

IN ROSSO I NOSTRI COMMENTI



Al Comune di Brolo
e.a. RUP Ing. Basilio Ridolfo
pec: protocollo@pec.comune.brolo.me.it
pec: areatecnica@pec.comune.brolo.me.it

Alla ASMEL Consortile 5.c. a r.l.
pec: asmecomm@asmepec.it
pec: asmelcons@asmepec.it

Alla ENERGIA 2020 srl
pec: energia2020@pec.it

Fascicolo 5524/2020

(da citare nella risposta)

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 Brolo - ASMEL Consortile S.c. a r.l. (CIG: 85183859AC).

Il Dirigente dell'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze speciali:

visto il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

visto il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207;

visto il *"Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici"*

del 4.7.2018 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 241 del 16.10.2018);

visti gli atti della procedura di affidamenti in oggetto pubblicati sul sito istituzionale del Comune di Brolo e della Asmel Consortile soc. cons. a r.l. (di seguito Asmel);

vista la documentazione allegata alla domanda di iscrizione ai sensi dell'art. 192 d.lgs. 50/2016 assunta a protocollo ANAC I 729 del 7.1.2020;

visto il preavviso di rigetto prot. n. 95735/2020 relativo alla predetta domanda di iscrizione,

COMUNICA

l'avvio di un procedimento di vigilanza relativamente all'affidamento in oggetto, richiedendo l'invio di una relazione, corredata da idonea documentazione, nella quale fornire chiarimenti e controdeduzioni in merito alle seguenti criticità (nel prosieguo meglio esplicitate):

1. omessa predisposizione e/o pubblicazione della relazione prevista dall'art. 34, co. 20 d.l. 179/2020;
2. difetto di legittimazione di Asmel quale centrale di committenza e organismo *in house* del Comune di Brolo;
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).

PREMESSA IN FATTO

L'affidamento in esame ha ad oggetto un *project financing*, condotto ai sensi dell'art. 183 co. 15 d.lgs. 50/2016, per l'assegnazione del servizio di gestione e di efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione del Comune di Brolo, per la durata di 15 anni e per un valore complessivo di € 2.391.799,50, in virtù di una proposta, presentata dalla ENERGIA 2000 srl, dichiarata di pubblico interesse dalla Giunta Comunale di Brolo con deliberazione n. 163 del 13.7.2018.

La gestione della procedura è stata assegnata alla (presunta) centrale di committenza Asmel, quale (presunto) organismo *in house* del Comune di Brolo (come da determina a contrarre n. 825/2020), in virtù della Deliberazione Consiliare 63/2019 (recante l'acquisto di quote sociali della Asmel Consortile soc. cons. a r., pari ad € 875,00, da parte del Comune di Brolo).

Il par. 13, lett. i) del disciplinare di gara prevede: "*Atto unilaterale d'obbligo. - L' Operatore Economico - in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza "Asmel Consortile 5. 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 O.lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite, una somma pari ad € 22.194,08, oltre IVA.*". L'obbligo è assunto, in sede di gara,

mediante sottoscrizione di specifico modulo (allegato 6 al disciplinare) ove è altresì precisato che *"la presente obbligazione costituisce elemento essenziale e condizione di ricevibilità dell'offerta"*. Inoltre, nonostante l'oggetto dell'affidamento riporti lo svolgimento di lavori relativi agli impianti di illuminazione e di manutenzione degli stessi (ed infatti sia previsto quale requisito di idoneità per l'esecuzione dei lavori, la qualificazione di cui all'art. 60 del D.P.R. 207/2010 nella categoria OG10, classifica Iii bis - cfr. par. 3.3.1 del disciplinare di gara), nella documentazione di gara non sembra farsi alcun riferimento, né applicazione dei pertinenti CAM, come previsto dall'art. 34 d.lgs. 50/2016.

CONSIDERAZIONI IN DIRITTO

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

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"*.

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) e, 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).

In riferimento alla procedura in oggetto, non è stato possibile reperire la citata relazione sul sito del Comune di Brolo, né la stessa sembra essere citata nei documenti di gara; sicché pare configurarsi una possibile violazione dell'art. 34, co. 20 d.l. 179/2012.

La Relazione è citata a pag. 2 del disciplinare, pubblicato sul sito del Comune, e riportata nelle linee essenziali nelle prime 5 pagine dello stesso.

2) Difetto di qualificazione della Centrale di committenza; violazione degli artt. 3, 97 e 98 Cost.; violazione degli artt. 3 lett. il ed ml. 5, 37, 38, 39, e 192 del d.lgs. n. 50/2016.

Dalla documentazione esaminata emerge che Asmel gestisce la procedura di gara in oggetto quale centrale di committenza e organismo *in house* del Comune di Brolo; tuttavia, deve dubitarsi della legittimità delle esposte qualifiche.

Quanto al primo profilo (centrale di committenza), devono richiamarsi oltre che gli innumerevoli precedenti dell'Autorità (Delibera 32/2015; Delibera 780/2019; parere motivato, ex art. 211 co.1 *ter*, reso con Delibera 179/2020), le recenti pronunce del giudice comunitario (Corte CGUE, sentenza C-3/19, del 5.6.2020) e del giudice nazionale (Cons. Stato, V, 6787/2020), che hanno espressamente escluso che Asmel possa svolgere le funzioni di centrale di committenza, anche nella vigenza del codice del 2016 (Cons. Stato, V, 6975/2020).

Impregiudicata ogni valutazione in ordine alla circostanza che Asmel possa legittimamente svolgere le funzioni di centrale di committenza, in ogni caso deve rilevarsi che, ad oggi, Asmel non risulta iscritta nell'elenco degli organismi *in house* previsto dall'art. 192 d.lgs. 50/2016, in quanto, fermi gli esiti del procedimento di cui all'art. 192 d.lgs. 50/2016 (per il quale è stato già espresso un preavviso di rigetto, con nota prot. 95735/2020), la relativa **domanda presentata in data 7.1.2020 presentata dal Comune di Gaggiano non contempla il Comune di Brolo.**

L'art. 192 co. 2 d.lgs. 50/2016 e le Linee Guida ANAC n. 7, punto 7 prevedono che un organismo *in house* possa svolgere, sotto la propria responsabilità, la relativa attività dopo la presentazione della domanda di iscrizione in favore dei soggetti per i quali la domanda sia stata presentata. Le citate Linee Guida consentono di integrare le domande presentate, inserendo ulteriori enti controllanti, essendo questo preciso obbligo degli istanti, volto a consentire la verifica dei requisiti di legge per lo svolgimento dell'attività *in house*.

Pertanto, tenuto conto che la domanda di iscrizione all'elenco di cui all'art. 192 d.lgs. 50/2016 del 7.1.2020 non è comunque riferibile al Comune di Brolo, né risulta che la stessa sia stata successivamente integrata in tal senso, ad oggi, deve ritenersi precluso lo svolgimento di servizi *in house* da parte di Asmel in favore del Comune di Brolo.

Ne consegue la illegittimità dell'affidamento dei servizi ausiliari di committenza relativi alla procedura in oggetto, sia in quanto Asmel non può svolgere le funzioni di centrale di committenza, sia in quanto ad oggi non può considerarsi organismo *in house* del Comune di Brolo (anche alla luce di quanto eccepito dall'Autorità nel predetto preavviso di rigetto concernente la domanda di iscrizione nell'elenco delle società *in house*).

Pertanto, la procedura di gara in oggetto pare viziata nella parte in cui è svolta da soggetto non legittimato.

Inutile il richiamo all'istituto dell'"in house". A mente dell'art. 39, co. 2 del Codice, i servizi di committenza ausiliari, possono essere affidati a prestatori di servizi individuati mediante svolgimento delle procedure di cui al presente codice. Il Comune di Brolo ha scelto la propria Società di committenza, appositamente costituita per adempiere a quanto prescritto dall'art. 37, co. 4 del Codice. L'importo affidato, pari a euro 22.194,08 consente, altresì, il rispetto della procedura per l'affidamento sotto soglia.

3) Violazione dell'art. 23 Cost. - Violazione dell'art. 41 co. 2bis e dell'art. 83 co. 8 ultima parte D. Lgs. n. 50/2016 – Illegittima previsione escludente di un obbligo di remunerazione.

Il par. 13 lett. l) del disciplinare di gara, come detto, 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 "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, all'uopo, dovendo ciascun concorrente impegnarsi in sede di gara mediante una specifica dichiarazione.

La clausola è illegittima nella misura in cui Asmel, ad oggi e con specifico riferimento all'affidamento in oggetto, non pare legittimata ad agire quale centrale di committenza e organismo *in house* del Comune di Brolo (per le motivazioni esposte al precedente par. 2).

Inoltre, appare opportuno richiamare gli innumerevoli precedenti dell'Autorità, ma anche giurisprudenziali, che ritengono *ex se* illegittima la esposta clausola, in quanto limitativa della concorrenza, ponendosi in violazione dell'art. 41 co. 2bis e dell'art. 83 co. 8 ultima parte D. Lgs. n. 50/2016 (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). Né assumono rilievo in senso contrario:

- l'art. 73, co. 4 d.lgs. n. 50/2016 e l'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;
- l'art. 16bis R.D. 2440/1923 che prevede forme di rimborso di spese effettivamente sostenute, in misura fissa (secondo tariffe prefissate), in relazione alla stipula i contratti; il bando in esame, invece, prevede una remunerazione forfettaria, non legata alla effettiva stipula del contratto.

Pertanto, la disciplina di gara appare viziata nella parte in cui è inserita la contestata clausola che impone l'obbligo del pagamento dei servizi di committenza in capo all'aggiudicatario.

La gara non è viziata dalla clausola sul pagamento del corrispettivo per i servizi ausiliari. Lo ha ribadito la recente Sentenza del Consiglio di Stato 3173/2020 la quale ha affermato che detto corrispettivo non è in grado di inficiare la procedura di gara.

ANAC sbaglia a ritenere opportuno richiamare gli innumerevoli precedenti dell'Autorità, perché dal 2012 al 2018 si è caratterizzata con otto pronunce sul punto. Ognuna a smentita della precedente, per poi esprimersi ripetutamente per l'illegittimità della clausola.

ASMEL Consortile, invece, ha sempre mantenuto un comportamento coerente. Fin da inizio attività ha costantemente applicato la clausola in questione. Prima confortata dalla delibera dell'Autorità n. 140/2012 e poi dalla Sentenza 3042/2014 del Consiglio di Stato, oggi confermata dalla recente Sentenza 7558/2020. Ha sempre dichiarato, inoltre, di essere pronta ad adeguarsi quando e se il Consiglio di Stato dovesse mutare atteggiamento. ANAC sbaglia anche a citare le tre pronunce 6975/2020; 6787/2020; 7224/2020 del Consiglio di Stato.

La prima riguarda una fattispecie di gara senza corrispettivo per i servizi ausiliari. La seconda non si esprime sulla legittimità del corrispettivo. La terza è un'Ordinanza di sospensiva di una Sentenza del TAR Campania, nella quale, peraltro il Giudice stesso ha tenuto a precisare che il provvedimento non ledeva gli interessi di ASMEL Consortile.

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

L'art. 34 d.lgs. 50/2016 impone l'adeguamento della *lex specialis* di gara ai criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Nonostante l'oggetto dell'affidamento preveda prestazioni astrattamente riconducibili al D.M. Ambiente 27.9.2017 (recanti i "*Criteri Ambientali Minimi per l'acquisizione di sorgenti luminose per illuminazione pubblica, /'acquisizione di apparecchi per illuminazione pubblica, /'affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica*"), la stessa documentazione di gara non sembra far riferimento ai citati Criteri.

Si ritiene pertanto opportuno che la stazione appaltante indichi, al di là di eventuali carenze formali, se e come sia stato rispettato l'obbligo previsto dall'art. 34 d.lgs. 50/2016 nell'ambito dell'affidamento in oggetto, diversamente la documentazione di gara potrebbe essere viziata anche sotto questo profilo.

Basta scorrere il disciplinare di gara per accorgersi del puntuale rispetto di quanto prescritto all'art. 34 del Codice sui requisiti minimi ambientali.

COMUNICAITRESÌ

che il Responsabile del procedimento è l'ing. Filippo Romano, Dirigente dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e vigilanze speciali;

che il termine per la conclusione dell'istruttoria è stabilito dagli articoli 19 e 20 del

Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici;
che la richiesta è formulata ai sensi dell'art. 213, co. 13 del d.lgs. 50/2016 ed ai sensi dell'art. 15 del "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici" e che il termine per il riscontro è di 30 giorni dalla data di ricevimento della presente, come attestato con il sistema della posta certificata o raccomandata;
che tutti i documenti potranno essere inviati o consegnati presso: "Autorità Nazionale Anticorruzione" - Palazzo Sciarra, Via Marco Minghetti, n. 10, 00187 Roma - oppure inviati, preferibilmente, al seguente indirizzo: protocollo@pec.anticorruzione.it con allegata dichiarazione di conformità all'originale.

Si ricorda che l'inosservanza del termine di riscontro comporta l'avvio del procedimento sanzionatorio, nonché il deferimento al Consiglio dell'Autorità per le decisioni relative all'acquisizione diretta degli elementi richiesti.

Il Dirigente dell'Ufficio

Filippo Romano

**FILIPPO
ROMANO
ANAC
22.12.2020
09:30:05
UTC**