



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 83 del 22.01.2020

Fascicolo 4166/2019

Oggetto: Comune di Monsummano Terme/Consorzio CEV in qualità di Centrale di Committenza per conto del Comune di Monsummano Terme - Procedura aperta ex art. 60 D.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei lavori di realizzazione nuova piazza di Cintolese – 1° lotto; importo a base d'asta 950.000,00 euro (CIG: 849424D96).

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Nell'adunanza del 22.01.2020

Visto il d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 e il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori,

Premesse

In data 02.10.2019 risulta pervenuto l'esposto a firma del Presidente dell'ANCE – Associazione Nazionale Costruttori Edili, acquisito al protocollo ANAC con il numero 76975 nel quale si segnalava che la procedura di cui in oggetto non sarebbe pienamente rispettosa delle prescrizioni di legge, essendo in essa ravvisabile, secondo quanto riferito, l'anomalia afferente alla richiesta di prestazione di un corrispettivo in favore della centrale di committenza per il servizio di consulenza svolto

L'Ufficio competente, preso atto del contenuto di tale esposto, ha inoltrato, con nota prot. n. 96440 del 02.12.2019, comunicazione di avvio del procedimento, formulando alle amministrazioni interessate, ovvero il Comune di Monsummano Terme e Consorzio Energia Veneto - CEV, la richiesta di chiarimenti ed osservazioni volte a far chiarezza sulle criticità riscontrate.

Con riferimento alle contestazioni avanzate il CEV, nella persona del Direttore – Dott. A. S., ha fatto pervenire all'Ufficio la nota acquisita al prot. ANAC con il numero 99947 del 11.12.2019, rilevando la piena legittimità della procedura e rappresentando le considerazioni di seguito riportate, condivise dal

Comune di Monsummano Terme nella nota prot. n. 10225 del 12.12.2019, a firma del Responsabile del procedimento Geom. G. B.

Considerato in fatto

Con Bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 60 del 24.05.2019, il Comune di Monsummano Terme ha indetto una procedura aperta ex art. 60 D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento dei lavori di realizzazione della nuova piazza di Cintolese – 1° lotto, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, per un importo a base d'asta pari a € 950.000, oltre IVA e oneri, con indicazione del termine previsto per la ricezione delle offerte in data 10.06.2019. Nella Presente procedura il Consorzio CEV opera in qualità di Centrale di Committenza per conto del Comune di Monsummano Terme.

L'anomalia riscontrabile attiene alla previsione di cui al punto 21 ultimo capoverso del disciplinare di gara allegato al bando ed elaborato da CEV, inerente all'obbligo di pagamento in favore del soggetto aggregatore per l'attività di consulenza prestata.

In particolare si legge “Il concorrente aggiudicatario della presente procedura si obbliga a riconoscere al Consorzio Energia Veneto in sigla CEV il pagamento di un corrispettivo a copertura delle attività di consulenza e supporto effettuata per le procedure di gara agli enti consorziati, secondo l'importo e le modalità indicate nell'atto unilaterale d'obbligo allegato alla presente procedura e nel Regolamento Centrale di Committenza presente nell'homepage all'indirizzo <https://eprocurement.consorzioccv.it>, sezione “Documenti”, che si accetta nel momento di partecipazione alla procedura di gara.”

Tale clausola viene ulteriormente ribadita nell'atto unilaterale d'obbligo, necessariamente sottoscritto dall'operatore in fase di partecipazione alla procedura, in cui si specifica che “L'Operatore economico si impegna nei confronti di CEV a corrispondere, a seguito dell'aggiudicazione, il corrispettivo del servizio per l'attività di consulenza fornita all'Ente nella misura e nelle modalità indicate nella documentazione di gara, nel Regolamento Operatori Economici - norme tecniche di funzionamento della piattaforma acquisti del Consorzio Energia Veneto – CEV nonché nel documento “Corrispettivi del servizio”, che costituiscono parte integrante e sostanziale del presente atto. L'Operatore economico, nel caso risultasse aggiudicatario della procedura di gara “Affidamento dei lavori di Realizzazione della nuova Piazza di Cintolese – I lotto”, procederà al pagamento di € 9.000,00 più IVA”, con l'ulteriore precisazione che “l'assunzione della presente obbligazione costituisce elemento essenziale dell'offerta”.

Pare doveroso evidenziare al riguardo che le clausole sopra esposte ripropongono, in maniera quasi pedissequa, quanto riportato nel Regolamento della Centrale di Committenza, in cui all'articolo 6 - Corrispettivi del servizio di consulenza - si legge quanto segue: “1. L'accesso e l'utilizzo della Piattaforma da parte degli Enti è gratuito. È invece a carico del Fornitore aggiudicatario della gara il pagamento del compenso dell'attività di consulenza resa dal CEV in relazione a ciascuna procedura. L'ammontare del compenso è stabilito dalla tariffa in allegato sub 1. Tale tariffa è dovuta anche nel caso in cui la gara non sia pubblicata nella piattaforma del Consorzio CEV. 2. La tariffa è determinata e verrà aggiornata dal Direttivo del CEV e sarà parte dell'“Atto unilaterale d'obbligo” che gli Enti sono obbligati ad inserire nella documentazione di gara. 3. Il CEV si riserva di convenire con l'Ente, in ragione del particolare tipo di gara/e, corrispettivi di consulenza specifici in deroga alla tariffa.

Sul punto, secondo quanto riferito da CEV nella nota di riscontro a firma del Direttore – Dott. A. S., sarebbe “in corso di adozione un nuovo regolamento per la Centrale di Committenza, già presentato in Assemblea Soci in data 14 novembre 2019, il quale interviene anche in ordine al pagamento delle competenze per

l'attività consulenziale prestata dal Consorzio, che sarà assolto dagli Enti mediante inserimento della spesa nel quadro economico delle procedure di gara”.

Nella nota di controdeduzioni, in merito alle criticità evidenziate, il Consorzio evidenzia preliminarmente che *“premesso che il mero uso della piattaforma elettronica CEV è totalmente gratuito per gli affiliati al Consorzio, nel caso della vicenda del Comune di Monsummano Terme, l'intervento della Centrale di Committenza del CEV per il buon fine della gara è consistito nella redazione della documentazione di gara assieme all'Ente Comune Socio”*, rilevando che trattasi di *“corrispettivo per una consulenza concepito in ragione del tipo di coinvolgimento e perciò impegno della Centrale di Committenza gestita dal CEV.”* (...) *“Giusta quanto fatto dalla Centrale di Committenza CEV in base alla tariffa che è parte integrante del Regolamento della Centrale di Committenza, accettata dal Comune di Monsummano Terme con delibera giuntale n.137 del 13/11/2014 il compenso maturato è stato fissato in € 9.000 ed addebitato all' Operatore Economico aggiudicatario conformemente al disposto dell'art. 6 del Regolamento della Centrale di Committenza Committenza1, nonché dell'atto d obbligo sottoscritto da ogni partecipante alla gara al momento della presentazione dell'offerta che integra promessa unilaterale di pagamento ex art. 1988 c.c.”*

Per onere di completezza si riporta ulteriormente che, sempre secondo quanto riferito da CEV, l'aggiudicatario della procedura in oggetto ha promosso un giudizio avanti al Tribunale Ordinario di Verona *“per vedere accertata l'assenza dell'obbligo di pagamento in capo al CEV di quanto promesso per il saldo della consulenza resa dal Consorzio.”*

Ritenuto in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte in ordine alla verifica della legittimità della richiamata previsione afferente all'obbligo di pagamento di un corrispettivo in favore del soggetto aggregatore a copertura delle attività di consulenza e supporto effettuate per le procedure di gara all'ente consorziato.

Tale disposizione integra una violazione dell'art. 41 comma 2 bis del D.lgs. 50/2016, il quale dispone il divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme telematiche di negoziazione attraverso cui si svolgono le procedure.

Ebbene, da come si evince dal disciplinare di gara e dall'atto unilaterale d'obbligo allegato, nella procedura in analisi, le spese dell'attività di consulenza prestata da CEV nell'intera procedura di gara espletata per mezzo della piattaforma di e-procurement risultano rifulse a carico dell'operatore aggiudicatario e non a carico della stazione appaltante, ovvero dell'ente consorziato.

Tale evenienza costituisce una delle criticità stigmatizzate dall'Autorità già prima della sua introduzione normativa, ed oggetto dell'Atto di segnalazione n. 3 del 25 febbraio 2015 con cui si denunciava *“la prassi, che si sta diffondendo nel mercato dei contratti pubblici, di porre a carico dell'aggiudicatario il pagamento di una somma a titolo di rimborso delle spese della procedura ovvero di utilizzo della piattaforma informatica, anche in modalità ASP (Application Service Provider), di alcune centrali di committenza”, con particolare riferimento alla “clausola, contenuta nei bandi di gara o nelle lettere di invito, che: prevede a carico dell'aggiudicatario il pagamento di un corrispettivo – a favore di alcune centrali di committenza – fissato in percentuale rispetto al valore del prezzo di aggiudicazione, pena la revoca di quest'ultima, o che impone al concorrente di allegare espressa dichiarazione con la quale si obbliga ad effettuare il suddetto pagamento in caso di aggiudicazione, a pena di esclusione”.*

Il riferimento a tale atto, peraltro, non appare incongruo, come invece paventato nella nota di riscontro di CEV, secondo cui *“nel caso specifico non esiste un rimborso spese parametrato percentualmente al valore della gara,*

bensi il corrispettivo per una consulenza concepito in ragione del tipo di coinvolgimento e perciò impegno della Centrale di Committenza gestita dal CEV". Tale assunto non è di per sé idoneo a sanare la ritenuta illegittimità della riscossione in capo all'Amministrazione procedente, non potendosi riscontrare alcuna esimente nella preventiva fissazione dell'illegittimo contributo gravante sull'aggiudicatario, in quanto, a prescindere dall'entità del corrispettivo, espresso in misura percentuale o fissa (come nel caso di specie), trattasi pur sempre di un compenso non dovuto posto a carico dell'operatore (in tal senso delibera n. 1067 del 13.11.2019).

L'Autorità, accogliendo le censure sollevate da ANCE, ha censurato più volte la prassi di porre a carico dei soggetti privati qualsiasi costo connesso alla gestione delle procedure informatizzate, quantificato in misura percentuale predeterminata e concernente l'organizzazione di una funzione amministrativa, normalmente gravante sulla stazione appaltante (in tal senso delibera n. 1123 del 28.11.2018).

In particolare il divieto opererebbe per qualsiasi attività espletata dalla Centrale di Committenza, a nulla rilevando le generiche locuzioni di *"attività di consulenza per la redazione degli atti di gara"* utilizzate da CEV al fine di rimarcare la differenza con l'attività di gestione della piattaforma telematica, la cui remunerazione è espressamente illegittima ai sensi dell'art. 41 comma 2 D.lgs. 50/2016.

Viene in tal senso in rilievo l'art. 2 del Regolamento della Centrale di Committenza secondo cui la medesima *"mette a disposizione degli Enti un servizio qualificato di consulenza - i cui riferimenti sono presenti nell'homepage della Piattaforma – di supporto sia nella fase di adesione, sia nella fase di utilizzo della Piattaforma (e) provvede a svolgere un servizio di consulenza specialistica agli Enti per la predisposizione delle proprie gare e per la diffusione sul territorio dell'e-Procurement"*.

L'attività di consulenza, dunque, ingloberebbe l'attività di utilizzo e gestione della piattaforma, ed il corrispettivo non potrebbe dunque, che includere entrambe le prestazioni.

Come recentemente rilevato da Questa Autorità *"tale contributo determinerebbe, inoltre, un aggravio dei costi per gli operatori, che verrebbero traslati sull'ente appaltante, e per esso sulla collettività, offrendo minor ribassi in gara, al fine di compensare il probabile costo posto a loro carico, laddove dovessero risultare aggiudicatari"* (delibera n. 780 del 4.10.2019).

Sotto altro profilo preme evidenziare che la promozione della centralizzazione degli acquisti, attuata anche attraverso la creazione di centrali di committenza, ha il precipuo scopo di realizzare un risparmio di spesa per le singole amministrazioni che ne beneficiano *"sia in termini di diverso impiego delle risorse umane sia in termini di maggiori sconti conseguibili grazie all'aggregazione della domanda e al maggior incentivo alla concorrenza"*, per cui il relativo funzionamento e la gestione delle stesse non può costituire un onere economico a carico degli operatori.

A sostegno di ciò, si evidenzia che *"l'art. 9, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito con modificazioni in legge 6 luglio 2012 n. 94, secondo cui il M.E.F. mette a disposizione, a titolo gratuito, il proprio sistema informatico di negoziazione in modalità Application Service Provider, costituisce chiara espressione della volontà di non porre a carico degli operatori economici i costi connessi alla centralizzazione/aggregazione degli acquisti. D'altronde la stessa creazione di centrali di committenza è posta in essere col fine di procedere ad un risparmio di spesa per le singole amministrazioni che ne beneficiano, ma il loro relativo funzionamento non può determinare un aggravio dei costi per gli operatori stessi"* (delibera 1123 del 28.11.2018).

Sul punto non appaiono, dunque, condivisibili le argomentazioni svolte da CEV secondo cui *"l'art. 37 del Codice Appalti codifica per i Comuni non capoluogo la possibilità - una volta, l'obbligo - di rivolgersi alle*

Centrali di Committenza, e ogni Centrale di Committenza impone il pagamento di un corrispettivo all'Ente che chieda i suoi servizi per gestire una gara, e quello si grava certamente sulle finanze pubbliche” mentre, nel caso di specie, la traslazione delle spese di consulenza in capo all'operatore assicurerebbe un risparmio all'ente, in quanto “il pagamento del corrispettivo per la consulenza da parte dell'Operatore Economico, esclude che il saldo avvenga ad opera della Pubblica Amministrazione, che perciò non è onerata di spese”.

Il risparmio di spese in favore dell'ente pubblico, infatti, non può essere assicurato a detrimento della posizione degli operatori.

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.

Sul punto l'Autorità osserva che *“Stando al disposto dell'articolo 23 Cost., secondo il quale nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge, ogni prestazione patrimoniale imposta deve trovare il proprio fondamento nel dettato legislativo. In questa direzione, le disposizioni presenti in materia concernenti eventuali spese relative la stipula del contratto, compresa l'utilizzazione di piattaforma telematica, non fanno che riferimento alla gestione della procedura tutta. Pertanto, deve ritenersi insussistente ogni diretta relazione tra spese connesse a singole fasi della procedura ed il pagamento del relativo corrispettivo da parte dell'aggiudicatario”* (delibera 1123 del 28.11.2018).

Più recentemente nel Parere n. 44206 del 3.06.2019 (in risposta ad un quesito interpretativo sollevato da ANCE), l'Autorità ha ribadito l'assenza di disposizioni di rango legislativo che consentano di introdurre meccanismi di remunerazione, a qualsiasi titolo, in favore dell'ente appaltante ed a carico dell'aggiudicatario, nonché l'espresso ed onnicomprensivo divieto in tal senso posto dal Codice dei contratti.

Parimenti anche la giurisprudenza amministrativa più recente evidenzia che *“il corrispettivo sostanzialmente posto a carico del partecipante (in caso di aggiudicazione) e non già della Stazione Appaltante sembra concretare - in assenza di espressa copertura legislativa specifica - una violazione di legge (art. 41, comma 2 bis del Decreto Legislativo n. 50/2016 e art. 23 della Costituzione)”* (TAR Puglia Lecce, ordinanza n. 328 del 29.5.2019).

Per tale motivo, la disposizione che prevede la traslazione delle spese sostenute dalla p.a. a carico degli operatori può ritenersi legittima solo nei casi tassativi previsti dalla legge, in assenza di disposizione legislativa, che in termini generali abiliti una stazione appaltante a richiedere il pagamento di una commissione agli aggiudicatari delle proprie gare d'appalto.

Per le considerazioni sopra esposte non paiono, dunque, condivisibili le considerazioni svolte da CEV secondo cui *“quanto alla natura dell'obbligo imposto all' Operatore Economico, è chiaramente escluso che sia di natura tributaria e perciò illegittimo perché non codificato per Legge. Infatti, il prezzo della consulenza per il buon fine della gara è sinallagmaticamente collegato alla prestazione consulenziale resa, non si tratta già di un obbligo tributario legato tipicamente alla capacità contributiva. L'obbligo contratto e sottoscritto volontariamente dall'Operatore Economico aggiudicatario come detto più sopra, al di là del nomen juris va sussunto nel novero delle promesse di pagamento e ricognizioni di debito normate all'art 1988 cc ed il mancato rispetto dello stesso non comporta (e non ha mai comportato)*

in nessun caso esclusione dalla procedura di gara.”. “Dunque nessuna elusione del dettato costituzionale di cui all’art. 23 Cost., bensì vi è soltanto l’assunzione volontaria da parte del’ Operatore Economico di un obbligo riconosciuto come possibile ex lege”.

Prescindendo dalla contraddizione ontologica nell’assunzione volontaria di un obbligo, che, si evidenzia, essere tutt’altro che volontaria, per le considerazioni di seguito esposte, preme evidenziare che il rapporto esistente tra operatore e pubblica amministrazione non risulta essere di carattere privatistico, ma pubblicistico, con esclusione, dunque, di qualsiasi nesso di corrispettività tra prestazione resa dal consorzio e pagamento del corrispettivo, essendo più propriamente corretto parlare di correlatività. Non si ritiene, infatti, configurabile alcuna relazione di sinallagmaticità in quanto la fonte dell’imposizione resta comunque la legge (peraltro qui assente) e mai l’autonomia privata. Ulteriormente, al di là si qualsiasi qualificazione giuridica dell’obbligo assunto dall’operatore, che non assume rilievo nel caso di specie, è evidente che esso non pertenga alla fase di evidenza pubblica.

Ebbene, 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.

Ulteriormente si rileva che, costituendo tale corrispettivo “elemento essenziale dell’offerta”, secondo quanto riportato nell’atto unilaterale d’obbligo, l’inserimento di siffatta clausola che pone a carico dell’aggiudicatario l’onere di rimborsare le spese della procedura confligge con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito all’art. 83 comma 8 del D.lgs. 50/2016.

A parere dell’Autorità viola il principio de quo *“non solo la richiesta, pena l’esclusione dalla gara, di una dichiarazione contenente l’impegno di accollarsi le spese di gestione della procedura in caso di aggiudicazione, ma anche la previsione che attribuisce valore di rinuncia all’aggiudicazione all’omesso versamento del rimborso delle spese di gestione della procedura di gara o di utilizzo di piattaforme elettroniche, messe a disposizione dalla centrale di committenza che espleta la gara. Ciò in quanto nessuna disposizione del Codice, di legge o di regolamento prevede genericamente tale possibilità o disciplina (tranne i casi sopra citati, espressamente normati) in termini di doverosità il rimborso delle spese di funzionamento delle piattaforme elettroniche e/o delle centrali di committenza sparse sul territorio dello Stato. Né, d’altra parte, simili clausole escludenti possono essere ricondotte ad alcuna delle altre categorie contemplate dalla disposizione sopra richiamata (incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, non integrità del plico, o più in generale violazione del principio di segretezza delle offerte, carenza di elementi essenziali)”* (Segnalazione n. 3 del 25.2. 2015).

Su un piano pubblicistico, inoltre, clausole di tale portata costituiscono violazione del principio di libera concorrenza, in quanto, secondo quanto rilevato 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 n. 1123 del 28.11.2018).

Tutto quanto sopra ritenuto e considerato,

DELIBERA

- La non conformità della procedura in analisi ai disposti di cui agli articoli 30 e 41 comma 2 bis D.lgs. 50/2016, in quanto lesiva del divieto di pagamento del corrispettivo in capo all'aggiudicatario in favore della stazione appaltante e del principio di libera concorrenza;
- di trasmettere, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione al Consorzio Energia Veneto, nonché al Comune di Monsummano Terme, sollecitando l'ente aggregatore al rispetto del disposto normativo, delle Linee Guida e dei principi più volte espressi da questa Autorità in merito alle illegittimità rilevate, in occasione delle procedure espletate.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 febbraio 2020

Il Segretario

Maria Esposito