



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 22 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. 76/2020

Oggetto: Comune di Pietrelcina (BN) - Procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione lampade votive al Civico Cimitero, per anni 30, inclusi i lavori di adeguamento degli impianti elettrici e riqualificazione dei manufatti e delle aree cimiteriali mediante finanza di progetto con diritto di prelazione a favore del promotore ai sensi dell'art.183, comma 15 del D.Lgs. n.50/2016 e s.m.i. -CIG: 8126829771

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, del 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,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ritenuto in fatto

Il bando di gara relativo alla procedura in oggetto è stato pubblicato sulla GU 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n.144 del 9.12.2019, avvalendosi della piattaforma messa a disposizione dalla Asmel Consortile S.C. a r.l.

La sezione V.2 del bando di gara, rubricata “informazioni complementari”, e il punto 15.11 del disciplinare di gara prevedono la presentazione, in sede di offerta, da parte di ogni concorrente di un “atto unilaterale di obbligo”.

Nello specifico, nel disciplinare di gara, che riprende quanto già indicato nel bando di gara, viene prevista la seguente clausola: *“Atto unilaterale di obbligo debitamente compilato e sottoscritto; in caso di raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari, lo stesso va presentato dai legali rappresentanti di tutte le ditte costituendo gli stessi. L'Operatore Economico – in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza “Asmel Consortile S. c. a r.l.”, prima della stipula del contratto, il corrispettivo dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara non escluse dal comma 2-bis dell'art.41 del D.lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite, una somma pari 1% oltre IVA dell'importo complessivo posto a base di gara pari a € 13.632,50 oltre IVA. Inoltre, l'aggiudicatario, dovrà rimborsare alla centrale di committenza le spese di pubblicità legale di cui agli artt. 72 e 73 del D.Lgs. 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: audo@asmepec.it si obbliga, altresì, a trasmetterlo in copia, in uno alla certificazione dell'invio e della ricevuta di consegna del destinatario, allegata all'offerta che verrà presentata per la partecipazione alla gara”.*

Ritenuto in diritto

La norma di gara prevede un meccanismo di remunerazione 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

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, non appare chiaro poi quale sarebbe la conseguenza del mancato invio, a corredo dell'offerta, dell'atto unilaterale di obbligo richiesto dal bando e dal disciplinare di gara.

Al riguardo, preme evidenziare che se detta mancanza portasse all'esclusione del concorrente, verrebbe a configurarsi una clausola dalla portata escludente ulteriore rispetto a quelle tipizzate dal codice degli appalti, con conseguente violazione dell'art. 83 co. 8 D.Lgs. 50/2016.

Ad ogni buon conto, la clausola del bando di gara e del disciplinare in questione concreta una grave violazione delle norme in 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 siffatte clausole sono state già censurate in più occasioni non solo dall'Autorità (con Atto di segnalazione n. 3/2015, con Deliberazione ANAC 28.11.2018, n. 1123), 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 impregiudicati 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 Pietrelcina 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

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 Pietrelcina 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.