



DELIBERA N. 129

17 febbraio 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società ____OMISSIS_____Srl – Affidamento in concessione del servizio di accertamento, con riscossione coattiva, delle entrate IMU/TASI/TARI, imposta di soggiorno, COSAP; riscossione coattiva di altre entrate extra-tributarie e patrimoniali (ad eccezione sanzioni codice stradale), nonché gestione, accertamento e riscossione, anche coattiva, dell'ICP-DAP – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 1.250.308,00 – S.A.: Comune di Castellammare del Golfo (TP).

PREC 7/2021/S

Riferimenti normativi

Artt. 3, comma 1, lett. m), 36, comma 2, lettera a), 39, comma 2 e 41, comma 2-bis del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Procedure di gara svolte su piattaforma telematica – Natura giuridica di Asmel Consortile Scarl – Affidamento dei servizi di supporto alla committenza – Clausola che impone un corrispettivo per i servizi di committenza e tutte le attività di gara a carico dell'aggiudicatario

Massima

Procedure di gara svolte su piattaforma telematica – Natura giuridica di Asmel Consortile Scarl – Affidamento dei servizi di supporto alla committenza – Clausola che impone un corrispettivo per i servizi di committenza e tutte le attività di gara a carico dell'aggiudicatario – Illegittimità – Violazione di legge e nullità della clausola – Provvedimenti conseguenti adottabili dalla Stazione appaltante – Discrezionalità.

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, 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, che ha carattere discrezionale, relativa ai provvedimenti conseguenti che la Stazione appaltante può adottare, quest'ultima, senza annullare *tout court* gli atti di gara e l'intera procedura, può valutare di avviare un procedimento di autotutela volto a dichiarare la nullità parziale degli atti, dietro motivata valutazione anche dell'interesse pubblico alla conservazione della gara già espletata rispetto a quello della sua integrale rinnovazione e all'interesse facente capo ai controinteressati in assenza di ulteriori e diversi motivi di doglianza in grado di inficiare sotto altri profili la procedura medesima.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 febbraio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 005691 del 16.12.2020, con la quale la società _____OMISSIS_____Srl chiede parere in ordine alla legittimità della procedura di gara in oggetto alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 6975/2020 e, quindi, se siffatta gara debba essere annullata e si debba procedere all'indizione di una nuova procedura;

CONSIDERATO, infatti, che il Consiglio di Stato, nella sentenza sopra menzionata, avendo acclarato che ASMEL consortile Scarl non ha i requisiti per essere considerata una centrale di committenza ai sensi di legge, ha statuito che l'intera procedura di gara fosse illegittima e che a giudizio dell'odierno istante, poiché il caso in esame è del tutto analogo a quello oggetto di siffatta pronuncia, anche la gara *de qua* dovrebbe essere annullata;

CONSIDERATO che l'istanza di annullamento della gara in autotutela avanzata dalla società _____OMISSIS_____Srl prima dell'aggiudicazione definitiva è stata rigettata dalla Stazione appaltante sulla base di tre motivazioni principali: in primo luogo, perché la richiesta del versamento, a carico dell'aggiudicatario, prima della stipula del contratto, di un corrispettivo per i servizi di committenza e di tutte le attività di gara fornite da Asmel consortile, che costituisce la prova principale da cui il Consiglio di Stato ha ritenuto conclamata la natura di centrale di committenza di Asmel consortile, «*negli atti di gara approvati dal RUP non è indicato che sia dovuto ai sensi del comma 2-bis dell'art. 41 del D.lgs. n. 50/2016 (ovvero per il solo utilizzo della piattaforma), bensì per tutta una serie di servizi richiesti dal Comune quali consulenza, preparazione, pubblicazione e gestione della procedura di gara e di verifica requisiti ex art. 80 del Codice sulla base di parametri fissati da apposito DM*»; in secondo luogo, perché «*le attività svolte da Asmel consortile si sono limitate a quelle di mera assistenza e supporto nello svolgimento telematico della gara, mediante l'utilizzo della piattaforma telematica dalla stessa messa a disposizione*»; infine, perché «*in ordine agli atti di gara vale il principio generale del "tempus regit actum" in base al quale il bando di gara soggiace alla regola generale della disciplina "ratione temporis" vigente al momento della sua pubblicazione, proprio al fine di conferire certezza alla procedura di gara*»;



VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 8.1.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'Autorità, già con la Delibera n. 32/2015, in merito alla legittimità di Asmel Consortile società consortile a.r.l. in qualità di centrale di committenza degli enti locali aderenti, aveva deliberato – per la parte di attuale interesse – che:

- «Il Consorzio Asmez e la società consortile Asmel a r.l. non rispondono ai modelli organizzativi indicati dall'art. 33 comma 3-bis del d.lgs. 163/06, quali possibili sistemi di aggregazione degli appalti di enti locali, sulla base delle considerazioni contenute nella parte motivazionale del presente atto deliberativo;

- pertanto, la società consortile Asmel a r.l. non può essere inclusa tra i soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d. l. n. 66/2014, né può considerarsi legittimata ad espletare attività di intermediazione negli acquisiti pubblici, peraltro senza alcun limite territoriale definito;

- conseguentemente, sono prive del presupposto di legittimazione le gare poste in essere dalla predetta società consortile Asmel»;

CONSIDERATO, altresì, che con più recente Delibera n. 179 del 26 febbraio 2020, l'Autorità ha confermato, anche sotto il vigore del nuovo Codice appalti, il difetto di qualificazione di Asmel come Centrale di committenza;

PRESO ATTO che la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 4 giugno 2020, emessa su ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 68 del 3 gennaio 2019, ha stabilito che: *«L'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'autonomia organizzativa dei piccoli enti locali di fare ricorso a una centrale di committenza a soli due modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di soggetti o di imprese private.*

L'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18, come modificata dal regolamento n. 1336/2013, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'ambito di operatività delle centrali di committenza istituite da enti locali al territorio di tali enti locali»;

RILEVATO, dunque, che non sussistono più dubbi in ordine alla correttezza delle valutazioni dell'Autorità relativamente all'assenza in capo ad Asmel Consortile dei requisiti di legge per rivestire la qualifica di Centrale di committenza e che la stessa non risponde ad alcun legittimo modello organizzativo di aggregazione di enti locali per l'aggiudicazione degli appalti;

RILEVATO che *«l'effettiva sussistenza delle condizioni per l'in house spetta esclusivamente all'Autorità (Deliberazione A.N.AC. 29/11/2017 n. 1234) e che, in difetto o in caso negativo di tale verifica, l'Autorità può attivare i poteri di cui all'art. 211 co. 1-bis-1ter del D.Lgs. n. 50/2016. Pertanto, anche sotto questo profilo, Asmel non ha alcuna legittimazione soggettiva all'avvio e alla gestione di procedure di gara per conto di terzi»* (v. Delibera ANAC n. 179/2020 cit.);

CONSIDERATO che il Consiglio di Stato, con la sopra citata sentenza n. 6975 del 12.11.2020, nel confermare ancora una volta gli approdi interpretativi dell'Autorità, avendo accertato che nella gara oggetto di ricorso Asmel Consortile aveva assunto il precipuo ruolo di Centrale di committenza e non di mero supporto all'attività di committenza dell'Amministrazione (Comune) procedente ai sensi dell'art. 3,



comma 1, lett. m) del Codice appalti, ha disposto l'annullamento dell'intera procedura di gara a causa della acclarata illegittimità della stessa;

CONSIDERATO che l'odierno istante, proprio in ragione di tale ultima sentenza, ritiene che anche la gara in oggetto debba essere parimenti annullata in quanto la procedura è stata condotta da Asmel consortile, in qualità di Centrale di committenza, per conto del Comune di Castellammare del Golfo e che prova di ciò sarebbe, in particolare, la richiesta, anche in questo caso, del versamento di un corrispettivo a favore di Asmel per l'espletamento appunto delle funzioni di committenza e l'attribuzione sempre ad Asmel della verifica dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del Codice ai fini della aggiudicazione definitiva dell'appalto alla società Soget Spa, risultata prima in graduatoria;

CONSIDERATO che:

- l'art. 3, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016 definisce le "attività di committenza ausiliarie" come *«le attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata; 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata»*;

- l'art. 39 del medesimo d.lgs. n. 50/2016, prevede che tali attività possono essere affidate *«a centrali di committenza di cui all'articolo 38»* ovvero, *«al di fuori dei casi di cui al comma 1»*, ricorrendo *«a prestatori di servizi individuati mediante lo svolgimento delle procedure di cui al presente Codice»*, ad esclusione delle attività di cui al medesimo articolo 3, comma 1, lett. m), punto 4, che possono essere affidate esclusivamente a centrali di committenza;

- l'art. 3, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 50/2016 definisce *«centrale di committenza, un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie»*;

CONSIDERATO, dunque, dal combinato disposto delle citate norme (che delinea le modalità di affidamento delle attività di committenza ausiliarie ovvero delle attività di supporto alla preparazione o alla gestione delle procedure di gara), che *«Una stazione appaltante può affidare tali attività in maniera diretta, prescindendo quindi dalle procedure previste dal d.lgs. n. 50/2016, solo a una centrale di committenza e unitamente a un'attività di centralizzazione delle committenze. Quindi l'affidamento diretto delle attività di committenza ausiliarie a una centrale di committenza è possibile solo laddove la centrale di committenza già presti a favore della stazione appaltante un'attività di centralizzazione delle committenze (come definita dall'art. 3, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 50/2016 e come specificata dall'art. 37, comma 7, del medesimo decreto) e in relazione alla stessa. Le attività di cui all'art. 3, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016 si configurano in tal caso come un ulteriore ausilio prestato in favore della stazione appaltante, volto a completare l'assistenza già fornita in relazione alle fasi prodromiche di progettazione della procedura e del contratto nonché di preparazione della documentazione di gara»* e che, in definitiva, *«Le norme europee avallano quindi l'interpretazione sopra delineata delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, attribuendo alle stazioni appaltanti la facoltà di affidare in maniera diretta, alle centrali di committenza, le attività di centralizzazione delle committenze e le attività di committenza ausiliarie, sottratte pertanto alle regole della competizione qualora affidate e prestate congiuntamente alle prime; le medesime attività di committenza ausiliare, qualora non siano svolte "da una centrale di committenza in collegamento con la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze", devono invece essere affidate conformemente alla medesima direttiva, quindi con procedura competitiva»* (così Tar Campania-Salerno, sez. I, sent. n. 1 del 2.1.2021);



CONSIDERATO che il Disciplinare di gara, al punto 16.3, imponeva che «*L'Operatore Economico - in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza "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 1,0% oltre IVA dell'importo complessivo posto a base di gara, pari a € 12.503,08 oltre IVA. Inoltre, l'aggiudicatario dovrà rimborsare alla centrale di committenza le spese di pubblicità legale di cui agli artt. 72 e 73 del DLgs 50/2016. L'impegno dell'Operatore Economico, a garanzia della validità dell'offerta, dovrà essere prodotto all'interno della Documentazione Amministrativa utilizzando il modello 'Allegato - Atto Unilaterale d'Obbligo' e sottoscritto dal concorrente. L'operatore economico dovrà trasmettere, l'atto sottoscritto dal titolare/legale rappresentante dell'impresa con firma digitale, ad ogni effetto e conseguenza di legge, dalla posta elettronica certificata ad ASMEL Consortile S.c. a r.l. all'indirizzo pec: audo@asmepec.it»;*

CONSIDERATO che il corrispettivo richiesto per i servizi di committenza è pari a euro 12.503,08, ossia di molto inferiore al limite di importo di euro 40.000,00 entro cui la legge consente l'affidamento diretto della commessa e che – seguendo l'iter argomentativo della giurisprudenza sopra richiamata – diventerebbe di conseguenza irrilevante la natura di centrale di committenza di Asmel consortile (come la sua stessa natura di società *in house*), ben potendosi giustificare l'affidamento diretto alla luce degli artt. 36, comma 2, lettera a) e 39, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, in considerazione appunto del suo importo;

RITENUTO, tuttavia, che tale argomentazione non pare cogliere nel segno laddove l'intento sia quello di offrire una giustificazione giuridico-normativa all'affidamento diretto dei servizi di supporto alla committenza pubblica ad Asmel consortile purché l'importo richiesto sia inferiore a euro 40.000, atteso che se si trattasse di una ordinaria ipotesi di affidamento secondo i principi delle procedure ad evidenza pubblica il costo delle prestazioni offerte non sarebbe posto a carico degli operatori economici (e specificamente dell'aggiudicatario), bensì della Stazione appaltante; una delle principali ragioni, questa, per cui tale corrispettivo è stato ritenuto illegittimo e nulla *ab origine* la clausola della *lex specialis* che lo dovesse prevedere;

RITENUTO, al contrario, che la consuetudine generalizzata di prevedere, sotto forma di "atto unilaterale d'obbligo", l'impegno da parte dei concorrenti a corrispondere, prima della stipula del contratto, siffatto corrispettivo qualora risultassero aggiudicatari della gara, costituisce prova evidente della qualifica di Centrale di committenza attribuita ad Asmel dai committenti pubblici, che in tale veste e per tale natura le affidano ora lo svolgimento di vere e proprie attività sostitutive di committenza, ora mere attività ausiliarie di supporto, non risultando cioè mai affidataria in qualità di semplice operatore economico operante nel mercato di riferimento dei servizi specialistici di supporto alla committenza pubblica;

RITENUTO che tale considerazione è ulteriormente avvalorata, in generale come nel caso di specie, dall'ulteriore elemento di fatto che nei bandi e disciplinari di gara, a prescindere dal tipo di attività concretamente svolta nello specifico appalto, Asmel Consortile Scarl viene univocamente definita "Centrale di Committenza", disvelandosi così inequivocabilmente l'inquadramento giuridico che tale società si attribuisce e che le è riconosciuto dagli Enti pubblici che ad essa ricorrono (in tal senso depongono anche gli stessi verbali di gara laddove viene disposta l'esclusione di un concorrente che non ha prodotto, tra la documentazione amministrativa, l'atto d'obbligo afferente al «*pagamento del contributo da versare alla centrale di committenza (CUC – Asmel Consortile)*»;

CONSIDERATO, infine, relativamente ai conseguenti provvedimenti adottabili da parte della Stazione appaltante e in particolare all'annullamento dell'intera procedura di gara, come richiesto dall'operatore



economico istante, che ogni decisione al riguardo è rimessa alla competenza esclusiva dell'Amministrazione committente che dovrà 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 afferente alla clausola della *lex specialis* in contestazione, tra cui – ad esempio – l'eventuale prevalenza dell'interesse pubblico alla conservazione della gara già espletata rispetto a quello della sua integrale rinnovazione;

RITENUTO, infatti, che nel caso di specie l'Amministrazione, ai fini delle proprie determinazioni, debba tenere conto di taluni elementi di valutazione tra loro contrapposti, che devono essere oggetto di attenta ponderazione tra cui:

- a fronte degli ulteriori costi derivanti dall'indizione di una nuova procedura di gara, l'eventuale maggior vantaggio economico connesso ad un ampliamento della concorrenza che potrebbe ragionevolmente essere stata limitata dalla previsione della clausola in parola (è opportuno ricordare 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);
- presenza o assenza di ulteriori e diverse doglianze da parte della società istante in grado di inficiare sotto altri profili la procedura di gara in oggetto;
- bilanciamento dell'interesse pubblico con quello facente capo ai soggetti controinteressati, con particolare riferimento all'operatore economico aggiudicatario, considerando che la richiesta di esercizio del potere di autotutela promana da un soggetto, appunto _____OMISSIS_____ Srl, che pur non potendo non essere a conoscenza delle varie pronunce dell'Autorità e della giurisprudenza amministrativa in materia ha comunque prestato iniziale acquiescenza alla (successivamente) contestata clausola del bando in discussione (dai verbali di gara emerge che, in sede di soccorso istruttorio, uno dei concorrenti è stato escluso perché, tra le altre carenze documentali, «non viene prodotta l'attestazione d'obbligo per il pagamento del contributo da versare alla centrale di committenza (CUC – Asmel Consortile) prevista nella documentazione amministrativa del bando di gara», ciò che invece non viene mai contestato ad _____OMISSIS_____ che evidentemente aveva regolarmente prodotto tale documentazione);
- la gara in oggetto è stata bandita in data antecedente alla sentenza della Corte di Giustizia UE più sopra menzionata e la sentenza del Consiglio di Stato da cui trae origine la richiesta di parere dell'odierno istante è addirittura di molti mesi successiva e prima di tali pronunce, sulla questione della riconoscibilità in capo ad Asmel consortile della qualifica di Centrale di committenza, si registravano ancora orientamenti interpretativi contrastanti ed esiti giudiziali non uniformi;
- l'Amministrazione committente, anche in base ai provvedimenti adottati dall'Autorità già prima della Delibera n. 780/2019 (tutti volti a sancire l'illegittimità di clausole come quella in discussione), avrebbe dovuto quantomeno adeguare 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 (v., in argomento, Delibera n. 267 del 17 marzo 2020),

il Consiglio



ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- è indubbio che l'affidamento ad Asmel consortile Scarl del servizio di supporto all'attività di committenza di cui all'art. 3, comma 1, lett. m) del d.lgs. n. 50/2016 sia avvenuto senza previo espletamento di qualsivoglia procedura ad evidenza pubblica, non perché di importo tale da consentire un affidamento diretto, bensì in ragione dell'illegittima qualifica di Centrale di committenza alla stessa attribuita da parte dell'Amministrazione committente;
- 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*;
- i conseguenti e ulteriori provvedimenti adottabili in autotutela sono rimessi alle determinazioni rientranti nell'ambito dei poteri discrezionali del Comune di Castellammare del Golfo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente