

DELIBERA N. 202

3 marzo 2021

Fascicolo 5524/2020

Oggetto

Procedura aperta per l'affidamento in concessione, tramite finanza di progetto ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, del servizio di gestione e di efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione del Comune di B. - A. Consortile S.c. a r.l. (CIG: 85183859AC).

Riferimenti normativi

Articolo 34, comma 20, d.l. 179/2012 – Articoli 3, comma 1, lett. i), l), m); 34; 36; 37-39; 41, comma 2bis; 183, comma 15; 192 d.lgs. 50/2016 – articolo 16 *bis* R.D. 2440/1923.

Parole chiave

Relazione su gestione di servizi pubblici locali – Centrale di committenza – *In house providing* - Servizi di committenza ausiliari – Affidamento diretto – Condizioni di remunerazione dei servizi di committenza ausiliaria – Principio di tassatività e libera concorrenza – Criteri Ambientali minimi

Massima

È illegittima la previsione contenuta nella documentazione di gara con la quale la stazione appaltante impone al concorrente, in caso di aggiudicazione dell'affidamento, l'obbligo di corrispondere una somma a titolo di pagamento delle attività di committenza ausiliarie.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

VISTO il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recante "*Codice dei contratti pubblici*";
VISTO il Regolamento ANAC del 4 luglio 2018 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16 ottobre 2018;



VISTO il decreto-legge 18 ottobre 2021, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, recante " *ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*", ed in particolare l'art. 34, co. 20;

VISTO il Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, recante " *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*";

VISTA la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e vigilanze;

CONSIDERATO IN FATTO

Il Comune di B., con deliberazione della Giunta comunale del 13.7.2018, n. 163, dichiarava di pubblico interesse la proposta di *project financing* presentata dalla E. s.r.l., ex art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016, avente ad oggetto il servizio di gestione e di efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione comunali.

Il progetto, che gode anche di un contributo regionale (pari ad € 848.793,32), prevede la riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione, la gestione per 15 anni degli stessi, per un importo complessivo di € 2.391.799,50 (par. II.13 del bando di gara).

Con determina a contrarre n. 825 del 25.11.2020 è stata avviata una procedura di gara aperta, ai sensi dell'art. 183 co. 15 d.lgs. 50/2016 (CIG: 85183859AC), con bando di gara pubblicato in data 25.11.2020, che fissava il termine di scadenza per la presentazione delle offerte alla data del 31.12.2020.

Per lo svolgimento della procedura di gara, l'ente comunale decideva di avvalersi di A. Consortile scrl, quale centrale di committenza, nella sua pretesa qualità di organismo in house dell'ente locale, prevedendo altresì l'obbligo, per l'aggiudicatario, di corrispondere un importo per i servizi di committenza.

L'Autorità, esaminata la documentazione di gara pubblicata, con nota prot. U. 97897 del 23.12.2020, ha avviato il procedimento di vigilanza nei confronti dell'ente comunale, di A. Consortile scrl e del promotore, formulando le seguenti contestazioni:

1. omessa predisposizione e/o pubblicazione della relazione prevista dall'art. 34, co. 20 d.l. 179/2012;
2. difetto di legittimazione di A. quale centrale di committenza e organismo *in house* del Comune di B.;
3. illegittima previsione, quale elemento essenziale dell'offerta, dell'obbligo per l'aggiudicatario di corrispondere un importo quale remunerazione per i servizi di committenza;
4. redazione della documentazione di gara in violazione dell'art. 34 d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento ai Criteri Ambientali Minimi (CAM).

A. Consortile scrl ha riscontrato la comunicazione di avvio del procedimento con memorie del 18.1.2021 e documentazione a supporto trasmessa in data 3.2.2021.

Il Comune di B. ha prodotto memorie in data 19.1.2021 e 5.2.2021, sostanzialmente riportandosi alle eccezioni formulate da A. Consortile scrl.

Non è pervenuto alcun riscontro da parte del promotore.



CONSIDERATO IN DIRITTO

1) Violazione dell'art. 34 co. 20 d.l. 179/2012

1.1) L'art. 34, co. 20 d.l. 179/2012 dispone: "*Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*".

Detta relazione è redatta secondo un vademecum predisposto dal MISE, è inviata a quest'ultimo ed è inserita nella banca dati dell'Osservatorio dei servi pubblici locali. La natura di servizio pubblico locale (nel prosieguo, anche semplicemente SPL) dell'affidamento in oggetto è stata affermata in più occasioni dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa (*ex plurimis*: Determinazione AVCP 110/2012 e Cons. St., V, 8231/2010).

Più di recente, è stata affermata la necessità che gli affidamenti dei SPL siano preceduti dalla relazione prevista dall'art. 34 citato (Cons. St., V, 2275/2019).

1.2) Al riguardo, A. Consortile scarl e l'ente comunale hanno osservato che la relazione richiesta dall'art. 34 citato non è stata redatta mentre la documentazione predisposta nell'ambito dell'approvazione del progetto del promotore (relazione generale, relazione tecnica, PEF ecc.) contiene, sostanzialmente, le medesime informazioni richieste dal vademecum predisposto dal MISE: sicché l'obbligo normativo, ancorché non formalmente assolto, sarebbe stato egualmente rispettato.

1.3) L'Autorità, anche in un'ottica di semplificazione degli adempimenti procedurali e con esclusivo riferimento ai *project financing*, osserva che astrattamente vi potrebbe essere una sostanziale coincidenza tra i contenuti della relazione richiesta dall'art. 34 co. 20 d.l. 179/2012 e la documentazione posta a base di una proposta di *project financing*.

Tuttavia, il Consiglio di Stato, V, n. 2275 dell'8.4.2019, ha osservato: "*Nel contesto di sostanziale equiordinazione tra i vari modelli di gestione disponibili per la gestione dei servizi pubblici locali, l'amministrazione è chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge. Le ragioni di tale scelta sul modello di gestione del servizio devono essere compiutamente illustrate nella relazione illustrativa ex art. 34, c. 20, del d.l. n. 179/2012, essendo peraltro richiesto un onere motivazionale rafforzato e più incisivo solo nel caso in cui si opti per l'affidamento diretto mediante in house: in ogni caso, quale che sia la scelta di gestione del servizio pubblico locale a rilevanza economica adottata dall'ente, si tratta di valutazioni che, riguardando l'organizzazione del servizio e la*



praticabilità di scelte alternative da parte del comune, devono essere svolte in concreto, con un'analisi effettuata caso per caso e nel complesso. (...) La detta relazione, infatti non può essere degradata a mero orpello procedimentale allorquando la scelta dell'evidenza pubblica si configuri come opzione necessitata, in quanto anche in tal caso si tratta di valutazioni rimesse esclusivamente all'amministrazione, la quale dovrà in maniera congrua e adeguata motivare sull'assenza di alternative praticabili, non potendo ciò essere supplito da una valutazione con prognosi postuma effettuata dal giudicante”.

In riferimento al caso in esame, deve osservarsi che:

- la delibera comunale n. 163 del 13.7.2018 (di approvazione della proposta) e la determina a contrarre n. 825 del 25.11.2020 (di avvio della procedura) non fanno riferimento ad eventuali modalità *alternative* di gestione del servizio, essendosi limitate a valutare la convenienza della proposta di *project financing* presentata;
- le parti non hanno fatto riferimento ad ulteriori documenti oggetto di pubblicazione, secondo le modalità previste dall'art. 34 co. 20 d.l. 179/2012, non operando un'adeguata condivisione delle scelte con la collettività di riferimento e con gli operatori del settore;
- è intercorso un periodo di oltre due anni, tra la presentazione della proposta da parte del promotore (avvenuta in data 29.6.2018) e l'avvio della procedura di gara (indetta in data 25.11.2020), periodo sufficiente a porre in essere gli adempimenti richiesti dall'art. 34 co. 20 d.l. 179/2012.

Pertanto, e anche al solo fine di evitare potenziali contenziosi, i cui esiti potrebbero rendere inefficaci l'attività amministrativa svolta (sulla base del più recente orientamento giurisprudenziale indicato), si *raccomanda* un più puntuale rispetto dell'art. 34 co. 20 d.l. 179/2012.

2) Difetto di legittimazione di A. consortile scarl quale centrale di committenza e organismo in house del Comune di B..

2.1) Nella comunicazione di avvio del procedimento è stato contestato che A. Consortile scarl non può svolgere le funzioni di centrale di committenza (sulla base di un consolidato impianto normativo e giurisprudenziale, anche comunitario), né può essere considerato quale organismo *in house* del comune di B. (in quanto la domanda di iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192 d.lgs. 50/2016 non include anche tale comune).

2.2) Nelle memorie del 18.1.2021, condivise dal Comune, è stato eccepito che:

- *“Occorre considerare che l'attività svolta da A. Consortile a favore della Stazione appaltante non è né un'attività di centralizzazione della committenza (in termini di acquisizione di beni o servizi destinati alla stazione appaltante ovvero di aggiudicazione di contratti o conclusione di accordi quadro alla stessa destinati), né un'attività di committenza ausiliaria di gestione della procedura di gara in nome per conto dell'Amministrazione (attività riservata alle centrali di committenza ai sensi dell'art. 39, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016), ma una generica attività di committenza ausiliaria consistente nella assistenza e nella collaborazione alla*



gestione della procedura che resta comunque imputabile alla medesima stazione appaltante" (pag. 6 della memoria del 18.1.2021);

- *"è essenziale precisare, invero, che la Determina a contrarre del 25 novembre 2020, n. 825 (doc. n. 8), approvata dal Comune di B., relativa alla procedura in oggetto, non richiama in alcun punto le disposizioni sull'in house providing, per procedere all'affidamento dei servizi di committenza ausiliaria ad A. Consortile"* (pag. 7 della memoria del 18.1.2021).

Inoltre, con le memorie del 18.1.2021 e del 5.2.2021, è stato sostenuto che:

- i servizi di committenza ausiliari sono stati assegnati ad A. Consortile scarl in affidamento diretto, ai sensi del combinato disposto degli art. 36 co. 2 lett. a) e 39 co. 2 d.lgs. 50/2016, in quanto aventi un valore inferiore ad € 40mila;
- tale affidamento diretto sarebbe avvenuto con la delibera 825 del 25.11.2020 (la stessa che ha avviato anche la procedura di gara relativa al *project financing*);
- il corrispettivo dei servizi ausiliari è stato posto a carico direttamente all'aggiudicatario, con il par. 13 lett. l) del disciplinare di gara.

2.3) Alla luce anche delle osservazioni formulate dalle parti si osserva quanto segue.

2.3.1) A. consortile scarl non è una **centrale di committenza** (ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. i; art. 37-38 d.lgs. 50/2016), né può svolgere le relative funzioni, descritte dall'art. 3 co. 1 lett. l, d.lgs. 50/2016 (consistenti in: *1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti; 2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;*).

Ciò, sia sulla base di quanto affermato da A. Consortile scarl nella propria memoria del 18.1.2021, ma soprattutto sulla base di un consolidato quadro giurisprudenziale (Delibera 32/2015; Delibera 780/2019; parere motivato, ex art. 211 co.1 *ter*, reso con Delibera 179/2020, Corte CGUE, sentenza C-3/19, del 5.6.2020, Cons. Stato, V, 6787/2020, Cons. Stato, V, 6975/2020).

Pertanto, si raccomanda di espungere dalla documentazione della gara (cfr. nel par. l.5 del bando di gara in oggetto), nonché dalle future gare, ogni riferimento ad A. Consortile scarl quale centrale unica di committenza.

2.3.2) Nel caso di specie, il Comune di B. ha inequivocabilmente inteso affidare la gestione dei servizi di committenza ausiliari ad A. Consortile scarl quale, presunto, **organo in house** del comune stesso.

Ciò risulta evidente sia dal bando di gara (che, al par. IV.2.8 dispone: *"La presentazione dell'offerta, corredata dalla relativa documentazione richiesta, dovrà pervenire in forma TELEMATICA attraverso la piattaforma gestita dalla Centrale di Committenza in house "A. consortile scarl"*), ma soprattutto dalla determina a contrarre n. 825 del 25.11.2020. Quest'ultima, infatti, nell'individuare A. Consortile scarl quale operatore economico cui affidare i servizi di committenza ausiliari, non opera alcun riferimento all'art. 36 d.lgs. 50/2016, ma richiama altra e precedente delibera della giunta comunale di B. (n. 63 del 9.9.2019), con la quale il medesimo comune ha acquisito quote sociali della A. Consortile scarl.

Dall'esame della citata delibera comunale (63/2019) e dal regolamento consortile allegato alla stessa emerge che i soci della società consortile (tra i quali il Comune



di B.), almeno nelle intenzioni delle parti, dovrebbero svolgere un controllo analogo su A. Consortile scarl (ai sensi dell'art. 5 co. 5 d.lgs. 50/2016) e che tra le attività affidate a tale organismo ci sarebbero i servizi di committenza ausiliari.

Pertanto, è indubbio che il Comune di B. ha affidato i servizi di committenza ausiliari ad A. Consortile scarl quale proprio, presunto, organismo *in house*.

Tuttavia, dagli atti dell'Autorità risulta la circostanza - peraltro non confutata da alcun elemento fornito dalle parti - che la richiesta di iscrizione nell'elenco dei soggetti *in house* di cui all'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016, presentata per A. Consortile scarl, in data 7.1.2020, non include il Comune di B. tra le amministrazioni istanti che intendono operare mediante affidamenti diretti in favore di tale società.

Sicché, fatta salva ogni successiva valutazione che sarà effettuata da questa Autorità all'esito del predetto procedimento (al momento in corso) - in ordine alla sussistenza dei presupposti per il legittimo ricorso ad affidamenti diretti in favore di A. scarl anche da parte degli altri soggetti - l'affidamento dei servizi di committenza ausiliari assegnati dal Comune di B. ad A. Consortile scarl deve ritenersi, comunque, illegittimo, in quanto l'organismo *in house* può agire solo in favore degli enti controllanti per i quali la richiesta è stata formulata (ai sensi dell'art. 192 d.lgs. 50/2016).

- 2.3.3) Le parti, dopo aver negato che il compito di svolgere la gara in questione sia stato attribuito ad A. scarl in ragione dell'esistenza di un asserito legame *in house*, oltre che della natura di centrale di committenza della stessa società, hanno sostenuto che **l'affidamento dei servizi di committenza ausiliari**, relativi alla gara di *project financing* in oggetto, può in ogni caso qualificarsi come legittimo **affidamento diretto** (ai sensi del combinato disposto degli articoli 36 co. 2 lett. a) e 39 co. 2 d.lgs. 50/2016).

In tal senso, precisano anche che:

- il valore dei servizi ausiliari è pari ad € 22.194,08 (coincidente con l'importo richiesto all'aggiudicatario dal par. 13, lett. l, del disciplinare di gara), ed inferiore ad € 40mila;
- A. Consortile scarl non gestisce la procedura di gara in nome e per conto della stazione appaltante (attività indicata al n.4 dell'art. 3 co. 1 lett. m, d.lgs. 50/2016).

Quest'ultima affermazione, contenuta nella memoria di A. consortile scarl, mal si concilia sia con gli inequivoci riferimenti al preteso rapporto *in-house* (poi disconosciuto), sia con la circostanza per cui è stata quest'ultima - e non il Comune - a fornire a questa Autorità la ricostruzione di fatti - anche risalenti - che hanno preceduto l'avvio della gara e delle esigenze che la stessa è diretta a soddisfare, oltre che tutta la documentazione, ivi incluse le delibere adottate dall'ente.

Ad ogni modo, per fornire una ricostruzione chiara delle disposizioni che vengono in rilievo, in relazione alla questione posta da A. Consortile scarl, occorre richiamare la distinzione tra le attività di centralizzazione delle committenze e i servizi di committenza ausiliari.



Le prime, ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. l, n.1-2, d.lgs. 50/2016, sono *"le attività svolte su base permanente riguardanti: 1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti; 2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;"* e possono essere svolte solo dalle centrali di committenza, previste dall'art. 3 co. 1 lett. i) e dall'art. 37-38 d.lgs. 50/2016.

Le attività committenza ausiliarie, invece, ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. m), d.lgs. 50/2016, *"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 d.lgs. 50/2016 dispone: *" 1. Le attività di committenza ausiliarie di cui all'articolo 3, comma 1, lettera m), possono essere affidate a centrali di committenza di cui all'articolo 38. 2. Al di fuori dei casi di cui al comma 1, le stazioni appaltanti possono ricorrere, per lo svolgimento di attività delle committenze ausiliarie, ad esclusione delle attività di cui all'articolo 3, comma 1, lettera m), punto 4, a prestatori di servizi individuati mediante svolgimento delle procedure di cui al presente codice. "*

A. consortile scarl, come detto e, in un certo qual modo, confermato nelle memorie prodotte nel presente procedimento:

- *non può svolgere* le attività previste dall'art. 3 co. 1 lett. i) e dall'art. 3 co. 1 lett. m), n. 4) d.lgs. 50/2016, in quanto riservate alle centrali di committenza;
- *può solo svolgere* le altre tre attività ausiliarie consentite agli operatori economici dall'art. 39 del codice, e cioè quelle descritte ai numeri 1, 2 e 3 dell'art. 3 co. 1 lett. m, d.lgs. 50/2016.

L'art. 39 co. 2 d.lgs. 50/2016 dispone, altresì, che le attività di committenza ausiliarie consentite agli operatori economici siano assegnate previo svolgimento di una delle procedure previste dal codice, tra le quali l'affidamento diretto, previsto dall'art. 36 co. 2 lett. a) d.lgs. 50/2016.

- 2.3.4) Sebbene non trovi alcuna corrispondenza nella documentazione di gara, ma solo nelle memorie difensive delle parti, anche in virtù del principio di conservazione degli atti giuridici, potrebbe in astratto ritenersi legittimo l'affidamento diretto ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. a) e 39 co.2 d.lgs. 50/2016 disposto dalla stazione appaltante (Comune di B.), in favore di un operatore economico (A. Consortile scarl), limitatamente ai servizi di committenza ausiliari previsti dall'art. 3 co. 1 lett. m), n. 1, 2 e 3, d.lgs. 50/2016, servizi da espletare nell'ambito ed in ausilio della procedura di gara in oggetto (cfr., da ultimo, TAR Salerno, l, n. 1 del 2.1.2021).

Resta inteso, tuttavia, che il corrispettivo per lo svolgimento dei servizi di committenza ausiliari (riconducibili all'art. 3 co. 1 lett. s, d.lgs. 50/2016) deve essere sostenuto dalla stazione appaltante e non può essere posto a carico



dell'aggiudicatario (come pure ritenuto dal Comune di B. nella memoria del 5.2.2021): l'affidamento diretto è un procedimento (seppur semplificato) per giungere alla stipula di un contratto di appalto tra la stazione appaltante e l'operatore economico, avente ad oggetto servizi svolti in favore della prima, unica ed esclusiva beneficiaria del servizio stesso. In altre parole, il corrispettivo per i servizi svolti costituisce la controprestazione dovuta dal committente pubblico all'appaltatore, per i servizi da quest'ultimo resi, e che non può essere posto a carico all'aggiudicatario di una gara, del tutto estraneo al rapporto; tanto più ove tale corrispettivo si trasformi, nel contempo, in una condizione di partecipazione, peraltro escludente, dalla connessa procedura di gara per l'affidamento del *project financing* (cfr. par. 13 lett.- I, del disciplinare di gara), rispetto alla quale i servizi dovrebbero essere serventi, *rectius* ausiliari (cfr. specificamente, infra, par. 3).

Del pari, è pacifico, che l'affidamento diretto, in quanto tale, deve svolgersi nel rispetto dei principi previsti per gli affidamenti sotto soglia, di cui all'art. 36 d.lgs. 50/2016 e alle Linee Guida ANAC n. 4, pure richiamate nelle memorie di A. Consortile scarl.

In tal senso, assume particolare rilievo da un lato il principio della rotazione nell'affidamento dei servizi e dall'altro l'obbligo di conformarsi al divieto di artificioso frazionamento. Al riguardo, l'Autorità ha chiarito che il valore stimato dell'appalto (relativo all'affidamento dei servizi ausiliari) deve essere calcolato in osservanza dei criteri fissati all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici proprio, al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo.

Pertanto, il comune deve prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno, per accertare che l'importo complessivo dei servizi assegnati non superi la soglia entro la quale è ammesso l'affidamento diretto.

E', infine, necessario che l'amministrazione motivi adeguatamente la scelta di affidare ad operatori economici servizi di supporto allo svolgimento di funzioni amministrative tipiche (nella specie, quelle coincidenti con le attività di committenza ausiliarie, indicate dall'art. 3 co. 1, lett. m, n. 1,2,3, d.lgs. 50/2016), similmente a quanto avviene nelle ipotesi di cui all'art. 31 co. 11 d.lgs. 50/2016, ove l'organico della stazione appaltante sia carente delle specifiche professionalità occorrenti.

Si *raccomanda* pertanto al Comune di B. di verificare la legittimità dell'affidamento diretto di servizi di committenza ausiliaria disposto in favore di A. consortile scarl, tenendo conto di quanto rilevato in merito al corrispettivo dovuto a fronte degli stessi, all'effettivo rispetto del principio di rotazione e del divieto di artificioso frazionamento e dell'obbligo di motivazione.

3) Illegittima previsione escludente di un obbligo di remunerazione dei servizi di committenza ausiliari in capo all'aggiudicatario - Violazione dell'art. 41 co. 2bis e



dell'art. 83 co. 8 ultima parte D.Lgs. n. 50/2016 – Violazione del principio di libera concorrenza

- 3.1) Nella comunicazione di avvio del procedimento è stata contestata la legittimità del par. 13 lett. l) del disciplinare di gara che richiede ai partecipanti la sottoscrizione di un atto unilaterale d'obbligo, mediante il quale l'operatore economico - in caso di aggiudicazione - si impegna a pagare alla Centrale di Committenza "A. Consortile Scarl", prima della stipula del contratto, il corrispettivo dei servizi di committenza. La clausola si pone in violazione dell'art. 41 co. 2**bis** e dell'art. 83 co. 8 ultima parte D. Lgs. n. 50/2016, né trova fondamento nell'art. 73, co. 4 d.lgs. n. 50/2016 o nell'art. 5 D.M. MIT 2.12.2016 (i quali limitano gli importi rimborsabili da parte dell'aggiudicatario alle spese di pubblicazione del bando di gara) o nell'art. 16**bis** R.D. 2440/1923 (che prevede il rimborso di spese effettivamente sostenute, secondo tariffe prefissate, in relazione alla stipula dei contratti pubblici).
- 3.2) Nella memoria del 18.1.2021, A. Consortile scarl ha eccepito che l'art. 41 co.2**bis** d.lgs. 50/2016, siccome vieta di porre a carico del proponente le spese per la gestione delle piattaforme telematiche (una delle attività ausiliarie prevista dall'art. 3 co. 1 lett. m, d.lgs. 50/2016), ammetterebbe la remunerabilità degli altri servizi ausiliari (indicati ai numeri 2 e 3 della lett. m, dell'art. 3 co. 1 più volte citato). Inoltre, l'art. 16**bis** RD 2440/1923 consentirebbe la remunerazione delle spese contrattuali e degli oneri connessi genericamente intesi, riconducibili alle spese generali previste dall'art. 32 co. 2 e 4 DPR 207/2010. Infine, non vi sarebbe alcuna alterazione della concorrenza, in quanto le spese sarebbero sostenute dal solo aggiudicatario, senza oneri in capo alla stazione appaltante, mentre la eventuale lesività della clausola potrebbe essere riconosciuta solo in esito alla procedura di gara (Cons. St., 3173/2020). Il Comune di B. ha condiviso le esposte argomentazioni, confermando di non aver assunto impegni contabili per remunerare i servizi di committenza ausiliari.
- 3.3) Le tesi sostenute da A. consortile scarl e dal comune sono state già ampiamente smentite in svariati e recenti precedenti giurisprudenziali e dell'Autorità (parere motivato, ex art. 211 co.1 *ter*, Delibera 179/2020; Cons. Stato, V, 6975/2020; Cons. Stato, V, 6787/2020; Cons. Stato, V, Ordinanza, 7224/2020). Anche il precedente da ultimo citato (Cons. St., 3173/2020) non ha affatto stabilito la legittimità della clausola in parola, anzi ha puntualizzato che la lesività di questa clausola si concretizza in capo all'aggiudicatario, con ciò non potendo escludersi la legittimazione all'intervento dell'Autorità di settore in sede di vigilanza. In particolare, da ultimo, il TAR Salerno, I, n. 1 del 2.1.2021, paragrafo 9, in un giudizio in cui era parte la medesima A. Consortile scarl, ha ritenuto illegittima una clausola del bando, del tutto simile a quella in parola, che pone il corrispettivo dei servizi ausiliari in capo all'aggiudicatario, per violazione dell'art. 41 co. 2**bis** d.lgs. 50/2016 e del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83 co. 8 d.lgs. 50/2016. E' stato, altresì, precisato che la clausola non trova giustificazione neanche nell'art. 16**bis** R.D. 2440/1923 e nell'art. 32 DPR 207/2010, norme alle quali *"possono essere ricondotte le sole spese più strettamente legate alla stipula del*



contratto, ma non i costi inerenti a specifici servizi richiesti dalla stazione appaltante e resi a favore della stessa in relazione alla procedura di gara” (TAR Salerno, I, n. 1 del 2.1.2021; cfr. in termini Cons. St., 6787/2020).

Si ritiene opportuno rinviare integralmente alle motivazioni della sentenza del Tribunale campano, sia per ragioni di brevità, sia in quanto già ampiamente condivise dall’Autorità stessa nelle proprie precedenti delibere.

Appare, tuttavia, opportuno aggiungere che la citata sentenza ha individuato un ulteriore profilo di illegittimità della clausola in esame, ritenendola in contrasto con il principio di libera concorrenza di cui all’art. 30 d.lgs. 50/2016 e svolgendo peculiari considerazioni, anche in riferimento alle procedure di *project financing*. Nello specifico, infatti, il TAR afferma che la previsione di una clausola come quella contestata è idonea ad incidere sulla concorrenza e sulla libera e piena capacità imprenditoriale dell’operatore economico. Infatti, l’imposizione dell’onere in questione (non previsto per legge) ha ripercussioni anche sull’offerta, in quanto *“riduce la possibilità degli stessi concorrenti di formulare la propria proposta in maniera pienamente libera, incidendo sulla capacità di elaborare una proposta tecnica ed economica che sia concretamente espressione di scelte imprenditoriali vincolate unicamente dalle esigenze tecniche della stazione appaltante, dalla base d’asta formulata e dalle convenienze dello stesso concorrente”*. In quanto senso, *“il contratto ben può essere alterato dalla sopportazione immediata e certa di un costo che non è comunque qualificabile come investimento (in quanto non diretto a generare future entrate) e che può essere recuperato solo mediante ricavi di gestione di per sé futuri e incerti; ciò tende a scoraggiare la partecipazione, soprattutto laddove, come spesso accade, gli utili attesi siano particolarmente contenuti”*. Fermo restando che *“In ogni caso il meccanismo previsto nella presente procedura determina il trasferimento a carico di concorrenti del costo dei servizi di committenza ausiliari fruiti dalla Stazione appaltante che risulta unica richiedente e unica beneficiaria di tali servizi, senza che alcun vantaggio né diretto né indiretto ne derivi agli stessi concorrenti o all’aggiudicatario; il costo dei citati servizi ricade quindi su quest’ultimo senza che ne sia certa la traslazione sulla Stazione appaltante.”* (TAR Salerno, I, n. 1, del 2.1.2021).

4) Violazione dell’art. 34 d.lgs. 50/2016

4.1) Con la comunicazione di avvio del procedimento si chiedeva, altresì, di indicare le parti in cui si era data applicazione ai pertinenti CAM (previsti dal D.M. Ambiente 27.9.2017, recanti i *“Criteri Ambientali Minimi per l’acquisizione di sorgenti luminose per illuminazione pubblica, l’acquisizione di apparecchi per illuminazione pubblica, l’affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica”*), ai sensi dell’art. 34 d.lgs. 50/2016.

4.2) Nella memoria del 18.1.2021, A. Consortile scarl (cui *de relato* fa riferimento anche il Comune di B.) eccepisce che: sono stati predisposti piani di fattibilità ambientale; quale requisito di partecipazione è prevista la certificazione ambientale 14001:2015; l’offerta dovrà essere conforme alla normativa di settore,



implicitamente comprendendo la normativa in materia di CAM individuata nel DM Ambiente 27.7.2017.

Viene soggiunto che l'omessa considerazione dei CAM non integra una clausola impeditiva alla partecipazione, né rende *ex se* impossibile la valutazione della convenienza economica alla partecipazione.

- 4.3) Al riguardo si osserva che l'ANAC, in sede di vigilanza, ai sensi dell'art. 213 d.lgs. 50/2016, persegue l'obiettivo del legittimo svolgimento della procedura di gara, ossia che la documentazione di gara sia conforme alla normativa di riferimento: l'eccezione relativa alla non impugnabilità della *lex specialis* di gara, dunque, non appare pertinente al *proprium* del procedimento in oggetto.

Inoltre, l'art. 183 co. 15 d.lgs. 50/2016 prevede che la documentazione di gara (bando, disciplinare, progetto) è adottata e approvata dalla stazione appaltante, sulla quale espressamente grava l'obbligo di individuare i pertinenti CAM (ove esistenti) e di trasferirli nella documentazione di gara (ex art. 34 co. 3 d.lgs. 50/2016).

La normativa in materia di CAM prevede l'obbligo della stazione appaltante di individuare i CAM pertinenti e detta una disciplina di massima da applicare relativamente alla *selezione dei candidati*, alle *specifiche tecniche* (rispettando i criteri base previsti), ai *criteri premianti* (criteri di aggiudicazione) e alle *clausole contrattuali* (ove previste).

In tal senso, da ultimo, è stato osservato che *"la previsione del primo comma (dell'art. 34 d.lgs. 50/2016) impone alle stazioni appaltanti l'obbligo di perseguire "gli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione", indicando quale strumento giuridico adeguato a tale fine "...l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare". I criteri ambientali minimi, (...), rappresentano invece gli strumenti per il perseguimento degli obiettivi ambientali, tant'è che, secondo previsto dal secondo comma del predetto art. 34, essi e in particolare "i criteri premianti" sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa". Tali disposizioni, lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti, come si desume plasticamente dal terzo comma dell'art. 34, il quale sancisce che "L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione". (Consiglio di Stato, V, 3.2.2021, n. 972).*

A titolo meramente esemplificativo, nel caso di specie, ancorché l'affidamento preveda la progettazione degli impianti di illuminazione, tra i *criteri di selezione*, non sembra prevista la figura del progettista qualificato (richiesta dal DM 27.7.2017, par. 4.3.2.1), né i criteri di valutazione dell'offerta tecnica previsti nel



disciplinare (pag.33-34) sembrano includere i criteri premianti previsti dal par. 4.3.4 del DM citato.

5) Ulteriori eccezioni

Da ultimo A. Consortile scarl svolge una serie di eccezioni (condivise *de relato* dal Comune di B.), in virtù delle quali dovrebbe archiviarsi il procedimento di vigilanza.

In particolare, si ritiene che dovrebbe valutarsi: l'interesse pubblico a confermare l'efficacia degli atti di gara (consistente nella vantaggiosità della proposta, nel rischio risarcitorio cui si esporrebbe l'ente ove agisse in autotutela); l'affidamento del promotore alla prosecuzione della gara (inciso dall'annullamento della procedura); la pretesa assenza o erroneità della motivazione posta a base della comunicazione di avvio del procedimento. L'ultima eccezione pare non pertinente, in quanto riferita solo ad un atto endoprocedimentale (quale la comunicazione di avvio del procedimento) e in ogni caso appare superata dalle motivazioni sopra esposte.

Il riferimento all'affidamento del promotore, che non ha riscontrato la comunicazione di avvio del procedimento, pare incongruamente eccepito da un soggetto (A. consortile scarl) che dovrebbe svolgere solo dei servizi di committenza ausiliari, fermo restando che il promotore può vantare solo un interesse all'assegnazione di una gara legittimamente svolta.

Resta, infine, nella discrezionalità della stazione appaltante (comune di B.) ogni valutazione in ordine all'annullamento degli atti di gara, fermo restando che, qualora i vizi evidenziati nella presente delibera fossero emendati, l'ente comunale potrebbe procedere ad una riedizione della procedura di gara in questione, con salvezza tanto dell'interesse pubblico alla realizzazione del progetto in esame, quanto dell'interesse del promotore all'affidamento del contratto.

Per tutto quanto esposto, nel caso di specie,

DELIBERA

1. fermo restando che, come affermato da A. Consortile scarl, l'affidamento diretto a quest'ultimo dei servizi di committenza ausiliari da parte del Comune di B. non è qualificabile come rapporto *in house*, astrattamente sussiste la possibilità di assegnare le attività previste dall'art. 3 co. 1 lett. m), n. 1), 2), e 3), d.lgs. 50/2016 mediante affidamento diretto ad operatore economici, ai sensi del combinato disposto dell'art. 36 co. 2 lett. a) e dell'art. 39 co. 2 d.lgs. 50/2016, purchè ciò avvenga nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento, con particolare riferimento agli affidamenti sotto soglia comunitaria (ivi incluse le Linee Guida A.N.AC. n. 4), secondo le indicazioni espresse nel par. 2 della presente delibera;
2. che, in ogni caso, il par. 13 del disciplinare della gara in oggetto è illegittimo per le motivazioni indicate nel par. 3 della presente delibera;



3. che la documentazione della procedura di gara in oggetto non è conforme agli art. 34 co. 20 d.l. 179/2012 e art. 34 d.lgs. 50/2016, come indicato nei par. 1 e 4 della presente delibera.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare all'A.N.AC. le eventuali determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del Regolamento di Vigilanza sui contratti pubblici del 4.7.2018.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente