



## DELIBERA N. 741

9 settembre 2020

### Fascicolo 76/2020

#### Oggetto

**Comune di Omissis (Omissis) - Procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione lampade votive al Civico Cimitero, per anni 30, inclusi i lavori di adeguamento degli impianti elettrici e riqualificazione dei manufatti e delle aree cimiteriali mediante finanza di progetto con diritto di prelazione a favore del Proponente ai sensi dell'art.183, comma 15 del D.Lgs. n.50/2016 e s.m.i. - CIG: 8126829771**

#### Riferimenti normativi

Articolo 41, comma *2bis*, D.Lgs. 50/2016 e articolo 183, comma 15, D.Lgs. 50/2016

#### Parole chiave

Piattaforma telematica – Divieto di porre i costi della piattaforma telematica a carico dei concorrenti o dell'aggiudicatario - *Project financing* – Obbligo di partecipazione del promotore – Eccezioni.

#### Massima

In via generale, deve affermarsi l'obbligo del promotore di partecipare alla procedura di gara volta all'assegnazione di una finanza di progetto attivata su iniziativa del promotore stesso; tuttavia, la violazione di tale obbligo può ritenersi giustificata, in via eccezionale e secondo una prudente valutazione da compiersi in concreto, in presenza di illegittimità nella *lex specialis* di gara, non imputabili al promotore stesso, tali da ostacolarne in modo significativo la partecipazione.



## Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recante "*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*";

VISTO il Regolamento ANAC del 5 ottobre 2018 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

VISTA la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e vigilanze;

### Considerato in fatto

Con bando pubblicato nella GURI n.144 del 9.12.2019, il Comune di Omissis ha avviato l'assegnazione del *project financing* in oggetto, ai sensi dell'art. 183 co. 15 d.lgs. 50/2016, ponendo a base dell'affidamento il progetto presentato dal promotore Omissis s.r.l., approvato con deliberazione di Giunta Comunale n.121 del 29.10.2019.

La procedura di gara era gestita mediante piattaforma telematica messa a disposizione dalla Omissis s.c.a.r.l., per l'utilizzo della quale il par. 15.11 del disciplinare poneva a carico dell'aggiudicatario l'obbligo di pagare, prima della stipula, un corrispettivo (per i servizi di committenza) pari a € 13.632,50 oltre IVA, mediante la sottoscrizione di un atto unilaterale d'obbligo da presentare unitamente all'offerta.

Entro il termine per la presentazione delle offerte, l'Autorità ha emesso il parere motivato n. 22 del 15.1.2020, ai sensi dell'art. 211 co. 1ter d.lgs. 50/2016, chiedendo alla stazione appaltate l'annullamento in autotutela della *lex specialis* di gara, in quanto la citata la clausola del disciplinare è da ritenersi in contrasto con gli artt. 23 Cost. e, 41, co. 2bis, d.lgs. 50/2016, introducendo una surrettizia clausola escludente, in violazione dell'art. 83, co. 8, d.lgs. 50/2016. Con nota del 3.2.2020, la stazione appaltante comunicava la deserzione della gara (verbale n. 15 del 30.1.2020) che rendeva superfluo l'adeguamento della legge di gara ai rilievi formulati con il parere motivato n. 22/2020.

Con nota del 10.2.2020, l'Autorità chiedeva alla stazione appaltante le iniziative assunte dalla stessa a fronte della violazione dell'obbligo di presentare offerta del promotore.



Con successiva nota del 10.3.2020, la stazione appaltante ammetteva che il bando doveva essere annullato (per la presenza della clausola denunciata dall'Autorità nel parere motivato n. 22/2020) e di aver modificato le condizioni di gara (rispetto al progetto approvato), soggiungendo che, per tale motivo, non ha assunto alcuna iniziativa nei confronti del promotore.

L'Autorità, dunque, ha avviato un procedimento di vigilanza, ai sensi dell'art. 9-13 del Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici del 5.10.2018. In particolare, alla stazione appaltante venivano contestate, nello svolgimento della procedura in oggetto, le violazioni:

- 1) degli artt. 23 Cost., 41, co. 2 *bis*, e, 83 co. 8 d.lgs. 50/2016, in quanto *la lex specialis* di gara prevedeva l'obbligo per l'aggiudicatario di corrispondere i costi per i servizi di committenza connessi alla gestione della piattaforma telematica;
- 2) dell'art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016 per aver modificato unilateralmente delle condizioni di svolgimento della gara, sia relativamente ai costi per la piattaforma che al maggior costo delle cauzioni nella fase di esecuzione;
- 3) dell'art. 30, co. 1, d.lgs. 50/2016, sotto il profilo della economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, in quanto la procedura di gara è andata deserta a causa delle modifiche poste in essere dalla stazione appaltante, così vanificando la complessiva attività in precedenza svolta;
- 4) dell'art. 30, co. 1, d.lgs. 50/2016, in quanto la stazione appaltante ha fornito informazioni discordanti all'Autorità asserendo, prima, di non doversi adeguare per avvenuta deserzione della gara e, poi, che la mancata partecipazione del promotore fosse giustificata anche per le modifiche *medio tempore* occorse, peraltro tempestivamente contestate.

