse quest'Amministrazione procederà ugualmente alla sottoscrizione negoziale, fermo il trattenimento di quanto dovuto ad Asmel sul primo pagamento dovuto all'appaltatore, in conformità a quanto contenuto al punto 4) dell'Atto unilaterale d'obbligo sottoscritto da [... OMISSIS ...] in data 25.5.2021"*.

Posto quanto sopra, fermi restando i pronunciamenti dell'Autorità in merito alla mancata qualifica di ASMEL quale centrale di committenza e sulla legittimazione a svolgere servizi di committenza ausiliari quale prestatore di servizi individuato mediante svolgimento delle procedure di affidamento previste dal codice dei contratti (cfr. ad esempio delibera 570/2022, delibera 780/2019, delibera 179/2020, delibera 202/2021), con riferimento alla previsione della lex specialis di porre a carico dell'aggiudicatario il costo del servizio di committenza prevedendo che in fase di gara il concorrente debba presentare un atto unilaterale d'obbligo quale elemento essenziale dell'offerta, si richiamano i precedenti dell'Autorità al riguardo.

In primo luogo il riferimento è a quanto precisato dall'Autorità in merito al contrasto di previsioni quali quella in esame con l'art. 41, comma 2-bis, del Codice. In particolare si rammenta che in merito alla portata applicativa del citato articolo l'Autorità ha avuto modo di precisare che *"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"* (cfr. Delibera n. 225 del 16 marzo 2021). Ed ancora - relativamente ad una norma di gara che prevedeva un meccanismo di remunerazione da porsi a carico del futuro aggiudicatario mediante commissione prestabilita - l'Autorità ha rammentato che lo stesso *"non è supportato da alcuna puntuale base normativa. In tal senso deve richiamarsi l'art. 41 co. 2-bis D. Lgs. n. 50/2016 che espressamente vieta di porre a carico dei concorrenti eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme telematiche. Il divieto pare avere carattere assoluto non ammettendo alcuno spazio per altre forme di remunerazione a carico dell'aggiudicatario"* (cfr. Delibera n. 179 del 26 febbraio 2020).

A conferma dell'illegittimità dell'imposizione economica posta a carico del soggetto aggiudicatario, nella Delibera ANAC n. 261 del 25 maggio 2022 è stato altresì richiamato l'art. 23 della Costituzione, secondo cui *"Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla*

legge". Sempre nella medesima Delibera, sia pure con riferimento all'operato di centrali di committenza, è stato chiarito che "Tale obbligo remunerativo, inoltre, costituirebbe una vera e propria imposizione tributaria, essendo richiesto per lo svolgimento di prestazioni di carattere pubblicistico connesse ad una procedura di gara, e, in quanto tale, necessitante di copertura normativa ai sensi dell'art. 23 della Costituzione che sancisce il principio di riserva di legge per le prestazioni patrimoniali. In ossequio a tale principio, l'introduzione di meccanismi di remunerazione per l'ente appaltante, posti a carico dell'aggiudicatario, sarebbe possibile soltanto in presenza di previsioni normative di rango primario, confermando la necessità di apposita base legislativa che legittimi l'operato delle centrali di committenza, non esistendo, ad oggi, alcuna disposizione che in termini generali abiliti una stazione appaltante a richiedere il pagamento di una commissione agli aggiudicatari delle proprie gare d'appalto". È stato, inoltre, ulteriormente osservato che "...tale corrispettivo non troverebbe alcuna copertura costituzionale, come innanzi già rilevato, in quanto, ad oggi è assente nel nostro ordinamento una norma che conferisca alle centrali di committenza di trasporre le spese di gestione della gara in capo all'operatore, come è invece previsto, ad esempio, per le spese per la pubblicazione del bando di gara, nonché per le spese di registro, che ai sensi dell'articolo 34, comma 35, del d.l. n. 179/2012 sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione".

Si richiama inoltre il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 9 giugno 2021, laddove - in merito alla prassi di introdurre nella documentazione di gara clausole che impongono ai concorrenti di assumere l'obbligo di pagare, in caso di aggiudicazione, direttamente al prestatore del servizio di committenza ausiliari, il corrispettivo per il supporto che quest'ultimo ha assicurato alla stazione appaltante - è stato precisato che "Al riguardo, è necessario evidenziare che tali clausole sono state ritenute illegittime, in diverse occasioni, sia dalla giurisprudenza amministrativa (si veda, a titolo esemplificativo, Cons. St., V, n. 3538 del 6.5.2021; Cons. St., V, n. 6787 del 3.11.2020), che dall'Autorità (da ultimo, con la Delibera ANAC 129/2021 e la Delibera ANAC 202/2021). Le motivazioni, poste a base delle decisioni richiamate, sono legate alla constatazione che le predette clausole, inducendo gli operatori economici a non partecipare alle gare, hanno effetti restrittivi sulla concorrenza, in palese violazione dell'art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016 che, al contrario, proprio in un'ottica pro-concorrenziale, sancisce il principio di massima partecipazione" e che "inoltre, è stato osservato che in tal modo si riversa a carico del privato il corrispettivo per una prestazione (quella dei servizi di committenza ausiliari), di cui si avvale la stazione appaltante, con l'imposizione di una prestazione, in assenza di un'espressa previsione di legge, come richiesto dall'art. 23 della Costituzione".

Sotto altro profilo, rileva inoltre il contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, ultimo periodo, del Codice. In merito l'Autorità ha avuto modo di precisare che "la clausola della *lex specialis* che prevede l'obbligo di pagamento di un corrispettivo per l'espletamento dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara a carico del futuro aggiudicatario, e che onera tutti 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 e dunque nulla ed inefficace ab origine," (cfr. Delibera n. 129 del 17 febbraio 2021).

Inoltre, sempre con particolare riferimento a tale ultimo profilo concernente il contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del Codice dei contratti, l'Autorità ha avuto modo di rilevare che "la qualificazione in termini di nullità delle clausole in esame comporta la loro inefficacia parziale e ab origine, con la conseguenza che le stesse possono essere disapplicate direttamente dalla stazione appaltante senza necessità di attendere l'eventuale annullamento (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2017, n. 4350)" [...] "Da un punto di vista civilistico, ciò comporterebbe che

la prestazione dei corrispettivi per l'utilizzo delle piattaforme telematiche non potrebbe considerarsi "dovuta" da parte delle società aggiudicatrici dei due lotti di gara, rimanendo priva di causa ab origine l'obbligazione assunta dalle ditte in sede di partecipazione alla gara, per effetto della nullità delle clausole della lex specialis" (cfr. Delibera n. 267 del 17 marzo 2020).

Sul punto la stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di rilevare che *"in linea generale la nullità, quale conseguenza del principio di tassatività delle clausole di esclusione, colpisce le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti determinati adempimenti o prescrizioni ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che (nel Codice dei contratti o in altre disposizioni di legge vigenti) prevedono cause di esclusione (comprese quelle che, pur non prevedendo espressamente, quale conseguenza, l'esclusione dalla gara, impongono adempimenti formali o introducano comunque norme di divieto) (Cons. Stato, V, 23 novembre 2020, n. 7257 e giurisprudenza ivi richiamata, A.P. 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9)" (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 5750/2021) e che "la sola eventualità che può consentire la non applicazione del bando si ricollega all'ipotesi di clausole nulle, inidonee a produrre effetti giuridici, come nel caso della disposizione del bando che introduca una causa di esclusione dalla procedura non prevista dalla legge, nulla per la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici" (cfr. Consiglio di Stato sentenza n. 07257/2020).*

Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 15 marzo 2023 ha disposto l'invio della presente nota di conclusione del procedimento al fine di contestare l'illegittimità della previsione della lettera di invito, volta a porre a carico dell'aggiudicatario i costi connessi ai servizi di committenza, con invito a carico dell'Amministrazione, per il futuro, a tener conto dei dopra richiamati pronunciamenti nella predisposizione della lex specialis.

Per completezza si rammentano, altresì, i principi espressi dall'Autorità in tema di nullità delle clausole volte a porre a carico dell'aggiudicatario il costo dei servizi di committenza, per contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del Codice dei contratti e la conseguente possibilità di disapplicazione delle medesime da parte delle Stazioni appaltanti.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente