



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 267

DEL 17 marzo 2020

OGGETTO: Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Comune di Bacoli – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di smaltimento e recupero di diverse tipologie di rifiuto differenziato in piattaforma ecologica - Importo a base di gara: Euro 4.077.600,00 (lotto 1) ed Euro 194.250,00 (lotto 4) – S.A.: Comune di Bacoli (NA).

PREC-PB 31/2020/S

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.

Procedure di gara svolte su piattaforma telematica – Clausola che impone i costi di gestione della piattaforma telematica a carico dell'aggiudicatario - Provvedimenti conseguenti adottabili dalla stazione appaltante – Discrezionalità.

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. La clausola, pertanto, oltre ad essere affetta da violazione di legge, è nulla ed inefficace *ab origine*.

Fermo restando la valutazione relativa ai provvedimenti conseguenti che la stazione appaltante può adottare che ha carattere discrezionale, quest'ultima, senza annullare *tout court* gli atti di gara e l'intera procedura, può valutare di avviare un procedimento di autotutela rivolto a dichiarare la nullità parziale degli atti di gara, dietro motivata valutazione anche dell'interesse pubblico, di quello facente capo ai controinteressati e al decorso o meno di un termine ragionevole rispetto alla data di adozione degli atti di gara.

Art. 41, comma 2-*bis*, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere, acquisita al prot. n. 2981 del 15 gennaio 2020, il Comune di Bacoli ha chiesto se sia conforme all'art. 41, comma 2-*bis*, del Codice la previsione della *lex specialis* che impone, a carico della ditta aggiudicataria, il pagamento degli oneri di gestione della piattaforma telematica richiesti da Asmel Consortile S.c. a r.l. e se, a fronte della dedotta illegittimità, il Comune possa procedere alla sottoscrizione del contratto con la ditta aggiudicataria oppure se “debba” annullare in autotutela la procedura di gara,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

essendosi configurata una violazione del principio del *favor participationis* a fronte della minore partecipazione indotta dalla richiesta di tali *fees*.

La suddetta istanza aveva ad oggetto il lotto di gara n. 1, con importo a base d'asta pari ad € 4.077.600,00, aggiudicato alla società Trincone S.r.l.

Identico quesito è stato successivamente rivolto dalla stazione appaltante, con istanza acquisita al prot. n. 6617 del 27 gennaio 2020, con riferimento al lotto n. 4, con importo a base di gara di € 194.250,00 aggiudicato alla ditta G.F. Service S.r.l.

L'Autorità (con note prot. n.13249 del 17.02.2020 e n. 14680 del 21.02.2020) ha comunicato alle parti l'avvio dei due procedimenti di precontenzioso, disponendone la successiva riunione con nota n. 19300 del 6 marzo 2020 attesa l'identità del *petitum* e della procedura di gara oggetto di disamina.

Dalla documentazione in atti risulta che, con determinazione n. 158 del 22.03.2019, il Comune di Bacoli ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di recupero e smaltimento dei rifiuti, suddivisa in sei lotti, prevedendo che, per garantire la massima trasparenza del procedimento, la segretezza delle offerte, la tracciabilità e l'univocità di ogni comunicazione, la gara sarebbe stata espletata su piattaforma telematica Asmel. Nella determina veniva stabilito che l'aggiudicatario, oltre a rimborsare le spese di pubblicità obbligatorie previste dal Codice, avrebbe dovuto versare in favore del gestore della piattaforma un corrispettivo "*per tutte le attività di committenza non escluse dal comma 2-bis dell'art. 41 del D.Lgs. n. 50/2016*" fissato in € 31.634,56 oltre IVA per il lotto n. 1 e in € 1.942,50 oltre IVA per il lotto n. 4, citando (ad asserito supporto di tale richiesta) la pronuncia del Consiglio di Stato n. 3042/2014.

Il par. 15.3 del disciplinare di gara richiedeva la sottoscrizione di un atto unilaterale d'obbligo, mediante il quale l'operatore economico, in caso di aggiudicazione, si impegnava a versare alla centrale di committenza, prima della stipula del contratto, il corrispettivo sopra indicato, qualificando tale dichiarazione come "*elemento essenziale dell'offerta*", da rendersi secondo il modello E allegato al disciplinare (che doveva essere inserito all'interno della documentazione amministrativa).

Con determinazione n. 71 del 20.05.19, la stazione appaltante ha approvato la proposta di aggiudicazione di soli tre lotti (lotto n. 1 in favore della Trincone S.r.l., lotto n. 2 in favore della ditta Ricicla S.r.l. e lotto n. 4 in favore della G.F. Service S.r.l.), invece, i lotti n. 3, 5 e 6 sono andati deserti. A decorrere dal 1° giugno 2019, il Comune ha altresì disposto l'affidamento in via d'urgenza del servizio alla Trincone S.r.l. e alla G.F. Service S.r.l.

Medio tempore, l'Autorità ha effettuato un'attività di monitoraggio sull'attività contrattuale svolta da Asmel, conclusa con l'adozione della delibera n. 780 del 4.09.2019, nella quale è stata rilevata l'illegittimità delle clausole che prevedono la remunerazione dei costi di gestione delle piattaforme telematiche a carico dell'aggiudicatario, invitando le stazioni appaltanti ad adeguare la documentazione di gara; tra i bandi di gara esaminati nella citata delibera vi era anche quello del Comune di Bacoli di cui si discute.

Sulla base della suddetta delibera, il Comune ha segnalato ad Asmel l'illegittimità della pretesa di ottenere il rimborso degli oneri in questione da parte delle società aggiudicatarie, contestualmente segnalando le difficoltà e i costi dell'indizione di una nuova gara, nonché la circostanza che un'eventuale revoca e/o annullamento del precedente bando creerebbe un danno per la collettività, impattando su un servizio pubblico essenziale non suscettibile di interruzioni.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

D'altra parte, in base alla citata delibera ANAC, le società aggiudicatrici dei due lotti di gara hanno entrambe rifiutato di corrispondere il contributo in favore di Asmel, e, per tale motivo, i contratti non sono stati ad oggi stipulati. La società Trincone S.r.l. (con nota del 14.02.2020) ha anche comunicato alla stazione appaltante la volontà di sciogliersi da ogni vincolo derivante dall'aggiudicazione, in conseguenza dell'infruttuoso decorso del termine di stipula del contratto, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del Codice. Da ultimo, con nota acquisita al prot. n. 14484 del 20.02.2020, il Comune di Bacoli ha rappresentato la necessità di garantire la continuità dell'erogazione del servizio, chiedendo alle società aggiudicatrici di proseguire nell'erogazione dello stesso per ulteriori 60 giorni.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta in esame concerne la legittimità della clausola della *lex specialis* contemplante l'obbligo di pagamento dei costi di gestione della piattaforma telematica in capo all'aggiudicatario, nonché la valutazione relativa ai provvedimenti conseguenti che la stazione appaltante può adottare nella vicenda *de qua*, sopra sintetizzata.

Riguardo al primo profilo, va certamente ribadito quanto già segnalato dall'Autorità nella delibera n. 780 del 4 settembre 2019, nella quale è stata rilevata l'illegittimità di clausole come quella in esame, per contrasto con il Codice e con l'art. 23 Cost. rilevando 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 correttezza”*.

Tale principio è stato più volte evidenziato dall'Autorità (cfr. Atto di segnalazione dell'Autorità n. 3 del 25.02.2015; Delibera n. 1123 del 28.11.2018; Delibera n. 926 del 16 ottobre 2019; Delibere nn. 21 e 22 del 15 gennaio 2020; Delibera n. 179 del 26.02.2020), dichiarando illegittime le 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 tal senso, devono richiamarsi l'art. 73, comma 4, del Codice e l'art. 5 del DM MIT del 2.12.2016 che limitano gli importi rimborsabili da parte dell'aggiudicatario alle spese di pubblicazione del bando di gara e l'art. 41, comma 2-*bis*, del Codice (introdotto dall'art. 28 del d.lgs. n. 56/2017) - applicabile *ratione temporis* alla procedura in oggetto – che 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).

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. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, il TAR Puglia, Lecce, con sentenza n. 1664 del 31 ottobre 2019, ha evidenziato che l'art. 23 Cost.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

consente la rifusione delle spese di gestione a carico degli operatori economici solo nei casi espressamente previsti dalla legge, mentre per i costi in esame non vi è alcuna copertura normativa. Inoltre, il TAR ha precisato che, in una gara in cui la centrale di committenza si limita a pubblicare gli atti predisposti dalla stazione appaltante e a mettere a disposizione la piattaforma telematica, la richiesta di tali costi è illogica, in quanto *“l’apporto partecipativo di ASMEL alla procedura di gara (ulteriore rispetto alla messa a disposizione della piattaforma telematica) è minimo, e il corrispettivo imposto all’aggiudicatario in favore di ASMEL è, in effetti, destinato a coprire le spese di gestione della piattaforma, in violazione del menzionato art. 41, comma 2-bis del Decreto Legislativo n. 50/2016”*.

Gli stessi principi sono stati recentemente ribaditi dal TAR Lombardia, Milano, con la sentenza del 3 febbraio 2020, n. 240, che ha accolto un ricorso *ex art.* 211, comma 1-ter, del Codice proposto dall’Autorità contro Asmel, evidenziando *inter alia* che il corrispettivo richiesto non trova copertura neppure nell’art. 16-bis del r.d. n. 2440/1923 (secondo cui *“le spese di copia, stampa, carta bollata e tutte le altre inerenti ai contratti sono a carico dei contraenti con l’amministrazione dello Stato”*) in quanto tale disposizione si riferisce al rimborso delle spese effettivamente sostenute dall’Amministrazione (secondo tariffe prefissate) e *“l’applicazione di tale normativa non necessiterebbe di un atto unilaterale d’obbligo che, evidentemente, mira al fine ulteriore e diverso della remunerazione per l’attività svolta nell’interesse dei Comuni aderenti”*.

Non sono, di contro, applicabili nel caso di specie i principi sanciti nella sentenza del Consiglio di Stato n. 3042/2014 (richiamata nella determina a contrarre del Comune odierno istante), in quanto dettati con riferimento al previgente Codice, nell’ambito del quale non sussisteva una disposizione analoga a quella contenuta nel comma 2-bis dell’art. 41 del vigente Codice, che ora espressamente vieta di porre a carico dell’aggiudicatario i costi di gestione delle piattaforme telematiche.

Sotto altro (connesso) profilo, merita evidenziare che la clausola contenuta nell’art. 15.3 del disciplinare – attribuendo alla mancata presentazione della dichiarazione unilaterale d’obbligo, in sede di gara, un effetto escludente dalla procedura e alla mancata corresponsione del corrispettivo in favore di Asmel un effetto di “decadenza” dell’aggiudicazione, precludendo la stipula del contratto – è contraria al principio di tassatività delle cause di esclusione, codificato nell’art. 83, comma 8, del Codice, e va considerata *in parte qua* nulla. Infatti, sia la richiesta, in sede di gara, di una dichiarazione unilaterale contenente l’obbligo di accollarsi le spese di gestione della piattaforma in caso di aggiudicazione, sia la previsione che attribuisce all’omesso versamento di tali corrispettivi l’effetto di decadenza dall’aggiudicazione (costituendo un fatto impeditivo della stipula del contratto) non trovano alcuna copertura normativa nel Codice e nella legislazione vigente, ma anzi sono state espressamente vietate con il decreto correttivo al codice di cui al d.lgs. n. 56/2017. Tantomeno la mancanza della dichiarazione unilaterale d’obbligo può essere qualificata come elemento essenziale dell’offerta, al punto da rendere l’offerta medesima irricevibile, in quanto non vi è alcuna disposizione legislativa che richieda la presentazione di tale dichiarazione come elemento a corredo dell’offerta (al pari, ad esempio, alla cauzione provvisoria o alla ricevuta di pagamento del contributo ANAC).

Una volta acclarata l’illegittimità della clausola *de qua*, va esaminata la questione relativa ai conseguenti provvedimenti adottabili da parte della stazione appaltante.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Fermo restando che detta valutazione ha carattere discrezionale e rientra, pertanto, nella competenza esclusiva della stazione appaltante, in questa sede si possono solo fornire all'Amministrazione le coordinate di carattere generale entro le quali la stessa può (*rectius* deve) esercitare le proprie prerogative. In particolare, a fronte della riscontrata illegittimità delle clausole esaminate - qualificabile non solo come vizio di annullabilità *sub specie* di violazione di legge, per contrasto con l'art. 23 Cost. e con l'art. 41, comma 2-*bis* del Codice, ma anche come vizio di nullità per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione - la stazione appaltante, senza annullare *tout court* gli atti di gara e l'intera procedura, può valutare di avviare un procedimento di autotutela rivolto a dichiarare (*rectius* a prendere atto della) la nullità parziale della determina a contrarre, del disciplinare, del capitolato e dell'Allegato E del disciplinare, nella parte in cui oneravano i concorrenti della presentazione di una dichiarazione non dovuta, sanzionando con la decadenza dell'aggiudicazione il mancato versamento del corrispettivo in favore di Asmel. Infatti, 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*¹.

Nell'ambito del suddetto procedimento, la stazione appaltante deve anche necessariamente valutare la sussistenza degli altri presupposti legittimanti l'esercizio del potere di autotutela, diversi ed ulteriori rispetto al vizio di invalidità parziale degli atti di gara. *In primis*, va considerato se è prevalente l'interesse pubblico alla conservazione della gara già espletata oppure quello alla sua integrale rinnovazione. Sotto quest'ultimo aspetto, va valutato se, nonostante i maggiori costi da sostenere per l'indizione di una nuova gara, vi sarebbe un maggiore vantaggio in caso di ampliamento della concorrenza (potendo, ad esempio, la stazione appaltante conseguire condizioni migliori nel caso in cui partecipassero alla procedura più di tre operatori). Sul punto, va ricordato che l'Autorità (nei precedenti sopra richiamati) ha evidenziato che clausole come quella in esame rappresentano misure ingiustamente restrittive della concorrenza, in quanto, imponendo agli operatori oneri economici ulteriori, li disincentivano dal presentare le offerte, creando un danno alla concorrenza.

Inoltre, occorre bilanciare l'interesse pubblico con quello facente capo ai soggetti controinteressati, in particolare con quello delle società aggiudicatrici dei lotti di gara (le quali, pur rifiutandosi, ora, legittimamente di versare il corrispettivo in favore di Asmel, avevano a suo tempo prestato acquiescenza

¹ Cfr. sentenza del Tribunale di Busto Arsizio n. 161 del 29.01.2020 che rigetta la domanda di accertamento della nullità degli atti unilaterali d'obbligo presentata, contro Asmel, da due società aggiudicatrici, sul presupposto che il d.lgs. n. 163/2006 non conteneva una espressa previsione normativa che vietava di addebitare all'aggiudicatario i costi per l'uso delle piattaforme telematiche. Dalla suddetta pronuncia, si ricava tuttavia, *a contrario*, il principio secondo cui, per le gare indette dopo il 20 maggio 2017 (dopo l'aggiunta del comma 2-*bis* nell'art. 41 del vigente Codice), si può ritenere indebita la corresponsione dei costi per l'uso delle piattaforme telematiche da parte delle società aggiudicatrici.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

alla clausola del bando) nonché con quello facente capo agli operatori del settore (che potrebbero non avere presentato la domanda di partecipazione alla gara, a causa della previsione della clausola eccessivamente onerosa ed irragionevole).

Peraltro, nell'ambito dei profili da esaminare, la stazione appaltante deve valutare anche se è decorso un termine ragionevole tra la data di adozione del provvedimento oggetto di autotutela e la decisione finale (rispetto alla data di adozione della determina a contrarre, il termine è, allo stato, inferiore a 18 mesi).

Da ultimo, non può non sottolinearsi che la stazione appaltante odierna istante, anche in base ai provvedimenti adottati dall'Autorità prima della delibera n. 780/2019 (tutti volti a sancire l'illegittimità di clausole come quella oggi in discussione), avrebbe dovuto vigilare sull'operato dei propri uffici, invitandoli ad adeguare prontamente la documentazione di gara ai rilievi effettuati dall'Autorità con riferimento ad altre gare gestite su piattaforma Asmel, allo scopo di evitare l'insorgere di contenzioso e di prevenire il rischio di un annullamento integrale della gara espletata.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, 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*;
- fermo restando che valutazione in ordine ai provvedimenti conseguenti ha carattere discrezionale e rientra nella competenza esclusiva della S.A., a fronte della riscontrata illegittimità delle clausole esaminate, la stazione appaltante, senza annullare *tout court* gli atti di gara e l'intera procedura, possa valutare di avviare un procedimento di autotutela rivolto a dichiarare la nullità parziale degli atti di gara, dietro motivata valutazione anche dell'interesse pubblico, di quello facente capo ai controinteressati e al decorso o meno di un termine ragionevole rispetto alla data di adozione degli atti di gara.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 aprile 2020

Per Il Segretario Maria Esposito,

il Segretario Generale Angela Lorella Di Gioia

(firmato digitalmente)