Invece, al promotore veniva contestata la violazione dell'art. 183 comma 15 d.lgs. 50/2016, ed in particolare dell'obbligo di partecipare al successivo affidamento, avendo ciò determinato la deserzione della gara, con potenziale inclusione dello stesso promotore nel Casellario informatico previsto all'art. 213, co. 10 del Codice (Cons. St., III, 5642/2018).

L'avvio del procedimento è stato comunicato in data 23.4.2020, concedendo un termine di 70 giorni per il riscontro, decorrenti dal 15.5.2020 (*ex art.* 103 d.l. 23/2020 e s.m.i).

Con memorie del 2.7.2020 (corredate da documentazione), il promotore ha eccepito di non aver partecipato alla successiva fase di gara in quanto l'introduzione del corrispettivo in favore del



gestore della piattaforma e l'introduzione di una cauzione annuale, a condizioni diverse da quelle poste a base del progetto già approvato, avrebbero reso diseconomica la propria partecipazione.

Dette problematiche erano state eccepite alla stazione appaltante (come da comunicazioni PEC inviate in data 24.12.2019 e 15.1.2020), infruttuosamente, come emerge dalla nota di riscontro inviata dalla stazione appaltante in data 14.1.2020.

Non è pervenuto invece alcun riscontro dalla stazione appaltante.

### Considerato in diritto

All'esito dell'attività istruttoria compiuta, appare pregiudiziale stabilire se la *lex specialis* di gara contenesse clausole illegittime, tali da ostacolare o rendere diseconomica la partecipazione del promotore.

A parere dell'Autorità, devono ribadirsi le criticità evidenziate nel parere 22/2020, da intendersi qui interamente richiamato. Infatti, nel caso di specie, l'attività di Omissis s.c.a.r.l. si è limitata alla messa a disposizione della piattaforma telematica per lo svolgimento della procedura: il progetto a base di gara è stato redatto dal promotore, è stato poi approvato dalla Giunta comunale in data 29.10.2019 e successivamente è stato modificato dalla stessa stazione appaltante; e non è emersa un'ulteriore attività eventualmente svolta dalla pretesa centrale di committenza.

Pertanto, deve ritenersi che la norma di gara che imponeva all'aggiudicatario di sostenere i relativi costi relativi alla piattaforma telematica si ponga in contrasto con il citato art. 41, co. 2**bis**, d.lgs. 50/2016.

Diversamente, le cauzioni richieste a garanzia della concessione sembrano porsi in linea con le previsioni dell'art. 183 co. 13 d.lgs. 50/2016, fermo restando che la loro eventuale incidenza sul PEF andrebbe valutata sul valore del premio e non su quello della garanzia.

Con riferimento alle **prime due criticità** oggetto di contestazione, quindi, può ritenersi che la clausola che imponeva all'aggiudicatario il pagamento di un importo di € 13.632,50, oltre IVA, ha contribuito a far rinunciare alla partecipazione financo un promotore che, come noto, nell'ambito della finanza di progetto, gode di una posizione privilegiata. Tale circostanza, peraltro, è stata segnalata dallo stesso promotore alla stazione appaltante, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ed infine è stata condivisa dalla stessa stazione appaltante, nella nota del 10.3.2020 (dopo che la gara era già andata deserta).



Sicché pare realizzata quella fattispecie restrittiva della concorrenza, più volte stigmatizzata dall'Autorità: *"il contributo così determinato rivela una portata anticoncorrenziale in contrasto con il principio del favor alla più ampia partecipazione dei concorrenti alle procedure concorsuali, configurandosi come sbarramento manifestamente illogico, irragionevole e limitativo della concorrenza, il cui effetto espulsivo scaturente dal (possibile) rifiuto dell'aggiudicatario di corrisponderne l'importo, comportante una sorta di "rifiuto all'aggiudicazione", contrasta altresì con il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione"* (delibera ANAC 780/2019).

Passando quindi alla **terza criticità** oggetto di contestazione, deve ritenersi che la procedura di gara in oggetto non sia stata condotta in coerenza con i principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, comportando una sostanziale vanificazione dell'intera attività precedente (connessa all'approvazione del progetto, allo svolgimento della gara ecc.), peraltro con piena consapevolezza della stessa stazione appaltante (che, nella nota del 10.3.2020, ha ammesso che *"il proponente non era obbligato a partecipare alla gara che risultava bandita a condizioni diverse da quelle contenute nella proposta, peraltro incidenti sul contenuto del piano economico-finanziario"*).

Peraltro, e con ciò esaminando anche il **quarto profilo di criticità** contestato, la stazione appaltante era stata invitata ad adottare gli opportuni provvedimenti in autotutela, sia da parte del promotore (come da comunicazioni PEC inviate in data 24.12.2019 e 15.1.2020), che da parte dell'Autorità (parere motivato n. 22/2020). Tuttavia, in entrambi i casi, la stazione appaltante ha opposto un netto rifiuto (rispettivamente con nota del 14.1.2020 e del 3.2.2020), salvo successivamente ammettere che *"il Comune ha posto a carico dell'aggiudicatario il corrispettivo da versare all'Omissis per l'espletamento della gara (clausola ritenuta illegittima con il parere ANAC n.22 del 15.01.2020), per cui il bando doveva essere annullato"* (nota inviata all'Autorità in data 10.3.2020).

In sintesi una più prudente valutazione delle sollecitazioni pervenute sia da parte del promotore che da parte dell'Autorità, avrebbe consentito il superamento di quelle illegittimità che hanno condotto in definitiva alla deserzione dell'affidamento.

A ciò si aggiunga che la stazione appaltante ha omesso di riscontrare la comunicazione di avvio del procedimento del 23.4.2020, potendo ciò rilevare ai sensi dell'art. 213 co. 13 d.lgs. 50/2016.



Con riferimento alla **posizione del promotore**, e alla sua mancata partecipazione alla procedura in oggetto, deve richiamarsi, in quanto pienamente condivisibile, il consolidato orientamento secondo il quale *"Il project financing è una procedura unitaria e omogenea, articolata in fasi interdipendenti a formazione progressiva. Il promotore ha l'obbligo, in caso di procedura attivata su iniziativa del medesimo, di partecipare ad entrambe le fasi della gara – fase prodromica di individuazione del promotore e successiva fase selettiva – a garanzia della serietà ed effettività della proposta. La decisione ingiustificata del promotore di interrompere il proprio apporto alla procedura integra un profilo di responsabilità a suo carico e legittima l'escussione della cauzione provvisoria prestata a garanzia dell'offerta"* (Cons. St., V, n. 5642/2018; in termini Consiglio di Stato, V, 28/05/2009 n. 3319; Parere ANAC 206/2015, Determinazione AVCP 8/2007).

La concreta applicazione degli esposti principi conduce tuttavia a giustificare, nel caso di specie, e in via eccezionale, la violazione dell'obbligo partecipativo da parte del promotore, il quale si è trovato incluso in un procedimento che gli avrebbe imposto, vieppiù in caso di aggiudicazione, il pagamento di un corrispettivo, non preventivabile in sede di PEF e soprattutto illegittimo (al di là dell'eventuale modestia dello stesso). Illegittimità, peraltro, segnalata dal promotore/concorrente durante la gara, dall'Autorità con il parere n. 22/2020 e, da ultimo, tardivamente condivisa dalla stessa stazione appaltante con la nota del 10.3.2020. Pertanto, in via generale, deve affermarsi l'obbligo del promotore di partecipare alla procedura di gara volta all'assegnazione di una finanza di progetto attivata su iniziativa del promotore stesso; tuttavia, la violazione di tale obbligo può ritenersi giustificata, in via eccezionale e secondo una prudente valutazione da compiersi in concreto, in presenza di illegittimità nella *lex specialis* di gara, non imputabili al promotore stesso, tali da ostacolarne in modo significativo la partecipazione.

Nello stesso senso potrebbero rilevare modifiche unilateralmente introdotte dalla stazione appaltante, dopo l'approvazione del progetto posto a base di gara, che rendano diseconomica la partecipazione del promotore alla successiva fase di gara.

\*\*\*

Per tutto quanto esposto, ai sensi dell'art. 12 e 22 del Regolamento di Vigilanza ANAC del 5 ottobre 2018.

**DELIBERA**



1. la illegittimità della *lex specialis* di gara adottata nell'ambito della procedura di gara in oggetto, per violazione degli art. 41 co. 2**bis** e 83 co. 8 d.lgs. 50/2016;
2. di valutare la condotta dalla stazione appaltante, nella complessiva vicenda occorsa, contraria ai principi di economicità ed efficienza di cui all'art. 30 co. 1 d.lgs. 50/2016;
3. di invitare la stazione appaltante *pro futuro* ad adottare iniziative volte ad evitare la reiterazione delle descritte illegittimità;
4. di ritenere giustificata la mancata partecipazione del promotore alla ulteriore fase di gara dell'affidamento in oggetto, esclusivamente per le eccezionali motivazioni esposte in parte motiva.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare all'A.N.AC. le eventuali determinazioni al riguardo assunte, anche *pro futuro*, entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22 del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 5.10.2018.

*Il Presidente f.f.*

*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 settembre 2020

*Per Il Segretario Maria Esposito*

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente