

Prot. n. 170

COMUNE DI TRIPI
Via Abacena 1
98060 TRIPI
protocollo@pec.comune.tripi.me.it
c.a. Geom. FORTUNATO LIPARI (RUP)
AL SINDACO DEL COMUNE DI TRIPI

CENTRALE UNICA DI COMMITTENZA
C/O CONSORZIO TIRRENO
ECOSVILUPPO 2000 SC a r.l.
c.a. Arch. Giuseppe Cotruzzolà
Tirrenoecosviluppo2000@pec.it

IL PRESIDENTE

Messina, 09/07/2019

Oggetto: Affidamento dei lavori di "Messa in sicurezza di emergenza della ex discarica di R.S.U. sita in C/da Piani del Comune di Tripi"

CIG: 791359592D - **CUP:** H24H15001830006

Importo: € 1.568.512,31 **Termine offerte:** 15 luglio 2019

Con riferimento alla procedura in oggetto, a seguito di segnalazioni ricevute da imprese ns. associate, rileviamo quanto segue.

- 1) Tra le lavorazioni componenti l'intervento è indicata la **cat. OG12** (opere e impianti di bonifica) per € 539.836,12 class. II, con una incidenza pari al 34,42% rispetto all'importo complessivo dell'appalto. Tale categoria, non appartenendo alle categorie "superspecialistiche" (cd. S.I.O.S.) di cui all'art. 1 e 2 D.M. n. 248/2016, è **subappaltabile al 100%** e non, come erroneamente indicata nel bando, al 40%. Tale quota massima del 40%, invece, riguarda la percentuale massima di subappalto calcolata sull'importo totale dell'appalto che può affidare il concorrente, come prescritto dall'art. 105 comma 2 nel testo modificato dalla Legge n. 55/2019. Pertanto, appare opportuno modificare il bando onde evitare possibile contenzioso
- 2) E' prescritto, al punto 20) del Bando di gara, che *"Il concorrente – in caso di aggiudicazione - si obbliga a corrispondere alla Centrale di Committenza c/o il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. cons. a r.l. il corrispettivo del servizio per le attività di gara fornite dalla Centrale, e quindi per tutte le attività di gara non escluse dal comma 2 bis dell'art. 41 del D.lgs. n. 50/2016, nella misura prevista dalla tabella che segue ed in riferimento all'importo aggiudicato, così come previsto dall'art. 6 del regolamento della Centrale Unica di Committenza"*
Sulla illegittimità del contributo da corrispondere alle Centrali di Committenza, esiste una vasta casistica, sia diverse deliberazioni e pareri Anac (Atto di segnalazione n. 3 del 25/2/2015, Delibera n. 1123 del 28/11/2018, Parere n 44206 del 3/6/2019) che, in ultimo, l'ordinanza del **TAR di Lecce n 328/2019 (allegata)**. In questa pronuncia viene riconosciuto **che il corrispettivo sia contrastante non solo con l'art. 41 comma 2 bis del Codice appalti, ma anche con l'art. 23 della Costituzione**, il quale vieta di imporre una prestazione personale o patrimoniale al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge.
Pertanto, non vi è dubbio sulla completa illegittimità della prassi di inserire, nei bandi di gara, un'apposita clausola in forza della quale è previsto che l'aggiudicatario

debba vincolarsi a rimborsare alle Centrali di committenza una somma determinata in misura percentuale (usualmente, pari all'1%) dell'importo posto a base di gara, quale remunerazione per la gestione delle procedure di gara svolte su piattaforme di *e-procurement*.

Per tutto quanto sopra premesso e considerato, apparendo per i motivi su esposti che la procedura in oggetto viola le disposizioni in materia di contratti pubblici, al fine di evitare potenziali contenziosi in materia, si chiede a codesta Stazione Appaltante di **voler eliminare le denunciate anomalie, rettificando la documentazione di gara nei modi e termini di legge.**

Informiamo, inoltre, che in data odierna, l'Ance Sicilia ha trasmesso, anche ai destinatari della presente, una nota sull'argomento, chiedendo l'intervento dell'Assessorato Regionale alle Infrastrutture e del Dipartimento Tecnico per l'emissione di una circolare che elimini le criticità relative ai corrispettivi a favore delle centrali di committenza.

In attesa di un vs. riscontro, porgiamo

Distinti saluti

IL PRESIDENTE
(G. Ricciardello)



Allegati:

- Ordinanza TAR Puglia – Lecce 29 maggio 2019 n. 328
- Atto di segnalazione ANAC n. 3 del 25 febbraio 2015
- Delibera ANAC n. 1123 del 28 novembre 2018
- Parere Anac n 44206 del 3 giugno 2019



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 586 del 2019, proposto da

Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E., Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. - Lecce, Lecci Costruzioni & Co. S.r.l., Troso Costruzioni S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli Avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli, n. 7;

contro

Comune di Lizzanello, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Francesco Marchello, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia;

Asmel Consortile S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia:

- degli atti e dei provvedimenti relativi alla procedura di gara indetta dal Comune di Lizzanello per l'affidamento dei lavori di “Ristrutturazione di parte di fabbricato esistente ubicato nella frazione di Merine da destinare a centro aperto polivalente anziani (art. 106 del Reg. n. 4 del 18-1-2007)”, con specifico riferimento a:

a) Bando di gara pubblicato dalla Stazione appaltante in data 26 marzo 2019, con particolare riferimento ai paragrafi IV.2.1) e VI.3), lett. r);

b) Disciplinare di gara, e in particolare paragrafi 3.2.4) e 4.1;

c) Allegato E (“Atto unilaterale d'obbligo”) al Disciplinare di gara;

- della determinazione dell'Ufficio Tecnico - Settore Lavori Pubblici n. 155 del 26 marzo 2019;

- di tutti gli atti prodromici e consequenziali, anche non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lizzanello e della Società Asmel Consortile S.c.a.r.l.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella Camera di Consiglio del giorno 28 maggio 2019 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti l'Avv.to Vagnucci, l'Avv.to Marchello e l'Avv.to Pinto;

Rilevato, ad una sommaria delibazione propria della presente fase cautelare del giudizio, che il ricorso appare fondato, poichè:

- “*in limine*”:

- riguardo alla legittimazione ad agire:

a) appare sussistere la legittimazione ad agire delle due imprese (singole) ricorrenti (pur non avendo le stesse presentato domanda di partecipazione alla gara in questione), stante l'impugnabilità immediata delle clausole "escludenti" della "*lex specialis*", trattandosi di clausole preclusive dell'utile partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, Sezione Terza, 26 febbraio 2019, n. 1331, con i riferimenti, ivi contenuti, in particolare a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4);

b) in ogni caso, sembra configurabile la legittimazione ad agire dell'A.N.C.E., in quanto la proposizione dell'impugnativa in esame appare coerente con l'interesse istituzionale di tale Associazione di categoria, essendo preordinata ad evitare che oneri (assunti come) indebiti siano posti a carico degli operatori economici del settore; né sembra integrare un conflitto di interessi con una parte degli imprenditori (appartenenti alla categoria di riferimento) la semplice partecipazione alla selezione *de qua* di - sole - due imprese, considerato, peraltro, che la contraria opzione ermeneutica comporterebbe che la legittimazione attiva dell'A.N.C.E. risulterebbe, in concreto, paralizzata ogni volta che - anche - un singolo operatore associato decidesse, comunque, di partecipare alla gara, sicchè appare da ripudiare in forza del c.d. metodo apagogico;

- in relazione all'oggetto del gravame, ritiene il Collegio di precisare che l'impugnativa riguarda l'annullamento totale degli atti di gara (con l'esito della riedizione della gara medesima), atteso che la contestazione delle specifiche clausole del bando impugnate coinvolge - necessariamente - lo svolgimento dell'intera procedura selettiva;

- ciò premesso, con riferimento alle questioni sostanziali proposte:

- per un verso, effettivamente, i criteri qualitativi di valutazione (con l'attribuzione complessiva di ben novanta punti su cento) previsti dalle lettere "A" ("Saranno valutate positivamente le offerte tecniche estendono gli interventi strutturali all'intero edificio consentendo la uniformità statica dell'intero immobile per consentire l'acquisizione delle certificazioni di sicurezza dell'intero edificio

(collaudo statico - conformità impianti efficientamento e risparmio energetico)”, con gli inerenti *sub*-criteri “A1”, “A2”, “A3”) e “B” (“Saranno valutati positivamente gli interventi che garantendo continuità architettonica all’intero edificio prestino particolare risalto all’uso di materiali che contemporaneamente garantiscano sia l’abbattimento degli interventi e dei costi di manutenzione sia l’efficientamento e risparmio energetico all’intero edificio”, con i relativi *sub*-criteri “B1” e “B2”) del Bando di Gara (da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa) prevedono chiaramente prestazioni (non trascurabili) riguardanti l’intero edificio, sicchè non sembrano finalizzati a valorizzare le migliorie al progetto posto a base d’asta (progetto relativo, invece, alla ristrutturazione - solo - di parte del fabbricato esistente), quanto - piuttosto - ad estendere gli interventi previsti nel progetto esecutivo anche alla restante porzione dell’immobile, ponendone (indebitamente) i relativi oneri economici a carico dei concorrenti, con sostanziale alterazione dei caratteri essenziali delle prestazioni richieste;

- e, per altro verso, il corrispettivo a favore di Asmel Consortile S.c.a.r.l., quantificato in percentuale dell’importo complessivo a base di gara, è, sostanzialmente, posto a carico del partecipante (in caso di aggiudicazione) e non già della Stazione Appaltante (si veda, in particolare, l’atto unilaterale d’obbligo), e 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), anche perché l’apporto partecipativo di Asmel alla procedura di gara (ulteriore rispetto alla messa a disposizione della piattaforma telematica) è minimo, e non risulta che quest’ultima sia una Centrale di Committenza, né che sia iscritta all’Anagrafe delle Stazioni Appaltanti;

Rilevata, altresì, la sussistenza di un pregiudizio di estrema gravità e urgenza per le parti ricorrenti, in ragione della natura degli atti impugnati (“*lex specialis*” di gara) e della possibile prosecuzione (in difetto della concessione della tutela cautelare)

della procedura concorrenziale di che trattasi, con la conseguente vanificazione, all'esito della stessa, della possibilità di conseguire un qualsiasi risultato utile;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza accoglie l'istanza cautelare, di cui in epigrafe, e, per l'effetto, sospende l'efficacia degli atti impugnati.

Fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 2 ottobre 2019.

Compensa le spese della presente fase cautelare del giudizio.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 28 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Maria Luisa Rotondano, Primo Referendario, Estensore

Massimo Baraldi, Referendario

L'ESTENSORE
Maria Luisa Rotondano

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO



Autorità Nazionale Anticorruzione
VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Segnalazione al Governo e al Parlamento ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. f), del
d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163

Atto di segnalazione n. 3, del 25 febbraio 2015

Concernente le spese di gestione delle procedure di gara delle centrali di committenza – per l'utilizzo di piattaforme elettroniche (anche in ASP) ovvero per la stipula di convenzioni – poste a carico dell'aggiudicatario.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

1. Premessa

L'Autorità nazionale anticorruzione, avendo assunto i compiti e le funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a seguito della soppressione di quest'ultima, disposta dall'art. 19, comma 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, nell'esercizio del potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento di cui all'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (nel prosieguo, "Codice"), intende formulare alcune osservazioni in merito alla 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.

Più precisamente è stata portata all'attenzione dell'Autorità la questione concernente la legittimità o meno della 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;
- 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.

2. Spese di gestione delle procedure di gara delle centrali di committenza poste a carico dell'aggiudicatario.

Con riferimento al fenomeno emerso, occorre innanzitutto richiamare il disposto dell'art. 23 della Costituzione, in base al quale *«nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge»*. Conseguentemente, le previsioni normative di rango primario di seguito indicate, che consentono l'introduzione di meccanismi di remunerazione per l'ente appaltante, posti a carico dell'aggiudicatario, confermano la necessità di apposita copertura normativa per legittimare l'operato delle centrali di committenza ed evidenziano, altresì, l'eccezionalità di una tale possibilità, non esistendo alcuna disposizione legislativa, che in termini generali abiliti una stazione appaltante a richiedere il pagamento di una commissione agli aggiudicatari delle proprie gare d'appalto. Si tratta, in particolare, delle previsioni di cui:

- all'art. 11, comma 3, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni in legge 15 luglio 2011, n. 111, che contempla la possibilità di prevedere forme di remunerazione sugli acquisti, anche a carico dell'aggiudicatario, per l'uso del sistema informatico di negoziazione del Ministero dell'economica e delle finanze in ASP (Application Service Provider);
- all'art. 11, comma 10, d.l. n. 98/2011, che ammette la possibilità di prevedere meccanismi di remunerazione sugli acquisti da porre a carico degli aggiudicatari delle procedure di gara svolte da Consip S.p.A. per conto del Ministero della giustizia;
- all'art. 11, comma 11, d.l. n. 98/2011, che ha modificato il comma 453 dell'art. 1, legge 27 dicembre 2006, n. 296, che, a sua volta, introduce la possibilità di prevedere meccanismi di remunerazione sugli acquisti da porre a carico dell'aggiudicatario delle convenzioni di cui all'art. 26, comma 1, legge 23 dicembre 1999, n. 488, dell'aggiudicatario di gare su delega bandite da Consip S.p.A. e dell'aggiudicatario degli appalti banditi su accordi quadro conclusi da Consip S.p.A.

Né a diversa conclusione sul punto potrebbe addivenirsi invocando l'art. 16-*bis* del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, 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»*.

La norma, infatti, si riferisce a spese che presuppongono una documentata comprova o quanto meno la previsione di tariffe determinate dagli organi competenti (almeno per quanto concerne le spese di copia), mentre l'imposta di registro segue la normativa di riferimento. In ogni caso, ciò che rileva nell'economica della presente segnalazione è che neanche la disposizione in argomento abilita l'ente appaltante a determinare autonomamente eventuali somme, che l'aggiudicatario dovrebbe corrispondergli quale remunerazione per l'utilizzo di piattaforme elettroniche ovvero per la stipula di convenzioni o accordi quadri aggiudicati in qualità di centrale di committenza, tanto meno in via forfettaria.

Ma vi è di più, la norma da ultimo citata si riferisce alle spese relative alla stipula del contratto, laddove il pagamento di un corrispettivo per le spese di funzionamento di una piattaforma elettronica o di un corrispettivo per l'aggiudicazione di una convenzione quadro involge necessariamente anche la gestione di tutta la procedura e non solo la stipula (quand'anche l'individuazione dell'aggiudicatario avvenga esclusivamente in modalità elettronica). Il che concorre a far ritenere insussistente la diretta ed esclusiva relazione tra spese connesse alla stipula del contratto e pagamento del relativo corrispettivo da parte dell'aggiudicatario.

Inoltre, si rileva che il criterio di commisurare l'importo del corrispettivo posto a carico dell'aggiudicatario all'importo di aggiudicazione dell'appalto non consente di attribuire al corrispettivo stesso, sotto il profilo della sua giustificazione causale, la natura di rimborso delle spese sostenute dalla stazione appaltante. Infatti, mentre queste ultime sono, di regola, fisse

(soprattutto se si ha riguardo all'utilizzo di piattaforme elettroniche, in relazione al quale la spesa non si ritiene modulabile in base all'importo del contratto aggiudicato, contrariamente a quanto prevedono talune centrali di committenza), l'importo posto a carico dell'aggiudicatario dipende dall'importo della base d'asta dedotta la percentuale del ribasso offerto in gara; l'assenza di un preciso rapporto di corrispettività, pertanto, non è conciliabile con la nozione di rimborso dei costi affrontati, ciò che rende necessaria un'espressa copertura normativa che giustifichi causalmente l'esborso richiesto all'aggiudicatario, per non contravvenire il principio della necessaria giustificazione causale dell'attribuzione patrimoniale.

Peraltro, non può omettersi di considerare l'inversione di tendenza operata dal legislatore nella materia *de qua*. La disposizione di cui all'art. 9, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito con modificazioni in legge 6 luglio 2012, n. 94, secondo cui «il Ministero dell'economia e delle finanze mette a disposizione, a titolo gratuito, il proprio sistema informatico di negoziazione in modalità ASP (Application Service Provider) delle pubbliche amministrazioni e degli altri soggetti pubblici che si avvalgono di Consip S.p.A., anche ai sensi dell'articolo 29 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e delle disposizioni del presente decreto», costituisce, infatti, espressione di una chiara volontà di non porre a carico degli operatori del mercato i costi connessi alla centralizzazione/agggregazione degli acquisti. La norma, peraltro, sembra avere una portata di abrogazione implicita del sopra richiamato art. 11, comma 3 del d.l. n. 98/2011.

Sotto altro profilo, occorre considerare, poi, che l'inserimento di una clausola che ponesse a carico dell'aggiudicatario l'onere di rimborsare le spese della procedura – attribuendo all'inadempimento della medesima clausola il valore di “rinuncia all'aggiudicazione” – è contrario altresì alle disposizioni in tema di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-*bis* del Codice dei contratti.

Costituisce, infatti, clausola che non trova copertura normativa nell'art. 46, comma 1-*bis* citato 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).

Infine, occorre evidenziare che la promozione della centralizzazione degli acquisti, di cui costituisce una chiara attuazione lo stesso l'art. 33, comma 3-*bis* del Codice, è fatta al fine di consolidare i conti pubblici, per garantire la stabilità economico-finanziaria del Paese, e di adottare misure dirette a favorire la crescita, come la stessa *Premessa* al d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (che ha introdotto la norma, seppur di recente modificata) evidenzia.

In tale ottica, quindi, la creazione di centrali di committenza, ivi comprese le forme di aggregazione richiamate dal comma 3-*bis* dell'art. 33 del Codice, devono essere finalizzate esclusivamente ad 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) e il relativo funzionamento non può determinare un aggravio di costi per gli operatori, i quali, peraltro, tenderebbero a traslarli 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. Ne consegue allora che, in assenza di specifica disposizione di rango primario e di previsioni attuative di secondo livello che limitino la discrezionalità delle stazioni appaltanti nel determinare gli importi ad esse dovuti (come è stato opportunamente previsto per le convenzioni e gli accordi quadro Consip nonché per l'utilizzo in ASP della piattaforma del MEF), consentire generalmente a ciascuna centrale di committenza di porre a carico dell'aggiudicatario una qualsivoglia forma di remunerazione, scelta con assoluta discrezionalità, contravverrebbe allo spirito riformatore del sistema della centralizzazione degli acquisti.

A conferma delle considerazioni svolte, si sottolinea che il d.l. n. 66/2014, convertito con modificazioni in legge n. 89/2014, ha previsto all'art. 9, comma 9, che «al fine di garantire la realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa mediante aggregazione degli acquisti di beni e di servizi, è istituito, nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, il Fondo per l'aggregazione degli acquisti di beni e di servizi destinato al finanziamento delle attività svolte dai soggetti aggregatori di cui al comma 1 del presente articolo, con la dotazione di 10 milioni di euro per l'anno 2015 e di 20 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2016. Con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze sono stabiliti i criteri di ripartizione delle risorse del Fondo di cui al precedente periodo».

L'istituzione del predetto fondo, destinato al finanziamento delle attività svolte dai soggetti aggregatori, conferma che le spese di centralizzazione degli acquisti sono connesse al funzionamento della pubblica amministrazione e come tali non traslabili sull'aggiudicatario, salvo casi espressamente previsti dalla legge.

3. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte, tenuto conto che alcune centrali di committenza, pur in assenza di specifica norma, ritengono legittimo porre a carico dell'aggiudicatario le spese di funzionamento delle piattaforme elettroniche dalle medesime gestite ovvero quelle connesse all'adesione a convenzioni quadro da esse stipulate, considerata, inoltre, la controversia interpretativa sorta sul tema, l'Autorità nel segnalare il fenomeno, che peraltro contribuisce ad alimentare il già elevato contenzioso in materia di appalti pubblici, ritiene opportuno un intervento legislativo con cui sia espressamente previsto il divieto, salvo diversa previsione di legge, di porre le spese di gestione della procedura – siano esse riferite all'utilizzo di piattaforme elettroniche (anche in ASP) ovvero alla stipula di convenzioni – a carico dell'aggiudicatario della procedura di gara.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 25 febbraio 2015.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 6 marzo 2015

Il Segretario: Maria Esposito



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1123 del 28 novembre 2018

Fascicolo UVCS n. 1543/2017

Oggetto: Gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e servizi accessori nel territorio del Comune di San Giovanni in Fiore CIG 65437129F6 indetta con bando pubblicato in G.U.R.I. e su G.U.E. (n. 4961) in data 13.1.2016 con importo a base d'asta di euro 5.089.938,800.

Il Consiglio

nell'adunanza del 28 novembre 2018;

Visto l'articolo 19, comma 2, del 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;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

Considerato in fatto

Con note a firma congiunta di alcuni Deputati della Repubblica, acquisite ai prott. nn. 29387 del 23 febbraio 2017 e 38618 del 14 marzo 2017, sono state segnalate all'Autorità diverse criticità relative alla gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e servizi accessori nel territorio del Comune di San Giovanni in Fiore (CIG 65437129F6).

In particolare, si contestavano presunte anomalie concernenti la modificazione delle condizioni di gara durante la proroga dei termini di presentazione delle offerte, la mancata pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dell'avviso di proroga dei termini *de quibus*, la coincidenza della figura di presidente di commissione giudicatrice con quella di dirigente dell'Ufficio tecnico comunale, l'affidamento alla Consortile Asmel dei servizi di committenza ausiliari, la violazione dell'ambito territoriale di operatività di Locride Ambiente, aggiudicatario in ATI della gara in oggetto, la mancata contrattazione sindacale con i singoli

lavoratori di “Città pulita”, con annesso inserimento in regime di salvaguardia di soggetti esterni, rispetto all’associazione *de qua*, alla raccolta rifiuti.

In data 18 luglio 2017 è altresì pervenuta all’Autorità una nota a firma del Presidente dell’Associazione di tutela “La Voce di Fiore”, prot. n. 92581, con cui si manifestavano seri dubbi circa la fase di esecuzione del contratto di affidamento del servizio pubblico di raccolta differenziata aggiudicato in via definitiva nel settembre 2016. In più, secondo quanto riportato nella nota, si prevedeva una modesta cifra a carico dell’aggiudicatario come corrispettivo per i servizi di committenza ausiliari effettuati da Asmel Consortile.

L’Autorità, esaminato l’esposto e rilevata la sussistenza di margini per l’avvio di un’apposita istruttoria, ha comunicato l’avvio del procedimento con prot. n. 64238 del 08.5.2017, nei confronti del Comune di San Giovanni in Fiore al fine di acquisire ulteriori elementi di valutazione relativamente a determinati motivi di doglianza. La comunicazione di avvio *de qua*, inoltre, è stata inoltrata per conoscenza anche al legale rappresentante *pro tempore* del Consorzio Locride Ambiente.

Pertanto, con la suddetta comunicazione si chiedeva al Comune di San Giovanni in Fiore di riferire in merito alla disposta aggiudicazione in favore dell’ATI Presilia Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A., avendo cura di fornire specifiche informazioni circa la natura giuridica della Soc. Locride Ambiente, le partecipazioni azionarie della suddetta società alla data di partecipazione alla gara in oggetto e i limiti di operatività territoriale della società medesima. Inoltre, si richiedevano informazioni sullo stato di avanzamento della procedura contrattuale e sui rilievi concernenti la modificazione delle condizioni di gara durante il regime di proroga dei termini di presentazione delle offerte, la mancata pubblicazione in G.U.U.E. della suddetta proroga e l’affidamento alla Consortile Asmel dei servizi di committenza ausiliari.

Si premette che, sulla base della deliberazione ANAC n. 32 del 2015, la società Consortile in questione era stata esclusa dall’elenco dei soggetti aggregatori di cui all’art. 9 del d.l. n. 66/2014, infatti, il sistema posto in essere dal Consorzio Asmel non trovava corrispondenza nei modelli di aggregazione degli appalti di enti locali. La società Asmel, di fatto, offriva in via indiretta agli Enti Locali i propri servizi di intermediazione attraverso l’adesione all’associazione Asmel e, non rintracciandosi effettiva garanzia di un controllo analogo da parte degli Enti stessi, agiva come soggetto di diritto privato del tutto autonomo da questi ultimi.

Nonostante il ricorso avverso la delibera ANAC n. 32/2015, il TAR Lazio, Sez. III, con sentenza n. 2339 del 22 febbraio 2016, confermava integralmente quanto rilevato dalla scrivente Autorità, chiarendo, altresì, che Asmel s.c.a. r.l. non potesse considerarsi legittimata ad espletare attività di intermediazione negli acquisti pubblici, anche in virtù di un limite territoriale non ben definito.

In seguito, con Comunicato del Presidente del 23 marzo 2016, si precisava che un nuovo schema organizzativo che prevedesse ancora l'offerta di servizi di committenza senza limitazioni territoriali e a Comuni non coinvolti direttamente nella costituzione del soggetto operativo, non sarebbe stato in linea con la deliberazione n. 32 del 2015.

Pertanto, in seguito alla delibera ANAC *de qua* e alle vicissitudini giudiziarie, Asmel s.c.a r.l., in data 23.2.2016, comunicava ai Comuni l'avvenuta cessione delle quote di partecipazione di *Asmel Associazione* in *Asmel Consortile* al fine di rendere quest'ultima interamente posseduta da Enti Locali e, quindi, invitava gli stessi ad associarsi direttamente alla suddetta. L'Associazione, invece, così costituita interamente da Enti pubblici, è da considerarsi, secondo Asmel s.c.a r.l., alla stregua di un soggetto privato sottoposto alle norme del Codice Civile. L'ingresso dei Comuni nella Consortile avrebbe consentito, viceversa, di acquisire la conformazione di società *in house* come da determinazione ANAC.n. 11/2015.

A seguito dell'avvio del procedimento, ha dato riscontro il Comune di San Giovanni in fiore con nota di controdeduzioni prot. n. 78857 del 7.6.2017, nonché con nota prot. n.100668 del 17.8.2017.

Più in dettaglio, con prot. n. 78857 del 7.6.2017, il Comune di San Giovanni in Fiore, nella persona del competente Responsabile del procedimento e del Responsabile dell'ufficio Legale del Comune di San Giovanni in Fiore, ha contestato i rilievi evidenziati nella comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 64238 del 8.5.2017, allegando quanto richiesto dalla scrivente Autorità.

In considerazione dello stato di dissesto del Comune di San Giovanni in Fiore, dichiarato con Delibera di C.C. del 3.5.2014, e dell'indifferenziazione con cui si procedeva alla raccolta dei rifiuti solidi urbani sul territorio del Comune, il Commissario straordinario riteneva necessaria l'attivazione della raccolta differenziata. A tal fine, con delibera di G.M. n. 1 del 9.1.2015, si dava indirizzo al Responsabile dei Servizi Tecnici di avviare il procedimento per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani mediante procedura ad evidenza pubblica, previa redazione di un piano formulato in base alla specificità del Territorio e alla più efficiente ed efficace gestione del servizio.

Il suddetto piano veniva stilato tenuto conto, tra l'altro, della quantità di rifiuti solidi urbani indifferenziati prodotta nel Comune durante l'anno 2014/15 e della spesa sostenuta per la loro raccolta e trasporto effettuati, sulla base di un'ordinanza sindacale, dalla Cooperativa "Città Pulita".

Quest'ultima, affidataria per diversi anni del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti indifferenziati, era costituita da 21 unità lavorative e vantava l'applicazione di un contratto di lavoro multi servizi da 6 ore giornaliere, pari ad un importo complessivo liquidato nel 2015 di

euro 885.483,75, IVA esclusa. Il piano, pertanto, vedeva garantita la continuità occupazionale delle 21 unità della Cooperativa *de qua* e di altre 6 unità utilizzate tra il 2002 ed il 2012, le quali, nonostante il diverso contratto (stipulato dal Comune stesso) e il diverso ambito territoriale di operatività (località Lorica), avevano diritto anch'essi alla clausola di salvaguardia.

Pertanto, con determina n. 230 del 24.12.2015 veniva approvato il piano di cui sopra comprensivo di piano di servizio di igiene urbana, capitolato speciale d'appalto e d.u.v.r.i; con determina n. 231 del 24.12.2015 veniva nominato il R.U.P., in capo al Comune, ai sensi dell'articolo 10 D.lgs. n. 163/2006; con determina n. 236 del 31.12.2015 veniva approvato il bando, il disciplinare di gara per l'affidamento in appalto del servizio di raccolta differenziata, veniva acquisto il C.I.G. e veniva indetta gara da effettuarsi attraverso procedura aperta col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.lgs. n.163/2006, per un importo a base d'asta di euro 5.016.938,80 per un servizio di anni cinque.

Ciò posto, in base alla delibera di G.M. n. 110 del 16.12.2015 di adesione all'Asmel associazione, si procedeva alla pubblicazione del bando a mezzo di piattaforma digitale "Asmecom", quindi in G.U.U.E., in G.U.R.I., sul sito internet www.serviziocontrattipubblici.it, per estratto su quattro quotidiani, sul sito istituzionale dell'Ente e, infine, sull'albo pretorio *on line* del Comune di San Giovanni in Fiore.

Verificata la fondatezza di alcune lamentele seguite alle pubblicazioni di cui sopra, circa la divergenza tra l'importo a base d'asta e il costo effettivo dell'appalto, dovuta all'erroneo calcolo del costo delle 27 unità lavorative totali per sei ore di lavoro giornaliera, il Responsabile dei Servizi Tecnici, con determina n. 22 del 25.2.2016, procedeva alla modifica dei punti del capitolato d'appalto riducendo le 6 ore di lavoro giornaliera previste per le 27 unità di personale a 4 ore giornaliera, rapportate al costo lavoro determinato per gli addetti servizi ambientali – raccolta – trasporto e smaltimento rifiuti (C.C.N.L. del 5.4.2008), così da rispettare l'importo a base d'asta.

Contestualmente, con la stessa determina si prorogavano di 10 giorni i termini per la presentazione delle offerte e, di conseguenza, si spostava il giorno previsto per l'apertura delle buste. Le modifiche *de quibus*, una volta trasmesse ad Asmel, venivano pubblicate in G.U.R.I., su due quotidiani, nel sito istituzionale dell'Ente e nell'albo pretorio *on line* del Comune di San Giovanni in Fiore.

Entro il nuovo termine, pervenivano n. 5 offerte e nessuna doglianza in merito alla modifica del capitolato speciale d'appalto.

Con determina n. 35 del 11.3.2016 del Responsabile dei Servizi Tecnici veniva nominata la commissione giudicatrice.

In data successiva all'aggiudicazione provvisoria in capo all'ATI Presila Cosentina e

Locride Ambiente, perveniva al Comune un'istanza di revoca in autotutela della gara per via della mancata pubblicazione in G.U.U.E della proroga dei termini di presentazione delle offerte da parte di Asmel.

A seguito di nota n. 7956 del Responsabile dei Servizi Tecnici in data 9.5.2016, con cui si chiedeva ad Asmel di fornire chiarimenti in merito al vizio di cui sopra, il Responsabile dell'Ufficio Legale della suddetta trasmetteva al Comune i chiarimenti concernenti i profili evidenziati.

In particolare, secondo il soggetto in esame, l'omessa pubblicazione in G.U.U.E. dell'avviso di proroga del bando non era da valutarsi come vizio di nullità della procedura tutta, ma poteva considerarsi sanato dall'inoppugnabilità della *lex specialis*. Veniva altresì allegato un parere legale, a mezzo del quale si chiariva come il mancato rispetto delle forme di legge per la pubblicità degli atti di gara può non determinare l'invalidità della procedura quando la conoscenza di tali atti in capo alle imprese si sia comunque realizzata. Pertanto, aggiungeva lo Studio legale, l'incompletezza della pubblicità di un bando di gara è da considerarsi sanata quando a causa della pubblicità limitata non sia stata impedita *de facto* la partecipazione alla gara stessa.

Con determina n. 212 del 16.9.2016, il responsabile dei Servizi Tecnici procedeva all'aggiudicazione definitiva alla ditta Presila Cosentina – Locride Ambiente S.p.A. del servizio di raccolta, trasporto, smaltimento dei rifiuti e servizi accessori nel territorio del Comune di San Giovanni in Fiore.

Nello stesso documento si richiamava l'atto unilaterale d'obbligo dell'ATI Presila Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A. con la quale l'Associazione Temporanea di Imprese si impegnava, prima della stipula del contratto, al pagamento del corrispettivo (1,5%) dell'importo di aggiudicazione a fronte dell'utilizzo della piattaforma Asmecom a favore di Asmel Consortile S.c.a r.l.

A riguardo, in merito alla violazione dell'ambito territoriale di operatività di Locride Ambiente, aggiudicatario in ATI della gara di cui all'oggetto, in ragione delle limitazioni previste dall'art. 1 dello Statuto societario, nonché dei principi e disposizioni vigenti in tema di società a partecipazione pubblica, l'Amministrazione chiarisce che, trattandosi di un'ATI la cui capogruppo è la società Presila Cosentina, vi è un'attuazione indiretta del servizio che Locride Ambiente può svolgere indipendentemente dall'ambito territoriale; d'altro canto è l'art. 4 dello Statuto di Locride Ambiente a prevedere la possibilità di realizzare consorzi o ATI con altre società indipendentemente dall'ambito territoriale in cui si svolge l'attività.

Per quanto concerne l'affidamento alla consortile Asmel dei servizi di committenza ausiliari, il Comune precisa che, come specificato anche da ordinanza n. 552/2016 del T.A.R.

Calabria su ricorso di registro generale n. 1276 del 2016 presentato dalla Cooperativa “Città Pulita” contro il Comune di San Giovanni in Fiore, la Consortile Asmel non abbia svolto il ruolo di centrale di committenza ex art. 33 del d.lgs. 163/2006. All’interno della procedura in oggetto, d’altronde, il R.U.P. era in capo al Comune, il C.I.G. era stato richiesto dal medesimo e la commissione giudicatrice era stata nominata con determina n. 35 del 11.3.2016 di cui sopra; in un contesto simile, la Consortile in questione, secondo il Comune, non si era che limitata a svolgere un ruolo meramente strumentale, consistente nella messa a disposizione della stazione appaltante della piattaforma digitale.

L’Autorità, esaminate le memorie pervenute in risposta alla comunicazione di avvio del procedimento e ritenuta la sussistenza di anomalie nella procedura contrattuale in oggetto, ha formalizzato specifiche contestazioni con comunicazione di risultanze istruttorie (CRI) trasmessa con nota prot. n. 22135 del 9.3.2018 al Comune di San Giovanni in Fiore, nonché alla Asmel Consortile s.c.a.r.l. e al Consorzio Locride Ambiente.

In riscontro alla CRI è pervenuta memoria del competente Responsabile del Procedimento acquisita al prot. n. 30791 del 9.4.2018.

Per quanto qui di interesse, il RUP ha rilevato che la mancata pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea della modifica apportata nel capitolato d’appalto, relativa alla diminuzione da 6 ore di lavoro giornaliero previste per le 27 unità di personale a 4 ore giornaliero, non abbia alterato la concorrenza, atteso che alla procedura di gara hanno partecipato *de facto* varie imprese.

Successivamente, su esplicita richiesta del deputato esponente (prot. n. 37776 del 3.5.3018), è stata espletata apposita audizione dinanzi all’Ufficio il 17.5.2018, a seguito della quale il deputato stesso ha trasmesso un’integrazione (prot. 42861 del 18.5.2018), al fine di fornire ulteriori elementi informativi.

Nello specifico, il deputato ha esposto le principali criticità che coinvolgono la fase di esecuzione del servizio in oggetto da parte dall’attuale gestore Locride Ambiente in A.T.I. (con Presilia Cosentina S.p.A.).

Da ultimo, con nota acquisita al prot. 92919 del 13.11.2018, l’Associazione Asmel ha inviato una Circolare relativa all’utilizzo, in forma gratuita, della piattaforma telematica per le gare online.

Ritenuto in diritto

Ciò posto, l’Autorità ritiene che dall’esame degli atti contenuti nel fascicolo e alla luce delle controdeduzioni pervenute permangano significative criticità in ordine alla gara in oggetto.

Si rileva, innanzitutto, come in data 2.2.2015 il TAR Lazio, pronunciandosi sul ricorso avverso la deliberazione Anac n. 32/2015, abbia confermato la delibera stessa ribadendo come la Consortile Asmel non fosse conforme al modello legale di centrale di committenza di cui ai requisiti previsti dall'art. 33, comma 3 bis, del d.lgs. 163/2006, e non rientrasse tra i soggetti aggregatori; Asmel s.c.a r.l., infatti, non risultava essere né amministrazione aggiudicatrice né organismo di diritto pubblico.

Tuttavia, pare opportuno rilevare come sia il TAR Campania, con sentenza n. 822/2015, sia il TAR Calabria, con ordinanza 552/2016 in merito al caso di specie, abbiano chiarito che Asmel Consortile non risulta aver svolto né la posizione di amministrazione aggiudicatrice, né la funzione di centrale di committenza ex art. 33 del d.lgs. 163/2006, bensì si sia limitata a svolgere un ruolo meramente strumentale, consistente nella messa a disposizione della stazione appaltante della piattaforma digitale.

D'altronde, dalla lettura congiunta degli articoli 39 e 3, comma 1, lett. m) del D.lgs n. 50/2016, recanti, rispettivamente, *attività di committenza ausiliarie* e sulla definizione di *attività di committenza ausiliarie*, si evince che le attività che consistono nella prestazione di supporto nella forma di infrastrutture tecniche che consentono alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici, come nel caso di prestazione della piattaforma digitale Asmecom, possano essere fornite anche da associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da amministrazioni dello Stato o Enti pubblici territoriali.

Ciononostante, sulla base di quanto emerge dagli atti di gara, e in particolar modo dalla determina a contrarre n. 236 del 31 dicembre 2015 e dalla determina di aggiudicazione definitiva n. 1003 del 15 settembre 2016, è stato chiesto all'operatore economico aggiudicatario del bando di gara di firmare un atto unilaterale d'obbligo con cui Questo, e nel caso di specie l'ATI Presila Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A., si impegnava a corrispondere ad Asmel Consortile s.c.a r.l. il corrispettivo del servizio per l'uso della piattaforma Asmecom, nella misura dell'1,5% dell'importo totale aggiudicato.

Alla base di questa previsione, risulta esserci la deliberazione di Giunta Comunale n. 110 del 16 dicembre 2015 avente ad oggetto l'adesione all'associazione Asmel per la sussidiarietà e modernizzazione degli Enti Locali.

Proprio nella determina a contrarre di cui sopra si legge che si affidavano ad Asmel Consortile s.c.a r.l. i servizi di committenza ausiliari inerenti l'indizione della procedura di gara in parola sulla piattaforma telematica Asmecom, insieme ad ogni onere di pubblicazione degli atti di gara.

Inoltre, dall'atto unilaterale d'obbligo in esame si legge che la suddetta obbligazione costituisce anche elemento essenziale dell'offerta.

In merito, si ribadisce alla Stazione Appaltante e alla stessa Asmel Consortile s.c.a r.l. che, secondo l'Atto di segnalazione n.3 del 25 febbraio 2015 formulato da A.N.AC, reso al Governo e al Parlamento, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs 12 aprile 2006 n. 163, concernente *“le spese di gestione delle procedure di gara delle centrali di committenza per l'utilizzo di piattaforme elettroniche (anche in ASP) poste a carico dell'aggiudicatario”*, non esistono disposizioni legislative che abilitano le stazioni appaltanti a richiedere il pagamento di una commissione agli aggiudicatari delle proprie gare d'appalto.

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.

La scrivente Autorità rileva anche come la commisurazione dell'importo del corrispettivo a carico dell'aggiudicatario all'importo di aggiudicazione dell'appalto non consente di attribuire al corrispettivo stesso, sotto il profilo della sua giustificazione causale, la natura di rimborso delle spese sostenute dalla stazione appaltante, d'altronde, mentre queste ultime sono spesso fisse, l'importo a carico dell'aggiudicatario varia a seconda della base d'asta dedotta la percentuale del ribasso offerto in gara.

A sostegno di ciò, lo stesso 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/agggregazione 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.

Da ultimo, è utile segnalare che l'articolo 28 del d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017, ha introdotto il comma 2-bis) all'articolo 41 del d.lgs. n. 50/2016, prevedendo che è fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme.

A seguito di tale contestazione, e nello specifico da novembre 2018, Amsel si è conformata alla disposizione di legge richiamata, consentendo alle stazioni appaltanti di utilizzare la

piattaforma telematica in forma totalmente gratuita (nota prot. 92919 del 13.11.2018).

Inoltre, per ciò che interessa il servizio offerto da Asmel s.c.a r.l. attraverso la piattaforma digitale di Asmecom, l'Autorità rileva che la proroga dei termini di presentazione delle offerte e la modifica degli elementi del bando di gara vadano ripubblicati ricorrendo alle stesse forme e modalità di pubblicizzazione richieste per l'indizione della procedura concorsuale o, comunque, con cui si è proceduto alla pubblicizzazione della stessa.

Secondo quanto si legge nelle controdeduzioni del Comune, quest'ultimo ha dato mandato ad Asmel Consortile di procedere alla pubblicazione di tutte le informazioni relative all'appalto in esame attraverso la piattaforma Asmecom. Queste venivano pubblicate, per l'appunto, sulla G.U.U.E., sulla G.U.R.I., nel sito internet www.serviziocontrattipubblici.it, per estratto su quattro quotidiani, sul sito istituzionale dell'Ente e, infine, sull'albo pretorio *on line* del Comune di San Giovanni in Fiore, ma, al momento della proroga dei termini di presentazione delle offerte e della modifica di alcuni elementi del bando di gara stesso, ne veniva ridata pubblicazione solo attraverso G.U.R.I., nonché su n. 2 quotidiani, nel sito istituzionale dell'Ente e nell'albo pretorio *on line* del Comune di San Giovanni in Fiore, difettando pertanto la riedizione della pubblicazione G.U.U.E..

Ciò posto, si specifica che la ripubblicazione di ogni avviso che implica variazioni sostanziali al bando di gara e al correlato capitolato prestazionale ha come finalità precipua quella di garantire, ai soggetti interessati ed in possesso di idonei requisiti, di partecipare alle procedure di selezione poste in essere dall'amministrazione, realizzando da un lato l'interesse degli operatori stessi alla *par condicio* e nel contempo l'interesse pubblico alla massimizzazione delle domande presentate; in tale ottica, una qualunque modifica del bando di gara, che sia idonea ad incidere sulla soddisfazione degli interessi richiamati, non può ritenersi sottratta all'obbligo di un'ulteriore pubblicazione con decorrenza *ex novo* dei termini previsti dalla normativa di riferimento. Qualsiasi prassi che vada in senso contrario a quanto detto deve ritenersi direttamente lesiva dei principi generali di trasparenza, pubblicità, libera concorrenza e parità di trattamento del Codice dei contratti pubblici e del Trattato. Come già chiarito da A.V.C.P. con deliberazione n. 92/2012 e da copiosa giurisprudenza, sul punto si veda Tar Puglia Bari, Sez. I, sentenza 9 ottobre 2014 n. 1167, secondo la quale *ogni modificazione [della lex specialis] dev'essere portata a conoscenza degli interessati nelle stesse forme adoperate per il testo originario e i principi di trasparenza e par condicio tra i concorrenti impongono di dare adeguata pubblicità alle modifiche apportate ai bandi di gara, peraltro, con le stesse modalità previste per l'atto da modificare.*

Rebus sic stantibus, i principi di trasparenza e pubblicità, i quali permeano ogni profilo di diritto nella disciplina degli appalti, si ritengono, nel caso di specie, assolutamente inderogabili.

La rettifica al capitolato d'appalto, di cui alla determina n. 22 del 25 febbraio 2016, è da

considerarsi, ad avviso dell’Autorità, come una modifica di uno degli elementi essenziali del bando di gara e, per tale motivo, la stazione appaltante avrebbe dovuto pubblicare tali rettifiche ricorrendo alle stesse forme e modalità di pubblicizzazione utilizzate per l’indizione della procedura concorsuale. La necessità della modifica in esame si era palesata a seguito di alcune richieste di chiarimenti manifestate da ditte interessate ad una eventuale partecipazione alla gara. Alla base di queste richieste vi era la divergenza tra l’importo a base d’asta d’appalto ed il costo effettivo dell’appalto stesso, divergenza dovuta all’erroneo computo del costo del personale. Infatti, questo conteggio, calcolato su un monte di sei ore giornaliere per 27 unità lavorative, ammontava a euro 770.859,00 stimato sulla base del C.C.N.L. applicato alle 21 unità utilizzate negli anni precedenti dal Comune a mezzo di ordinanze sindacali; se lo stesso costo del lavoro fosse stato applicato al totale delle 27 unità lavorative, il costo complessivo dell’appalto sarebbe risultato pari a euro 1.156.289,44 (circa), così da renderlo, *de facto*, notevolmente maggiore rispetto a quanto previsto a base d’asta.

Pertanto, la riduzione delle ore di lavoro giornaliere da sei a quattro per tutte le 27 unità ha dato modo al Comune di rientrare all’interno di quanto era stato previsto come importo a base d’asta, ma, allo stesso tempo, vista la natura della divergenza economica della modifica stessa, non può non considerarsi elemento essenziale per la predisposizione di un’offerta consapevole da parte degli operatori economici.

Per quanto riguarda l’ambito territoriale di operatività di Locride Ambiente S.p.A. costituita in ATI con Presila Cosentina S.p.A, e aggiudicataria definitiva della gara, si rileva come l’articolo 4 dello Statuto della società in questione preveda la possibilità di *svolgere le attività collaterali o connesse con i servizi [...], direttamente e/o mediante convenzioni e/o incarichi, purché strumentali all’oggetto sociale*. La Locride Ambiente, in quanto ATI, la cui capogruppo è la società Presila Consilia, dovrebbe poter attuare indirettamente il servizio a prescindere dall’ambito territoriale, purché connesso con ciò che è previsto ai sensi dello Statuto, come confermato dalla nota 07.04.2017 della Regione Calabria Dipartimento Ambiente, prot. SIAR n. 82008/2017.

Di particolare interesse, inoltre, risulta l’espressa previsione nel piano antecedente alla pubblicazione del bando di gara, approvato dal Comune con determina n. 230 del 24.12.2015, relativa all’assunzione da parte dell’impresa aggiudicataria dei lavoratori della Cooperativa “Città Pulita”, al fine di garantire la continuità occupazionale del personale già impiegato dal precedente gestore del servizio.

Si tratta della necessaria previsione nel bando di gara della c.d. clausola sociale, la quale obbliga l’appaltatore subentrante ad impiegare nell’esecuzione del servizio la forza lavoro in precedenza utilizzata dalla ditta uscente.

Difatti la stessa qualificazione in termini di “clausola” richiede, in capo alle parti

contraenti, ed alla stazione appaltante *in primis*, la necessità di un formale e specifico recepimento nella *lex specialis* e nel contratto di appalto/concessione.

Lo stesso decreto legislativo n. 50 del 2016, come novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56 (cosiddetto decreto correttivo) prevede espressamente, all'articolo 50, che le stazioni appaltanti inseriscano, nei bandi e nelle lettere di invito, *“nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione, da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81”*.

Secondo l'interpretazione dell'Autorità, la *ratio* della clausola sociale, come delineata dalla predetta disposizione, è dunque in primo luogo quella di tutelare la stabilità occupazionale del personale utilizzato dall'impresa uscente nell'esecuzione del contratto.

Sebbene il predetto articolo 50 riferisca letteralmente l'aspetto “sociale” della clausola soltanto alle dinamiche tese al mantenimento del posto di lavoro, l'articolo 3, comma 1 lettera qq) del Codice dei contratti pubblici accoglie invece una nozione più ampia, definendo le clausole sociali come *“disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione...”*. La definizione recata dal predetto articolo 3 si presta dunque a consentire alle stazioni appaltanti aperture verso previsioni tese a valorizzare aspetti ulteriori rispetto alla mera tutela occupazionale dei lavoratori dell'impresa uscente.

Ciò posto, l'Autorità ha rilevato, in sede di audizione del 17.5.2018, che non tutti i lavoratori che, per effetto della clausola sociale prevista nel bando di gara in esame sarebbero dovuti transitare alle dipendenze del nuovo aggiudicatario (ATI Presilia Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A.), risultano ancora essere stati assunti.

Su quest'ultimo punto, ove non abbia già provveduto, si richiama in questa sede l'attenzione di ATI Presilia Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A. affinché provveda all'applicazione della c.d. clausola sociale, assumendo alle proprie dipendenze i lavoratori della Cooperativa “Città Pulita”.

Secondo l'orientamento interpretativo del Tar Campania con sentenza n. 848 del 13 febbraio 2017, la clausola sociale costituisce una condizione di esecuzione del contratto, rilevante solo durante il rapporto contrattuale. Pertanto, l'inadempimento dell'impresa affidataria che non ottempera, in seguito alla stipula del contratto, all'impegno assunto in sede di gara, resta confinato nell'ambito della responsabilità contrattuale, talché la stazione appaltante è legittimata ad avvalersi dei rimedi di matrice civilistica, previsti dal contratto, ad esempio, clausola risolutiva espressa, penali, e dalla legge (l'articolo 108 del Codice dei contratti pubblici). Tale configurazione comporta che la violazione commessa dall'appaltatore non rileva ai fini

dell'aggiudicazione, che pertanto resta insensibile alle vicende *de quibus*.

L'interpretazione suddetta sembra inoltre trovare avallo nell'articolo 100, primo comma, ultimo periodo del Codice dei contratti pubblici, che, disciplinando i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante per l'esecuzione del contratto (non, quindi, per la partecipazione alla procedura selettiva), prevede la possibilità di introdurre particolari condizioni di esecuzione, attinenti ad "*esigenze sociali e ambientali*".

Tuttavia, se è vero che il rispetto degli obblighi assunti dall'aggiudicataria in sede di gara riguarda l'esecuzione del rapporto, il mancato assorbimento del personale, in particolar modo laddove sia totale, o comunque generalizzato, potrebbe manifestare la sostanziale volontà di non accettazione della clausola. In tale ottica interpretativa, la violazione della clausola riverbererebbe i propri effetti sull'aggiudicazione, viziandola, e legittimando peraltro anche i concorrenti all'impugnazione.

In conclusione, l'Autorità ritiene di poter confermare integralmente i rilievi e le contestazioni formalizzate nella comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 22135 del 9.3.2018, atteso che alla luce degli atti e documenti acquisiti permangono le irregolarità originariamente rilevate.

Come specificato nelle suddette considerazioni, la rettifica di cui alla determina n. 22 del 25 febbraio 2016 è configurabile come modifica di uno degli elementi essenziali del bando di gara alla stregua dell'art. 106, comma 4, del D.Lgs n. 50/2016, essendo idonea ad estendere il novero delle possibili imprese concorrenti. Da ciò consegue che, nell'apportare una tale modifica di significativo rilievo in grado di incidere sul tempo concesso alle imprese per la presentazione della domanda, i termini per l'affidamento del servizio oggetto di gara devono essere necessariamente riaperti.

Pertanto la mancata pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dell'avviso di proroga dei termini per la presentazione delle offerte rileva quale vizio sostanziale della procedura di gara.

Difatti modifiche sostanziali alla *lex specialis* sono soggette al principio del *contrarius actus*, secondo cui la modifica di un atto deve avvenire nelle stesse forme e seguendo il medesimo procedimento della sua adozione, e dunque anche le stesse modalità di pubblicizzazione, al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della par condicio.

In tal caso la stazione appaltante avrebbe quindi dovuto trasmettere all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea l'avviso di proroga dei termini, secondo quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici.

Incidentalmente, infine, in merito all'applicazione della clausola sociale posta a tutela dei

livelli occupazionali, l'Autorità ritiene di dover richiamare la stazione appaltante affinché assuma, ove non già provveduto, ogni iniziativa tesa a verificare che l'appaltatore abbia reclutato alle sue dipendenze per l'espletamento del servizio tutti i lavoratori impiegati dal precedente gestore (Cooperativa "Città Pulita").

Tutto ciò considerato e ritenuto,

DELIBERA

- ▣ di confermare i rilievi e le criticità contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 22135 del 9.3.2018 nei limiti di cui in motivazione, atteso che dall'analisi dei documenti e delle controdeduzioni prodotte in atti si evince l'omessa pubblicazione dell'avviso di proroga dei termini di presentazione delle offerte in G.U.U.E.;
- ▣ di invitare il Comune di San Giovanni in Fiore a verificare che l'attuale gestore del servizio, ATI Presilia Cosentina S.p.A. – Locride Ambiente S.p.A., abbia in concreto provveduto all'assunzione dei lavoratori della Cooperativa Città Pulita;
- ▣ di invitare il Comune di San Giovanni in Fiore e Asmel Consortile s.c.a r.l., ciascuno nei limiti delle rispettive competenze istituzionali, a comunicare all'Autorità le iniziative e/o gli atti che intendono adottare per rimuovere le criticità rilevate nella presente delibera, mediante sintetica informativa da trasmettere entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della stessa;
- ▣ di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera:
 - al Comune di San Giovanni in Fiore, in persona del Responsabile dell'Ufficio Legale e del Responsabile del Procedimento *de quo*;
 - ad Asmel Consortile s.c.a r.l., in persona del Legale Rappresentante p.t.;
 - al Consorzio Locride Ambiente, in persona del Legale Rappresentante p.t.;
 - agli Esponenti.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 6 dicembre 2018
Il Segretario *Maria Esposito*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Autorità Nazionale Anticorruzione

Prot. Uscita del 03/06/2019

Numero: 0044206

Ufficio: SG - UPAG Ufficio Precontenzionso e Pareri

Ufficio Precontenzioso e Pareri

ANCE
Associazione nazionale costruttori edili
c.a. Presidente
G. Buia
Via D.A. Guattani, 16
00161 – Roma
ance.presidenza@pec.ance.it

Oggetto: divieto di remunerazione di cui all'art. 41, comma 2-*bis* del d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 aprile 2019, acquisita al prot. n. 31988, si rappresenta che la funzione consultiva è svolta dall'Autorità nel rispetto delle previsioni del Regolamento del 7 dicembre 2018, consultabile sul sito istituzionale.

Con riguardo all'oggetto dell'istanza di parere sopra indicata, inerente il divieto di remunerazione posto dalle disposizioni dell'art. 41, comma 2-*bis*, del d.lgs. 50/2016, si comunica di seguito quanto deliberato nell'adunanza consiliare del 29-05-2019.

Si richiama preliminarmente l'art. 41, comma 2-*bis* del d.lgs.50/2016, a tenore del quale «E' fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58» (comma inserito dall'art. 28, comma 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

Con riferimento a tale disposizione si evidenzia che l'Autorità – già in epoca antecedente all'intervento normativo del d.lgs. 56/2017 che ha introdotto nel Codice il citato comma 2-*bis* dell'art. 41 - con atto di segnalazione n. 3 del 25 febbraio 2015 (“Concernente le spese di gestione delle procedure di gara delle centrali di committenza – per l'utilizzo di piattaforme elettroniche (anche in ASP) ovvero per la stipula di convenzioni – poste a carico dell'aggiudicatario”) ha stigmatizzato la prassi 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.

Nel suindicato atto di segnalazione è stato evidenziato, in particolare, che in assenza di specifiche previsioni normative di rango primario, non appare consentita l'introduzione di meccanismi di remunerazione per l'ente appaltante posti a carico dell'aggiudicatario. A sostegno di ciò, è stato richiamato (tra l'altro) l'art. 9, del 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*, quale disposizione che costituisce chiara espressione della volontà di non porre a carico degli operatori economici i costi connessi alla centralizzazione/agggregazione degli acquisti.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ufficio Precontenzioso e Pareri

Si consideri al riguardo che la promozione della centralizzazione degli acquisti, di cui costituisce attuazione la disciplina dettata dal Codice, è finalizzata al consolidamento dei conti pubblici, per garantire la stabilità economico-finanziaria del Paese e all'adozione di misure dirette a favorire la crescita. In tale ottica la creazione di centrali di committenza e le forme di aggregazione previste dalla disciplina di settore, sono finalizzate ad 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) e il relativo funzionamento non può determinare un aggravio di costi per gli operatori, i quali, peraltro, tenderebbero a traslarli 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.

Ne consegue che in assenza di specifica disposizione di rango primario e di previsioni attuative di secondo livello, non è consentito generalmente a ciascuna centrale di committenza, porre a carico dell'aggiudicatario una qualsivoglia forma di remunerazione, scelta con assoluta discrezionalità, quale imposizione contraria allo spirito riformatore del sistema della centralizzazione degli acquisti.

Si rappresenta che l'avviso sopra illustrato è stato confermato nella recente deliberazione dell'Autorità n. 1123 del 28 novembre 2018 (Fascicolo UVCS n. 1543/2017), nella quale si dà atto dell'intervenuta disposizione dell'art. 41, comma 2-bis del Codice e della chiara volontà del legislatore di disporre il divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme.

Per quanto sopra, nel confermare i principi espressi nell'atto di segnalazione n. 3/2015, i quali trovano conferma nelle intervenute disposizioni dell'art. 41, comma 2-bis del Codice, si rappresenta che eventuali profili di non conformità alla disciplina di settore delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici o delle modalità di esecuzione dei relativi contratti, possono essere segnalati agli Uffici di vigilanza dell'Autorità, secondo le indicazioni contenute nel Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 5 ottobre 2018.

Il Dirigente

Dott. Adolfo Candia