



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Delibera n. 21 del 15 gennaio 2020

### **PARERE MOTIVATO**

*(ai sensi dell'art. 211 comma 1-ter del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.)*

**Fasc. 5344/2019**

**Oggetto:** Procedura aperta in project financing riguardante la gara in concessione degli impianti di illuminazione - Comune di Vairano Patenora (CE) - CIG: 809661306B.

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

- Visto l'art. 23 della Costituzione;
- visto l'articolo 213 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. che definisce i poteri di vigilanza e controllo sui contratti pubblici dell'Autorità;
- visto l'articolo 211 comma 1-ter, primo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. che attribuisce all'Autorità, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice, il potere di emanare, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale sono indicati specificamente i vizi di legittimità riscontrati;
- visto l'articolo 211 comma 1-ter, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. che attribuisce all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio se la stazione appaltante non si conforma al parere motivato reso ai sensi del primo periodo della richiamata norma, entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione;
- visto il "Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018, che ha dettagliato le ipotesi di gravi violazioni e le modalità di esercizio della legittimazione attiva dell'ANAC;
- vista la relazione dell'Ufficio vigilanza collaborativa e vigilanze speciali.

#### Ritenuto in fatto

Il bando di gara relativo all'affidamento in oggetto è stato pubblicato sulla GU 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n.140 del 29-11-2019, avvalendosi della piattaforma messa a disposizione dalla Asmel Consortile S.C. a r.l., con termine di scadenza delle offerte prorogato fino al 24.1.2020.

La sezione V del bando di gara e il punto A19 del disciplinare di gara prevedono la seguente clausola dall'evidente carattere escludente "Atto unilaterale d'obbligo debitamente compilato e sottoscritto; L' Operatore Economico – in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza "Asmel Consortile S. c. a r.l.", prima della stipula del contratto, il corrispettivo dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara non escluse dal



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*comma 2-bis dell'art.41 del D.lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite, una somma pari all' 1% oltre iva dell'importo complessivo posto a base di gara, pari ad € 11.630,64 oltre IVA. Inoltre, l'operatore economico, in caso di aggiudicazione, si impegna a rimborsare alla centrale di committenza le spese di pubblicità obbligatoria in G.U.R.I. e su 2 quotidiani ai sensi del citato comma 2 dell'art. 5 del Decreto ministeriale infrastrutture e trasporti 2 dicembre 2016.*

*La presente obbligazione costituisce elemento essenziale dell'offerta. La stessa, a garanzia della validità dell'offerta, dovrà essere prodotta all'interno della cartella .zip della documentazione Amministrativa utilizzando il modello "All.1 - Atto Unilaterale d'Obbligo" e sottoscritta dal concorrente. Si evidenzia che l'obbligazione, essendo parte integrante dell'offerta economica, è da considerarsi elemento essenziale dell'offerta presentata e pertanto, in mancanza della stessa, l'offerta sarà considerata irregolare ai sensi dell'art. 59, comma 3 del D. Lgs. n. 50/2016.*

*L'operatore economico dovrà trasmettere, l'atto sottoscritto dal titolare/ legale rappresentante dell'impresa con firma digitale, ad ogni effetto e conseguenza di legge, dalla posta elettronica certificata ad ASMEL Consortile S.c. a r.l. all' indirizzo pec: [audio@asmepec.it](mailto:audio@asmepec.it) e si obbliga, altresì, a trasmetterlo in copia, in uno alla certificazione dell'invio e della ricevuta".*

### Ritenuto in diritto

La norma di gara prevede un meccanismo di remunerazione, da porsi a carico del futuro aggiudicatario mediante commissione prestabilita, che non solo non è supportata da alcuna puntuale base normativa, bensì si pone in contrasto con la normativa vigente.

In tal senso, deve infatti richiamarsi l'art. 73 co. 4 D.Lgs. 50/2016 e l'art. 5 DM MIT 2.12.2016, i quali limitano gli importi rimborsabili da parte dell'aggiudicatario alle spese di pubblicazione e, per converso, l'art. 41 co. 2bis D.Lgs. 50/2016 che espressamente vieta di porre a carico dei concorrenti eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme telematiche. Più in generale, come osservato da attenta giurisprudenza amministrativa, la citata clausola del bando di gara appare priva di espressa copertura legislativa, così come imposto dall'art. 23 della Costituzione: "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

Appare dunque illegittima la previsione che impone il pagamento di una somma (pari all'1% dell'importo base palese) come corrispettivo dei servizi di committenza non esclusi dall'art. 41 cit. A prescindere dai servizi concretamente prestati da Asmel (la cui tipologia e consistenza non è dato desumere dagli atti in possesso dell'Autorità), in ogni caso, il divieto pare avere carattere assoluto, non ammettendo alcuno spazio per altre forme di remunerazione a carico dell'aggiudicatario, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge.

Sotto altro profilo, si rileva che l'obbligo di pagare il citato corrispettivo è qualificato come elemento essenziale dell'offerta, mancando il quale il concorrente sarà escluso dalla partecipazione.

È di tutta evidenza la violazione anche dell'art. 83 co. 8 D.Lgs. 50/2016 nella parte in cui vieta l'introduzione di ulteriori clausole escludenti oltre a quelle tipizzate, determinando un effetto limitativo della concorrenza prodotto sia dall'ulteriore costo posto a carico dell'aggiudicatario, sia dall'effetto escludente in sé.

La censurata clausola del bando di gara, in conclusione, concreta una grave violazione delle norme in



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

materia di contratti pubblici. La stessa clausola, inoltre, nell'imporre un ingiusto ed illegittimo onere a carico dell'aggiudicatario del contratto, introduce certamente una misura ingiustificatamente restrittiva della partecipazione alle gare, con conseguenti danni alla concorrenza e, potenzialmente, al pubblico erario. Sono integrate, quindi, le ipotesi previste dall'art. 6 co. 2 lett. h) del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, adottato con delibera del 13.6.2018.

Al riguardo è opportuno segnalare che clausole di tal genere sono state già stigmatizzate in più occasioni non solo dall'Autorità (con Atto di segnalazione n. 3/2015, con Deliberazione ANAC 28.11.2018, n. 1123 e con Delibera ANAC n. 926 del 16.10.2019), ma anche dalla giurisprudenza amministrativa (TAR Puglia – Lecce, sentenza n. 1664/2019 e TAR Lombardia Ordinanza n. 1446/2019, resa su ricorso proposto dall'Autorità ex art. 211 co.1ter D.Lgs. 50/2016).

Restano impregiudicate le precedenti decisioni e determinazioni assunte dall'Autorità in merito all'attività di ASMEL Associazione e ASMEL S.C. a r.l. quali centrali di committenza nonché gli ulteriori poteri di vigilanza e sanzionatori riconosciuti all'Autorità dalla legge.

Sulla base di quanto sopra rappresentato,

### **delibera**

- di trasmettere al Comune di Vairano Paterano e ad Asmel Consortile S.C. a r.l. il parere motivato ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e degli artt. 8 e 9 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 e s.m.i., al fine di segnalare i vizi di legittimità riscontrati nell'esame del bando in oggetto, come in parte motiva meglio illustrati, al fine di consentire alla stazione appaltante, in un'ottica di collaborazione istituzionale, un adeguamento della documentazione di gara ai rilievi formulati;
- di assegnare al Comune di Vairano Paterano il termine di 15 giorni dalla ricezione del parere per agire in conformità, con avvertenza che, in mancanza, l'Autorità sarà legittimata ad impugnare gli atti di gara esaminati;
- di pubblicare il parere motivato sul sito istituzionale dell'Autorità ai sensi dell'art. 13 del Regolamento ANAC sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 d.lgs. 50/2016 e s.m.i.

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 gennaio 2020.

Il Segretario Maria Esposito.