

**APPALTI: Procedimento amministrativo - Legittimazione Anac - Condizioni - Individuazione.**

**Tar Campania, Salerno, 2 dicembre 2020, n. 1**

- in *Guida al diritto*, 6, 2021, pag. 84, con commento di Davide Ponte, *L'Autorità agisce per tutelare interesse generale e concorrenza.*

*“[...] Sussistono infatti i presupposti fondativi della legittimazione ex lege all'impugnazione degli atti di gara da parte dell'Autorità che, secondo quanto previsto dall'art. 2-OMISSIS-, comma 1 ter, del d.lgs. n. 50/2016, ha prima emesso un parere motivato segnalando all'Amministrazione le gravi violazioni riscontrate e, a fronte del rifiuto dell'Amministrazione di conformare la propria attività al citato parere, ha proceduto all'impugnazione degli atti nel termine previsto dalla citata disposizione [...]*

*Nel caso di specie l'Autorità fa valere l'illegittimità della procedura e di singole clausole in relazione alla qualificazione della -OMISSIS- e al ruolo svolto dalla stessa nell'ambito della gara, alla luce delle disposizioni che disciplinano l'affidamento dei servizi di committenza ausiliari, prestati dall'-OMISSIS-in relazione alla procedura in questione sulla base di un corrispettivo che si assume illegittimamente posto a carico dell'aggiudicatario con una alterazione della concorrenza. L'Autorità fa valere quindi violazioni gravi delle regole della concorrenza nell'ambito del mercato dei servizi di committenza ausiliari e dello specifico mercato a cui attiene l'oggetto della procedura.*

*Infatti l'individuazione dei soggetti ammessi a svolgere le attività di committenza ausiliarie attiene al più ampio assetto del mercato relativo a tali attività, nell'ambito del quale le modalità di affidamento sono determinate in considerazione anche della qualità rivestita dall'affidatario; allo stesso modo l'imposizione di specifici oneri a carico dei concorrenti e dell'aggiudicatario incide sulla partecipazione alla specifica procedura.*

*Ricorrono pertanto i presupposti previsti dall'art. 2-OMISSIS-, comma 1 ter, del d.lgs. n. 50/216 e dal relativo Regolamento, che legittimano l'Autorità alla contestazione degli atti della procedura.*

*In ogni caso occorre rilevare che l'art. 2-OMISSIS- del già citato decreto conferisce all'-OMISSIS-un'ampia legittimazione ad agire contro le violazioni delle disposizioni in materia di contratti pubblici che, disciplinando procedure competitive volte all'affidamento di tali contratti e all'attribuzione dei benefici da questi derivanti, sono peraltro di per sé in grado di incidere in maniera diretta o indiretta e comunque rilevante su profili relativi alla partecipazione e alla concorrenza [...].*

FATTO e DIRITTO

1. Il -OMISSIS- ha indetto, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, una procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione pubblica, affidando alla centrale di committenza -OMISSIS- i relativi servizi di committenza ausiliari, come previsto dalla determina a contrarre e specificato nella documentazione di gara.

Tale determina prevede, in particolare, la pubblicazione degli atti sul sito della centrale di committenza, la trasmissione alla stessa degli atti di avvio e di conclusione della procedura, il rimborso delle spese di pubblicità da parte dell'aggiudicatario nei confronti della -OMISSIS- ovvero della Stazione appaltante nonché il pagamento di un corrispettivo a carico dell'aggiudicatario e a favore della medesima -OMISSIS- per le attività di committenza (non escluse dal comma 2 *bis* dell'art. 41 del d.lgs. n. 50/2016) da questa svolte, corrispettivo fissato in euro 20.000, oltre IVA, maggiorati dello 0,56 per cento dell'importo complessivo posto a base di gara eccedente i 2 milioni di euro, quindi pari a euro 29.056,10, oltre IVA. Tale corrispettivo, ove non versato, preclude la stipula del contratto o riduce di pari ammontare l'importo del primo acconto dovuto all'aggiudicatario. La determina a contrarre precisa altresì che il Responsabile unico del procedimento è profilato quale operatore della centrale di committenza e che la sua attività è rimborsabile alla Stazione appaltante nei limiti del 20 per cento dell'importo corrisposto dall'aggiudicatario alla centrale di committenza.

La determina a contrarre richiama la deliberazione consiliare n. -OMISSIS- del 15 settembre 2017 con cui è stata disposta l'adesione alla -OMISSIS- e la sottoscrizione di quote societarie della -OMISSIS-; tale deliberazione qualifica la società consortile quale centrale di committenza *in house* dei Comuni soci, afferma la conformità del modello alle prescrizioni di cui alla determinazione -OMISSIS- n. -OMISSIS- del 23 settembre 2015, al d.lgs. n. 50/2016, al d.lgs. n. 175/2016 e approva lo statuto nonché il "regolamento per il controllo analogo" della società consortile, dando atto della sua iscrizione nell'elenco -OMISSIS- delle Stazioni appaltanti.

Il bando della gara controversa prevede che la procedura si svolgerà attraverso l'utilizzo della piattaforma telematica -OMISSIS-, mediante la quale saranno gestite le fasi della procedura relative alla pubblicazione degli atti, alla presentazione, analisi, valutazione delle offerte, all'aggiudicazione nonché alle comunicazioni e agli scambi di informazioni.

Il medesimo bando ribadisce in capo all'aggiudicatario l'obbligo del pagamento nei confronti della centrale di committenza, prima della stipula del contratto, del 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" nonché delle spese di pubblicazione.

Tali obbligazioni sono assunte sulla base di un atto unilaterale d'obbligo, da produrre unitamente alla documentazione amministrativa, considerato elemento essenziale e condizione di ricevibilità

dell'offerta, con la conseguenza che qualora il concorrente non rilasci la citata dichiarazione, l'offerta sarà considerata irregolare ai sensi dell'art. 59, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

2. Sulla base dell'art. 2-OMISSIS-, comma 1 *ter*, del d.lgs. n. 50/2016, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, rilevate gravi violazioni nell'ambito della procedura, ha adottato un parere motivato (atto del Presidente dell'Autorità del 6 marzo 2020, ratificato dal Consiglio nell'Adunanza del 17 marzo 2020) trasmesso alla Stazione appaltante e alla Centrale di committenza, assegnando il termine di venti giorni per l'adeguamento, termine poi sospeso per effetto del d.l. n. 18/2020 e del d.l. n. 23/2020 e infine scaduto il 5 giugno 2020. A seguito di sollecito, il Responsabile dell'Area tecnica del Comune e il RUP hanno rappresentato di essere in attesa di ricevere dalla Stazione appaltante i nominativi dei componenti della Commissione di gara per poi proseguire lo svolgimento della procedura. Il Comune e la Centrale di committenza non si sono adeguati al parere.

3. L'Autorità ha quindi deliberato di impugnare gli atti della procedura, proponendo ricorso ex art. 2-OMISSIS-, comma 1 *ter*, del d.lgs. n. 50/2016, ricorso notificato il 2 luglio e depositato l'8 luglio 2020.

3.1 Con il primo motivo di ricorso si lamenta il difetto della qualità di Centrale di committenza in capo alla -OMISSIS- ai fini dell'affidamento alla stessa dei servizi di committenza ausiliari.

L'Autorità ha già rilevato nel corso del tempo le criticità dello schema adottato anche dal Comune intimato, consistente nell'adesione all'-OMISSIS-Associazione, nell'acquisizione di quote della -OMISSIS- e nell'attribuzione a questa dello svolgimento della procedura mediante piattaforma telematica, evidenziando con la deliberazione n. -OMISSIS- del 30 aprile 2015 che la -OMISSIS- non risponde ai modelli organizzativi di cui all'art. 33, comma 3 *bis*, del previgente Codice dei contratti pubblici; la citata società non costituisce "forma di aggregazione degli appalti degli enti locali" e non può essere inclusa tra i soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d.l. n. 66/2014 con conseguente impossibilità di svolgere attività di intermediazione nei pubblici acquisti. Come confermato dalla sentenza del Tar Lazio – Roma n. 2339/2016, le procedure avviate dalla -OMISSIS- sono prive dei necessari presupposti.

Tali conclusioni restano ferme anche nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici, sulla base della definizione di centrale di committenza contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 50/2016 nonché della disciplina relativa agli affidamenti dei comuni non capoluogo di provincia contenuta nell'art. 37 del medesimo decreto. Lo stesso Tar Lombardia – Milano, con la sentenza n. 240/2020, ha negato in capo alla -OMISSIS- e alla -OMISSIS- la qualifica di organismo di diritto pubblico e, di conseguenza, di amministrazione aggiudicatrice per le procedure di gara bandite dalla prima per il tramite della seconda.

La stessa -OMISSIS-, come risulta dalle indagini effettuate dalla Guardia di Finanza, non rispetta gli obblighi di evidenza pubblica negli affidamenti destinati a soddisfare le proprie esigenze, seguendo altresì modalità privatistiche di reclutamento del personale.

In realtà la -OMISSIS- è un soggetto privato sotto il profilo formale (avendo la forma di una società consortile e non una delle forme previste per l'esercizio congiunto delle funzioni di acquisto da parte degli enti locali) e sotto quello sostanziale (offrendo i propri servizi agli enti locali con l'obiettivo di associarne il maggior numero e senza limiti territoriali, finanziando la propria attività con i contributi dei comuni e degli aggiudicatari). A seguito della citata delibera -OMISSIS-n. -OMISSIS-/2015 sono state realizzate modifiche di carattere formale (quale l'esclusione dalla compagine societaria dei soggetti privati, che continuano però a svolgere servizi per la società consortile, come emerge dalla delibera -OMISSIS-n. -OMISSIS-/2019), con la conseguenza che il predetto soggetto continua ad avere natura privata.

A tal proposito non ha rilievo l'iscrizione della -OMISSIS- nell'Anagrafe unica delle Stazioni appaltanti in quanto tale iscrizione deriva da una procedura automatizzata ed è presupposto per il rilascio del CIG che ben può essere chiesto anche a soggetti privati ed è volto "a individuare soggetti che vogliono sfuggire all'obbligo di bandire gare ad evidenza pubblica, piuttosto che ad escludere soggetti che illegittimamente intendono svolgere attività di committenza".

Pertanto considerata la natura della società consortile e l'impossibilità di ricondurla al novero delle centrali di committenza in quanto non qualificabile né come amministrazione giudicatrice né come ente aggiudicatore né come organismo di diritto pubblico, l'Amministrazione comunale non avrebbe potuto affidare in maniera diretta i servizi di committenza ausiliari previsti dal bando della procedura contestata.

Non sussistono inoltre le condizioni necessarie per l'affidamento *in house* ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016: i Comuni aderenti non hanno mai richiesto all'Autorità l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di società *in house*, come prescritto dall'art. 192 del medesimo decreto; spetta infatti esclusivamente all'Autorità la verifica dell'effettiva sussistenza delle condizioni per l'affidamento *in house*, con la conseguenza che, in caso di mancata iscrizione o di esito negativo della verifica, l'Autorità può attivare i poteri di cui all'art. 2-OMISSIS-, commi 1 *bis* e 1 *ter*, del d.lgs. n. 50/2016.

Come previsto dalla delibera n. -OMISSIS-/2015 l'affidamento diretto di servizi di centralizzazione delle committenze e di gestione delle procedure di gara in nome e per conto di una stazione appaltante o delle attività di committenza ausiliarie è legittimo "solo se disposto nei riguardi di un

ente operativo sul quale è esercitato un controllo analogo congiunto da parte dei soli Comuni coinvolti direttamente nella costituzione di tale soggetto strumentale”.

In ogni caso, la conformazione societaria non risponde al modello dell'*in house* stante l'insussistenza del requisito del controllo analogo da parte dei Comuni aderenti, come evidenziato dalla pronuncia del Tar Lombardia – Milano n. 240/2019.

La giunta per il controllo analogo ha infatti solo un ruolo formale, che rende i soci e la giunta destinatari di mere informative, senza alcun potere di indirizzo. I soci dispongono del solo potere di nomina e revoca dell'organo amministrativo, sulla base della titolarità di un voto per ciascun socio indipendentemente dalla quota di partecipazione posseduta; l'amministrazione della società è affidata a un consiglio di amministrazione la cui composizione denota legami con i soggetti privati promotori, in quanto composto da tre membri nominati a tempo indeterminato, due dei quali scelti dall'assemblea tra i non soci e uno designato dal consorzio Asmez, consorzio costituito da società private (che ancora detengono il 30 per cento delle quote) e nel quale solo successivamente hanno acquisito partecipazioni gli enti locali.

L'affidamento non della centralizzazione delle committenze, con conseguente sostituzione alla Stazione appaltante nello svolgimento della procedura, ma dei servizi di committenza ausiliari avrebbe richiesto, in alternativa all'affidamento *in house*, lo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario, evitando affidamenti diretti per singola gara per non incorrere nella violazione del divieto di frazionamento.

L'affidamento dei servizi di committenza ausiliari a favore dell'-OMISSIS- non è dunque giustificato né dal ricorrere dei presupposti dell'affidamento *in house* né dallo svolgimento della necessaria procedura di evidenza pubblica. Parimenti illegittimo è l'utilizzo da parte della -OMISSIS- del personale del Comune con funzioni di RUP.

3.2 Con il secondo motivo di ricorso si denuncia la violazione dell'art. 23 della Costituzione, dell'art. 41, comma 2 *bis*, e dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016.

La documentazione di gara impone all'aggiudicatario di corrispondere all'-OMISSIS- la somma di euro 29.056,10 oltre IVA, quale corrispettivo dei servizi di committenza ausiliari prestati nonché di rimborsare alla stessa le spese di pubblicità. A tal fine prevede che i concorrenti debbano produrre una dichiarazione unilaterale con cui gli stessi si obbligano, in caso di aggiudicazione, a corrispondere le citate somme prima della stipula del contratto ovvero consentono che le stesse siano trattenute dalla Stazione appaltante in occasione del pagamento del corrispettivo previsto dal contratto; tali obbligazioni vengono definite come elemento essenziale e condizione di ricevibilità dell'offerta.

Il meccanismo di remunerazione descritto, che pone a carico dell'aggiudicatario il corrispettivo dei servizi di committenza ausiliari, non trova alcun fondamento normativo ed è anzi oggetto dello specifico divieto di cui all'articolo 41, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 50/2016 che espressamente esclude la possibilità di porre a carico di concorrenti eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme telematiche, divieto che sembra avere carattere assoluto "non ammettendo alcuno spazio per altre forme di remunerazione a carico dell'aggiudicatario". L'-OMISSIS- non sembra infatti svolgere attività ulteriori rispetto a quella della messa a disposizione della piattaforma telematica per la gestione della gara, per la quale dovrebbe escludersi qualunque corrispettivo.

Non risultano comunque applicabili né l'art. 73, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 (che limita il rimborso a carico dell'aggiudicatario alle spese di pubblicazione del bando), né l'articolo 16 *bis* del R.D. n. 2440/1923 (che prevede il rimborso in misura fissa delle spese relative alla stipula del contratto); il bando prevede infatti una remunerazione forfettaria, non collegata all'effettiva stipula del contratto.

Si evidenzia poi che è previsto l'utilizzo di personale del Comune presso l'-OMISSIS- per lo svolgimento di attività inerenti alla procedura di aggiudicazione; in ragione di tale utilizzo l'-OMISSIS- versa all'Amministrazione comunale una somma pari al 20 per cento di quanto ricevuto dall'aggiudicatario, chiamato di conseguenza alla copertura anche di questa spesa.

Nel caso esaminato non è chiara la correlazione tra il corrispettivo posto a carico dell'aggiudicatario e le attività svolte dalla -OMISSIS-, limitate alla messa a disposizione della piattaforma telematica, per le quali peraltro andrebbe escluso qualsiasi compenso. Viene comunque imposto "il pagamento di una somma come corrispettivo dei servizi di committenza non esclusi dall'art. 41, non comprendendosi la tipologia e consistenza di servizi prestati da -OMISSIS-I., di un servizio peraltro svolto, almeno in parte, da un soggetto diverso da tale ultima società".

Inoltre dall'esame complessivo della documentazione di gara emerge che la mancata produzione della dichiarazione unilaterale d'obbligo relativa al rimborso delle spese produce un effetto escludente, in quanto tale dichiarazione è considerata "elemento essenziale e condizione di ricevibilità dell'offerta". Viene quindi introdotta una clausola di portata escludente non prevista dal d.lgs. n. 50/2016, con conseguente violazione dell'art. 83, comma 8, dello stesso decreto.

La citata clausola introduce poi una misura ingiustificatamente restrittiva della partecipazione nei confronti dei concorrenti. L'illegittima clausola di esclusione influenza infatti, in generale, la partecipazione alla gara, con conseguente danno alla concorrenza e potenzialmente all'erario. Tali clausole sono state più volte censurate dalla giurisprudenza e dalla stessa Autorità.

L'Autorità chiede pertanto l'annullamento degli atti impugnati o, in via subordinata, l'annullamento delle clausole illegittime degli atti impugnati.

4. L'Amministrazione intimata si costituisce e chiede il rigetto del ricorso, eccependo l'inammissibilità dello stesso per insussistenza dei presupposti della legittimazione straordinaria dell'Autorità all'impugnazione del bando di gara, individuati nel caso di specie dall'art. 6 del "Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 2-OMISSIS-, commi 1 *bis* e 1 *ter*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50". La lesività delle clausole di cui l'-OMISSIS-denuncia l'illegittimità può manifestarsi solo all'esito della procedura di gara; tali clausole non hanno pertanto portata immediatamente escludente né incidono sulla concorrenzialità della gara. L'azione dell'Autorità, inoltre, fa seguito al rifiuto della Stazione appaltante di ritirare in autotutela gli atti della procedura; la valutazione della scelta dell'Amministrazione alla luce dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 non evidenzia un interesse pubblico concreto e attuale al ritiro della procedura, con conseguente legittimità dell'operato dell'Amministrazione e inammissibilità dell'azione.

5. Anche l'-OMISSIS-, costituitasi, chiede il rigetto del ricorso, eccependone l'inammissibilità per omessa impugnazione dei provvedimenti del Comune di Sicignano e della -OMISSIS- contenenti le controdeduzioni ai rilievi formulati dall'Autorità.

6. All'udienza pubblica del 2 dicembre 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

6.1 Occorre preliminarmente disporre la modifica del rito, dal rito ordinario al rito di cui all'art. 120 c.p.a., in quanto il gravame è proposto avverso gli atti di una procedura di affidamento relativa a lavori pubblici, secondo il citato art. 120 c.p.a.

7. Preliminarmente vanno esaminate le eccezioni sollevate dall'Amministrazione e dalla -OMISSIS-, che si rivelano infondate.

Sussistono infatti i presupposti fondativi della legittimazione *ex lege* all'impugnazione degli atti di gara da parte dell'Autorità che, secondo quanto previsto dall'art. 2-OMISSIS-, comma 1 *ter*, del d.lgs. n. 50/2016, ha prima emesso un parere motivato segnalando all'Amministrazione le gravi violazioni riscontrate e, a fronte del rifiuto dell'Amministrazione di conformare la propria attività al citato parere, ha proceduto all'impugnazione degli atti nel termine previsto dalla citata disposizione. I commi 1 *bis* e 1 *ter* dell'art. 2-OMISSIS- del d.lgs. n. 50/2016 legittimano l'-OMISSIS-ad agire in giudizio "per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" ovvero "se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice"; la medesima Autorità, poi, "con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*".

Con il “Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 2-OMISSIS-, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.”, approvato il 13 giugno 2018, l'Autorità ha dato attuazione alla citata disposizione, prevedendo, in relazione all'art. 2-OMISSIS-, comma 1 bis:

- all'art. 3 la contestazione dei contratti di rilevante impatto, in particolare di quelli che riguardano, ancorché potenzialmente, un ampio numero di operatori;

- all'art. 4 l'impugnazione degli atti amministrativi di carattere generale, quali le determine a contrarre, i bandi e i capitolati speciali di appalto;

in relazione all'art. 2-OMISSIS-, comma 1 ter:

- all'art. 6 la contestazione delle gravi violazioni delle norme in materia di contratti pubblici, tassativamente indicate al comma 2 del medesimo articolo, che include il caso del “bando o altro atto indittivo di procedure ad evidenza pubblica che contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza”;

- all'art. 7 l'impugnazione degli atti amministrativi di carattere generale, quali le determine a contrarre, i bandi e i capitolati speciali di appalto.

Come affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 6787/2020 *“In entrambe le ipotesi, la motivazione della decisione dell'Autorità di agire in giudizio deve rendere conto della sussistenza dei presupposti ricavabili dall'art. 2-OMISSIS- del Codice dei contratti pubblici e, nei termini in cui siano conformi, dalle disposizioni regolamentari citate, dalle quali, peraltro, non si evincono ulteriori elementi cui sia condizionato l'esercizio del potere di azione attribuito all'-OMISSIS-”*.

Nel caso di specie l'Autorità fa valere l'illegittimità della procedura e di singole clausole in relazione alla qualificazione della -OMISSIS- e al ruolo svolto dalla stessa nell'ambito della gara, alla luce delle disposizioni che disciplinano l'affidamento dei servizi di committenza ausiliari, prestati dall'-OMISSIS-in relazione alla procedura in questione sulla base di un corrispettivo che si assume illegittimamente posto a carico dell'aggiudicatario con una alterazione della concorrenza.

L'Autorità fa valere quindi violazioni gravi delle regole della concorrenza nell'ambito del mercato dei servizi di committenza ausiliari e dello specifico mercato a cui attiene l'oggetto della procedura.

Infatti l'individuazione dei soggetti ammessi a svolgere le attività di committenza ausiliarie attiene al più ampio assetto del mercato relativo a tali attività, nell'ambito del quale le modalità di affidamento sono determinate in considerazione anche della qualità rivestita dall'affidatario; allo stesso modo l'imposizione di specifici oneri a carico dei concorrenti e dell'aggiudicatario incide sulla partecipazione alla specifica procedura.

Ricorrono pertanto i presupposti previsti dall'art. 2-OMISSIS-, comma 1 ter, del d.lgs. n. 50/216 e dal relativo Regolamento, che legittimano l'Autorità alla contestazione degli atti della procedura.

In ogni caso occorre rilevare che l'art. 2-OMISSIS- del già citato decreto conferisce all'-OMISSIS- un'ampia legittimazione ad agire contro le violazioni delle disposizioni in materia di contratti pubblici che, disciplinando procedure competitive volte all'affidamento di tali contratti e all'attribuzione dei benefici da questi derivanti, sono peraltro di per sé in grado di incidere in maniera diretta o indiretta e comunque rilevante su profili relativi alla partecipazione e alla concorrenza.

Tale legittimazione, attribuita direttamente dalla legge, è volta infatti ad assicurare tutela agli interessi particolari e differenziati, eppure pubblici, di cui l'Autorità è portatrice, legati alla corretta applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici e, di conseguenza, alla piena ed effettiva realizzazione degli obiettivi posti dal legislatore con la citata disciplina, consentendo alla stessa di agire al fine di ristabilire la legalità violata (con una particolare configurazione, quindi dell'interesse ad agire) a prescindere dall'iniziativa di singoli concorrenti che lamentino una lesione diretta e immediata della loro sfera giuridica.

Come affermato infatti dalla già citata pronuncia del Consiglio di Stato, *“La legittimazione a ricorrere attribuita per legge all'Anac si inserisce nel solco di altre fattispecie di fonte legislativa che in passato hanno riconosciuto alle autorità indipendenti il potere di agire in giudizio (si possono richiamare l'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990 per l'AGCM; e, più recentemente, l'art. 36, comma 2, lett. m) e n), del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, per l'Autorità di regolazione dei trasporti; per altre ipotesi si rinvia a Cons. Stato, Ad. plen., n. 4 del 2018, al punto 19.3.4.) e non può essere qualificata nemmeno come legittimazione straordinaria o eccezionale rispetto al criterio con cui si identifica la condizione dell'azione rappresentata dall'interesse ad agire o a ricorrere, ossia il collegamento dell'interesse a ricorrere con la titolarità (o l'affermazione della titolarità) di un interesse tutelato dall'ordinamento sul piano sostanziale. Collegamento soggettivo che, nel caso di specie, si instaura senz'altro tra l'Autorità e gli interessi e funzioni pubbliche che la legge affida alla sua cura; questi non hanno ad oggetto la mera tutela della concorrenza nel settore [concorrenza per il mercato], ma sono più in generale orientati - per scelta legislativa e configurazione generale di questa Autorità, come ricavabile dalle sue molte funzioni - a prevenire illegittimità nel settore dei contratti pubblici (tanto che la norma primaria dice solo che la ragione dell'azione sta nella violazione de «le norme in materia di contratti pubblici»), anche indipendentemente da iniziative o interessi dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di gara (il cui interesse è piuttosto individuale, non generale come quello curato dall'Anac, ed è diretto al bene della vita connesso all'aggiudicazione, sicché esso - soprattutto nella fase della indizione della gara - non sempre*

*coincide con gli interessi curati dall'Anac, come sopra ricordato: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4 del 2018 cit., al punto 19.3.5.).*

*L'Anac, pertanto, è titolata a curare anche in giustizia, seppure nei termini generali e nelle forme proprie del processo amministrativo, gli interessi e le funzioni cui è preposta dalla legge e sintetizzate dai precetti di questa: perciò le è consentito (anche) di agire in giudizio seppur nei limiti segnati dall'art. 2-OMISSIS- e dal suo regolamento (così anche la citata pronuncia della Adunanza Plenaria, n. 4 del 2018, che - pur qualificando il potere di agire ex art. 2-OMISSIS- cit. come un caso di «legittimazione processuale straordinaria» - precisa che «la disposizione di cui all'art. 2-OMISSIS- del d.Lgs n. 50/2016 [non] si muove nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse [...] a che i bandi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni (in tesi) illegittime, seppure non escludenti: essa ha subiettivizzato in capo all'Autorità detto interesse, attribuendole il potere diretto di agire in giudizio nell'interesse della legge»).*

Il parere reso dall'Autorità, poi, sollecita l'eliminazione delle violazioni riscontrate ma non costituisce strumento di autotutela né vincola la Stazione appaltante all'esercizio di poteri di autotutela; afferma infatti la già citata pronuncia del Consiglio di Stato che il parere di cui all'art. 2-OMISSIS-, comma 1 ter del d.lgs. n. 50/2016 “non è riconducibile all'ambito degli strumenti di autotutela, posto che non ha natura vincolante per l'amministrazione destinataria e nemmeno crea un obbligo di agire in autotutela e in conformità al suo contenuto (come, invece, prevedeva l'art. 2-OMISSIS-, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, per la «raccomandazione vincolante» dell'Anac, al cui mancato adeguamento seguiva l'applicazione di una sanzione pecuniaria: disposizione abrogata dall'art. 123, comma 1, lett. b), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

*Non si può assumere, quindi, che quel parere costituisca l'atto di avvio di un procedimento di riesame in autotutela da parte della stazione appaltante, con le conseguenze che – quanto a disciplina della fattispecie e, in specie, necessaria valutazione degli interessi coinvolti - deriverebbero da tale premessa (si osservi che il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, n. -OMISSIS-19 del 26 aprile 2018, reso sullo schema di regolamento per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 2-OMISSIS- cit., qualifica il parere di cui al comma 1-ter come atto «privo di natura provvedimentale, trattandosi di un atto di sollecitazione all'eventuale autonomo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante [...]»: punto III.3.2.)”.*

Inoltre, l'esercizio del potere di ritiro da parte della Stazione appaltante sembra prescindere, nel caso previsto dall'art. 2-OMISSIS-, comma 1 ter, da una specifica valutazione circa la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, configurandosi come un potere di autotutela *sui generis* strettamente collegato al potere dell'Autorità di settore di rilevare la violazione della disciplina ad esso relativa e di ricorrere avverso gli atti di gara.

In ogni caso l'impugnazione proposta dall'Autorità è rivolta nei confronti degli atti della procedura e non della decisione della Stazione appaltante di non procedere al ritiro degli stessi nell'esercizio del potere di autotutela, che funge semplicemente da presupposto ulteriore della legittimazione dell'Autorità alla impugnazione dei provvedimenti. Infatti qualora l'Amministrazione decidesse, attenendosi al parere formulato dall'Autorità, di eliminare i vizi da questa riscontrati, la citata Autorità non avrebbe ragione di impugnare gli atti della procedura.

È possibile infine escludere la necessità della preventiva impugnazione degli atti del Comune e dell'-OMISSIS- di risposta ai rilievi formulati dall'-OMISSIS-, in quanto contenenti delle semplici controdeduzioni, inseriti in un'interlocuzione tra Amministrazione e Autorità, privi di carattere provvedimentale nonché di lesività e perciò esclusi da un onere di preventiva impugnazione.

8. Rigettate le eccezioni preliminarmente formulate, è possibile passare all'esame del primo motivo di ricorso, che si rivela infondato.

Occorre infatti considerare che:

- l'art. 3, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016 definisce le "attività di committenza ausiliarie" come "le attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata; 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata".

- l'art. 39 del medesimo d.lgs. n. 50/2016, prevede che tali attività possono essere affidate "a centrali di committenza di cui all'articolo 38" ovvero, "al di fuori dei casi di cui al comma 1", ricorrendo "a prestatori di servizi individuati mediante lo svolgimento delle procedure di cui al presente Codice", ad esclusione delle attività di cui al medesimo articolo 3, comma 1, lett. m), punto 4, che possono essere affidate esclusivamente a centrali di committenza;

- l'art. 3, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 50/2016 definisce "centrale di committenza, un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie".

Il combinato disposto delle citate norme delinea le modalità di affidamento delle attività di committenza ausiliarie ovvero delle attività di supporto alla preparazione o alla gestione delle procedure di gara.

Una stazione appaltante può affidare tali attività in maniera diretta, prescindendo quindi dalle procedure previste dal d.lgs. n. 50/2016, solo a una centrale di committenza e unitamente a un'attività di centralizzazione delle committenze. Quindi l'affidamento diretto delle attività di

committenza ausiliarie a una centrale di committenza è possibile solo laddove la centrale di committenza già presti a favore della stazione appaltante un'attività di centralizzazione delle committenze (come definita dall'art. 3, comma 1, lett. l), del d.lgs. n. 50/2016 e come specificata dall'art. 37, comma 7, del medesimo decreto) e in relazione alla stessa.

Le attività di cui all'art. 3, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016 si configurano in tal caso come un ulteriore ausilio prestato in favore della stazione appaltante, volto a completare l'assistenza già fornita in relazione alle fasi prodromiche di progettazione della procedura e del contratto nonché di preparazione della documentazione di gara.

Ciò trova riscontro nella direttiva 2014/24/UE che all'art. 37, paragrafo 4 prevede che “Le amministrazioni aggiudicatrici, senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva, possono aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze. Tali appalti pubblici di servizi possono altresì includere la fornitura di attività di committenza ausiliarie”.

Con maggiore impegno esplicativo il considerando n. 70 della medesima direttiva prevede che “Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva. Dovrebbe anche essere ammesso che tali appalti pubblici di servizi includano la fornitura di attività di committenza ausiliarie. Gli appalti pubblici di servizi per la fornitura di attività di committenza ausiliarie dovrebbero, qualora non siano eseguiti da una centrale di committenza in collegamento con la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze all'amministrazione aggiudicatrice interessata, essere aggiudicati conformemente alla presente direttiva. È anche opportuno ricordare che la presente direttiva non dovrebbe applicarsi nei casi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non sono effettuate attraverso un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della presente direttiva”.

Le norme europee avallano quindi l'interpretazione sopra delineata delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, attribuendo alle stazioni appaltanti la facoltà di affidare in maniera diretta, alle centrali di committenza, le attività di centralizzazione delle committenze e le attività di committenza ausiliarie, sottratte pertanto alle regole della competizione qualora affidate e prestate congiuntamente alle prime; le medesime attività di committenza ausiliare, qualora non siano svolte “da una centrale di committenza in collegamento con la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze”, devono invece essere affidate conformemente alla medesima direttiva, quindi con procedura competitiva.

Nel caso di specie è chiaro che la -OMISSIS- non svolge alcuna attività di centralizzazione di committenza ma le sole attività di committenza ausiliarie, prestate quindi disgiuntamente dalle prime.

La determina a contrarre n. 28 del 24 gennaio 2020, relativa alla specifica procedura, assegna “alla centrale di committenza -OMISSIS- i relativi servizi di committenza di cui agli articoli 37 e 39 del d.lgs. n. 50/2016, inerenti all’indizione della procedura di gara in parola sulla piattaforma -OMISSIS-” prevedendo che:

- “la procedura di gara sarà espletata sulla piattaforma telematica -OMISSIS-”, “unitamente alla presente determinazione il Comune ... trasmette ad -OMISSIS- gli allegati da inserirsi nella documentazione di gara a disposizione dei concorrenti e contestualmente approva i seguenti atti di gara, predisposti dalla stessa Stazione appaltante e manlevando -OMISSIS- da ogni eventuale responsabilità riguardante gli stessi, nello specifico: bando di gara e disciplinare di gara, allegati”;
- “il Codice identificativo di gara (CIG) ... è stato chiesto dalla Stazione appaltante”;
- “le spese di pubblicazione obbligatoria, di cui agli articoli 72 e 73 del d.lgs. n. 50/2016, saranno anticipate dalla centrale di committenza ... ed esse saranno rimborsate dall’aggiudicatario alla centrale di committenza”;
- “-OMISSIS-consortile procederà alla pubblicazione della procedura di gara, secondo le modalità indicate negli atti di gara”;
- “il corrispettivo per tutte le attività di committenza non escluse dal comma 2 *bis* dell’art. 41 del d.lgs. n. 50/2016, a carico dell’aggiudicatario [è] pari a euro 20.000,00 + 0,56% su parte eccedente i 2 mln oltre IVA, pari a euro 29.056,10 oltre IVA. Inoltre l’aggiudicatario dovrà rimborsare alla centrale di committenza le spese di pubblicità obbligatoria in G.U.R.I. su due quotidiani ... L’aggiudicatario si impegna al pagamento delle suddette somme a favore della centrale di committenza con la sottoscrizione, in sede di partecipazione, dell’atto unilaterale d’obbligo precedentemente trasmesso alla stessa a mezzo pec con firma digitale ... Qualora la procedura dovesse concludersi senza l’individuazione di un aggiudicatario, la stazione appaltante provvederà a rimborsare le spese di pubblicità anticipate dalla centrale”;
- “-OMISSIS-consortile ha acceso apposita polizza assicurativa di responsabilità civile, che prevede la copertura dei rischi derivanti dall’attività di gestione delle gare di appalto, ivi compresi quelli imputabili a colpa grave, anche dei dipendenti degli Enti associati, designati da questi ultimi a operare per la gestione delle procedure di gara affidate alla centrale”;
- “il responsabile unico del procedimento ... è profilato sul sistema -OMISSIS-, quale operatore della centrale di committenza -OMISSIS- per la presente procedura”;

- “ai sensi della deliberazione del consiglio di amministrazione di -OMISSIS-consortile del 20 settembre 2016, tale attività è rimborsabile all’Ente nella misura non superiore al 20 per cento dell’importo incassato dalla centrale di committenza, così come corrisposto dall’aggiudicatario”;

- “tale attività andrà puntualmente rendicontata alla centrale di committenza *in house* -OMISSIS- e sarà liquidata soltanto a seguito dell’effettivo incasso del corrispettivo fatturato all’aggiudicatario”.

Con la medesima determina, l’Amministrazione approva la documentazione di gara e ne dispone la pubblicazione anche sul portale -OMISSIS-, disponendo la pubblicazione degli atti di gara anche sul sito della Centrale di committenza e impegnandosi a trasmettere alla stessa il provvedimento di aggiudicazione e gli atti afferenti alla conclusione della procedura; il Comune dispone altresì di “obbligarsi a non procedere alla stipula del contratto qualora l’aggiudicatario non abbia provveduto al pagamento del corrispettivo del servizio per le attività di gara fornite a favore di -OMISSIS-” ovvero “a recepire nello schema di contratto, l’obbligo per l’aggiudicatario di provvedere al pagamento del suddetto corrispettivo del servizio per le attività di gara fornite a favore di -OMISSIS-”, “autorizzando, nel caso in cui l’aggiudicatario non abbia già provveduto al pagamento del corrispettivo ... la stazione appaltante a decurtare detto importo dal primo acconto dovuto all’aggiudicatario e provvedere alla liquidazione in favore di -OMISSIS-”.

Le medesime previsioni sono replicate nel bando e nel disciplinare di gara che qualificano -OMISSIS- come centrale di committenza, affidando tuttavia la responsabilità della gestione e della aggiudicazione della procedura al Comune.

È evidente pertanto dalle previsioni della determina a contrarre e della documentazione di gara che la -OMISSIS- non svolge nel caso di specie un’attività di centralizzazione della committenza ma un’attività di committenza ausiliaria, limitandosi a fornire alla Stazione appaltante servizi di supporto allo svolgimento della procedura, consistenti principalmente e con maggiore evidenza nella gestione della piattaforma telematica utilizzata per la pubblicazione della documentazione di gara, la presentazione delle offerte, l’analisi e la valutazione delle stesse, l’aggiudicazione della procedura e le comunicazioni o gli scambi di informazioni, quale strumento e veicolo tecnico di interazione con i concorrenti, fermo restando lo svolgimento della procedura da parte dell’Amministrazione comunale che esercita i poteri ad essa relativi gestendone le diverse fasi.

Infatti non è prevista la gestione della gara da parte della centrale di committenza in nome e per conto della stazione appaltante, sebbene permanga un certo margine di ambiguità nella strutturazione dei rapporti tra le stesse in quanto il Responsabile unico del procedimento sembrerebbe operare nell’ambito della -OMISSIS-, considerato anche il rimborso da parte di quest’ultima nei confronti del Comune, per l’attività svolta dal RUP, di una somma pari al 20 per cento dell’importo corrisposto dall’aggiudicatario.

Al di là di tale profilo, occorre considerare che l'attività svolta da -OMISSIS- a favore della Stazione appaltante non è né un'attività di centralizzazione della committenza (in termini di acquisizione di beni o servizi destinati alla stazione appaltante ovvero di aggiudicazione di contratti o conclusione di accordi quadro alla stessa destinati), né un'attività di committenza ausiliaria di gestione della procedura di gara in nome per conto dell'Amministrazione (attività riservata alle centrali di committenza ai sensi dell'art. 39, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016), ma una generica attività di committenza ausiliaria consistente nella assistenza e nella collaborazione alla gestione della procedura che resta comunque imputabile alla medesima stazione appaltante.

Poiché la -OMISSIS- non svolge un'attività di centralizzazione delle committenze e non presta quindi le attività di committenza ausiliarie unitamente a questa, l'affidamento diretto di queste ultime alla citata società non può essere inquadrato nell'ambito dell'art. 39, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, bensì nell'ambito del comma 2 del medesimo articolo, con la conseguenza che l'Amministrazione avrebbe dovuto provvedere all'affidamento "mediante lo svolgimento delle procedure di cui al presente codice", configurandosi quale affidamento a prestatore di servizi in materia di appalti ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. s), del già citato d.lgs. n. 50/2016.

A ben vedere però, nel caso di specie, il corrispettivo dell'affidamento è pari a euro 29.056,10, oltre IVA, e si colloca ben al di sotto del limite di importo di euro 40.000,00 entro cui il medesimo decreto consente l'affidamento diretto della commessa.

Infatti l'articolo 36, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che "Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta".

Anche le Linee guida -OMISSIS-n. 4 relative alle "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" considerano semplicemente una *best practice* "il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici", con la conseguenza che nel caso di affidamento di importo inferiore a euro 40.000 ben può la stazione appaltante procedere all'individuazione diretta dell'operatore economico a cui affidare il servizio, prescindendo dal confronto competitivo formale o informale.

Diventa di conseguenza irrilevante la natura di centrale di committenza dell'-OMISSIS-consortile e la sua stessa natura di società *in house*, ben potendosi giustificare l'affidamento diretto alla luce

degli artt. 39, comma 2, e 36, comma 2, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016, in considerazione del suo importo.

Resta inoltre indimostrato il frazionamento degli affidamenti che viene rappresentato dalla stessa ricorrente come potenziale. Non risultano infatti agli atti ripetuti affidamenti nei confronti dello stesso soggetto e per lo stesso servizio da parte della stessa stazione appaltante, complessivamente di importo superiore alla soglia europea in relazione a un orizzonte temporale ragionevole, elusivi dell'applicazione della disciplina di riferimento che impone, in ragione dell'importo dell'affidamento, l'apertura dello stesso al confronto competitivo; occorre peraltro considerare che la stessa -OMISSIS- rileva di aver ricevuto dal medesimo Comune affidamenti della specie per un importo di euro 46.000 in 8 anni, dato non smentito dalla ricorrente e in grado di evidenziare il carattere saltuario di tali affidamenti, contenuti per numero e per importo (considerato il meccanismo di remunerazione sopra descritto), pur in una certa continuità dell'esigenza.

Non viene comunque lamentata altra violazione dei principi e delle regole applicabili anche agli affidamenti di importo inferiore a euro 40.000,00.

9. Ciò posto, è possibile procedere all'esame del secondo motivo di ricorso che risulta invece fondato.

La determina a contrarre prevede che "il corrispettivo per tutte le attività di committenza non escluse dal comma 2 *bis* dell'art. 41 del d.lgs. n. 50/2016, a carico dell'aggiudicatario [è] pari a euro 20.000,00 + 0,56% su parte eccedente i 2 mln oltre IVA, pari a euro 29.056,10 oltre IVA ... L'aggiudicatario si impegna al pagamento delle suddette somme a favore della centrale di committenza con la sottoscrizione, in sede di partecipazione, dell'atto unilaterale d'obbligo precedentemente trasmesso alla stessa a mezzo pec con firma digitale. La ricevuta di consegna attestante l'avvenuto invio dell'atto unilaterale d'obbligo sottoscritto dovrà essere allegata, in copia, all'offerta presentata entro i termini stabiliti dal bando"; la Stazione appaltante si obbliga "a non procedere alla stipula del contratto qualora l'aggiudicatario non abbia provveduto al pagamento del corrispettivo del servizio per le attività di gara fornite in favore di -OMISSIS- ... ovvero a recepire nello schema di contratto, l'obbligo per l'aggiudicatario di provvedere al pagamento del suddetto corrispettivo del servizio per le attività di gara fornite a favore di -OMISSIS- autorizzando, nel caso in cui l'aggiudicatario non abbia già provveduto al pagamento del corrispettivo ... la Stazione appaltante a decurtare detto importo dal primo acconto dovuto all'aggiudicatario e provvedere alla liquidazione in favore di -OMISSIS-".

Il par. 3.3.4. del disciplinare di gara prevede che "L'Operatore Economico - in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza "-OMISSIS-", 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 a euro 20.000 + 0,56% su parte eccedente i 2 mln, oltre IVA, dell'importo complessivo posto a base di gara, euro 3.617.161,20 corrispondente a euro 29.056,10 oltre IVA. La presente obbligazione costituisce elemento essenziale dell'offerta. La stessa, a garanzia della validità dell'offerta, dovrà essere prodotta all'interno del file della Documentazione Amministrativa utilizzando il modello "Allegato E - 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". Analoga previsione è contenuta nel bando di gara; di analogo tenore è il contenuto del modello della dichiarazione unilaterale d'obbligo messo a disposizione dei concorrenti, che prevede altresì "tutti gli oneri derivanti dall'attuazione del presente atto restano a carico della scrivente che si impegna, altresì, ad accollarsi le eventuali spese, imposte e tasse conseguenti alla stipula del presente atto; contestualmente invoca a proprio favore i benefici fiscali vigenti".

La documentazione di gara pone quindi a carico dell'aggiudicatario un onere economico non previsto da alcuna disposizione del d.lgs. n. 50/2016 né da altra disposizione normativa e vietato dallo stesso art. 41, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 50/2016 che prevede il divieto "di porre a carico di concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58".

Il citato art. 41, comma 2 *bis*, vietando di porre a carico dei concorrenti e dell'aggiudicatario i costi di gestione delle piattaforme telematiche, non consente implicitamente di porre a carico degli stessi gli eventuali altri costi connessi alla procedura, sia che si interpreti la disposizione come riferita in generale a qualunque piattaforma telematica di gestione delle procedure di gara (come comunemente fa la giurisprudenza – cfr. Consiglio di Stato n. 3173/2020, n. 6787/2020; Tar Puglia – Lecce n. 1664/2019; Tar Lombardia – Milano n. 240/2020), sia che si interpreti la stessa come riferita alle sole e specifiche piattaforme di cui all'art. 58 del medesimo d.lgs. n. 50/2016.

È possibile infatti valorizzare il riferimento all'art. 58 del d.lgs. n. 50/2016 e riferire l'art. 41, comma 2 *bis* non genericamente agli oneri connessi "agli strumenti e ai dispositivi di trasmissione di ricezione elettronica delle offerte e di ricezione elettronica delle domande di partecipazione" di cui all'articolo 52, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, ma specificamente agli oneri relativi alle "piattaforme di cui all'art. 58" ovvero alle piattaforme telematiche di negoziazione, *species* dei primi come evidenziato dall'art. 79, comma 5 *bis*, del d.lgs. n. 50/2016 che disciplina le ipotesi di malfunzionamento in caso di "presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 52, ivi incluse le

piattaforme telematiche di negoziazione”. L’art. 58 del d.lgs. n. 50/2016 fa infatti riferimento alle piattaforme telematiche di negoziazione che consentono la gestione automatizzata dell’intera procedura di gara. Il primo comma del citato art. 58 si riferisce alle “procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice”; il secondo comma ribadisce che “le stazioni appaltanti possono stabilire che l’aggiudicazione di una procedura interamente gestita con sistemi telematici avvenga con la presentazione di un’unica offerta ovvero attraverso un’asta elettronica alle condizioni secondo le modalità di cui all’articolo 56”; il quarto comma prevede che “il sistema telematico crea ed attribuisce in via automatica a ciascun operatore economico che partecipa alla procedura un codice identificativo personale”; il settimo comma chiarisce che “conclusa la procedura di cui al comma 6 il sistema telematico produce in automatico la graduatoria”.

La *ratio* del divieto risiede nell’obiettivo di sterilizzare i costi relativi all’utilizzo di tali strumenti in capo ai concorrenti e all’aggiudicatario che ne risultano gli unici utilizzatori; accedendo a tali piattaforme i concorrenti possono presentare l’offerta e ottenerne la valutazione unitamente all’individuazione dell’aggiudicatario, senza alcun intervento della stazione appaltante. Questo utilizzo esclusivo potrebbe suggerire alla stessa stazione appaltante di addossare i costi relativi alla piattaforma ai concorrenti e all’aggiudicatario, quali unici utilizzatori e unici beneficiari del servizio reso dalla stessa, disincentivando così la partecipazione e l’utilizzo dello specifico strumento utile comunque all’efficientamento e alla rapidità della procedura; tale effetto risulta invece neutralizzato dal divieto posto dall’art. 41, comma 2 *bis*, citato.

Così ricostruita la finalità di fondo di tale disposizione, è possibile estenderne l’applicazione, come fa normalmente la giurisprudenza, anche alle altre piattaforme telematiche che, utilizzate tanto dalla stazione appaltante per la gestione digitale della procedura tanto dai concorrenti per la presentazione digitale delle offerte, generano un costo che allo stesso modo non può essere posto a carico dei concorrenti né dell’aggiudicatario in quanto in grado parimenti di incidere sulla partecipazione e sull’utilizzo delle medesime piattaforme, centrali per l’obiettivo della digitalizzazione delle procedura posto dal legislatore europeo e da quello nazionale.

La citata disposizione non consente dunque di imporre ai concorrenti e all’aggiudicatario i costi relativi alla gestione delle piattaforme telematiche ma non è possibile ricavare *a contrario* la facoltà della stazione appaltante di porre a carico del concorrente o dell’aggiudicatario il costo degli altri servizi di committenza ausiliari; alla luce della delineata *ratio* è invece possibile trarre il divieto di addossare ai concorrenti o all’aggiudicatario il costo dei servizi di committenza ausiliari in quanto servizi fruiti esclusivamente dalla stazione appaltante e acquisiti a vantaggio della stessa sulla base di una sua specifica scelta.

È quest'ultima infatti che, quale beneficiaria del servizio volto a supportare la preparazione della procedura di gara rientrando nei suoi poteri e nelle sue responsabilità, deve sopportare l'onere del pagamento del corrispettivo di tali servizi.

La facoltà della stazione appaltante di porre a carico dei concorrenti il costo dei citati servizi di committenza ausiliari non risulta peraltro prevista da alcuna disposizione di legge e si pone in contrasto con il citato art. 41, comma 2 *bis*.

Sussiste inoltre la violazione di tale norma anche sotto diverso profilo.

Non può dirsi infatti che la piattaforma telematica per la gestione della procedura di gara sia stata messa a disposizione della Stazione appaltante da parte dell'-OMISSIS- in maniera del tutto gratuita in quanto la Stazione appaltante, con la determina a contrarre, ha affidato alla società consortile il complesso dei servizi di committenza ausiliari descritti, prevedendo per gli stessi un corrispettivo determinato globalmente in percentuale dell'importo posto a base di gara, senza fissare il corrispettivo relativo ai singoli servizi, salvo prevedere la gratuità della piattaforma in relazione alla previsione di cui all'art. 41, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 50/2016, unico corrispettivo specificato e posto uguale a zero.

Considerata l'unitarietà dell'affidamento e l'unicità del corrispettivo previsto è naturale che lo stesso includa, seppur indirettamente, il costo della piattaforma telematica, formalmente gratuito al fine di non incorrere nel divieto di cui all'art. 41, comma 2 *bis*, ma sostanzialmente incluso nel costo complessivo degli altri servizi, con conseguente violazione della citata disposizione.

Infatti, considerato il tenore della determina a contrarre e della documentazione di gara, non risulta chiaramente quali siano gli altri servizi di committenza ausiliari, diversi dalla messa a disposizione della piattaforma telematica, prestati dalla società consortile a favore della Stazione appaltante; l'elencazione prodotta in giudizio, a firma della stessa -OMISSIS-, non può ritenersi utile, in quanto tale documento non risulta allegato ad alcun atto della Stazione appaltante e non risulta pertanto da questa condiviso.

Inoltre, considerato che né l'art. 41, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 50/2016 né altra norma dell'ordinamento consente alla stazione appaltante di imporre all'aggiudicatario il costo dei servizi di committenza ausiliari prestati a favore della prima, è possibile rilevare il contrasto tra la clausola della documentazione di gara che impone ai concorrenti di assumere tale obbligazione e di produrre la relativa dichiarazione unilaterale d'obbligo e l'art. 83, comma 8, ultimo periodo del d.lgs. n. 50/2016, quale prescrizione prevista a pena di esclusione ma non contemplata da alcuna disposizione né del citato decreto né di altra legge.

Il bando e il disciplinare che impongono l'assunzione della citata obbligazione e la produzione della relativa dichiarazione le definiscono come "elemento essenziale dell'offerta", considerando la

medesima dichiarazione parte dell'offerta economica o comunque alla stessa collegata e facendo così discendere dalla mancata produzione della dichiarazione e dalla mancata assunzione dell'obbligo un effetto di irricevibilità dell'offerta ai sensi dell'art. 59, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

Tale disposizione individua in realtà ipotesi di irregolarità dell'offerta collegate al mancato rispetto della documentazione di gara, alla ritardata presentazione e al carattere anormalmente basso della stessa, ipotesi che comunque conducono all'esclusione del concorrente dalla procedura.

È evidente allora che con le previsioni denunciate la stazione appaltante abbia introdotto una causa di esclusione che, come sopra evidenziato, non è prevista da alcuna disposizione né del d.lgs. n. 50/2016 né di altra norma primaria, colpita di conseguenza da illegittimità.

La clausola inoltre risulta comunque lesiva del principio di libera concorrenza di cui all'art. 30 del citato decreto in quanto in grado di alterare il funzionamento del meccanismo concorrenziale animato dalle imprese partecipanti alla procedura di gara.

Infatti la dichiarazione unilaterale d'obbligo che i concorrenti debbono produrre all'atto della partecipazione li impegna, secondo la determina a contrarre, a corrispondere all'-OMISSIS- la somma di euro 29.056,10, oltre IVA, in caso di aggiudicazione.

La valutazione dell'incidenza della clausola sulla competizione tra i concorrenti prescinde da quella relativa alla diretta e immediata lesività della sfera giuridica degli stessi, destinata a concretizzarsi solo con l'aggiudicazione e la richiesta del pagamento della citata somma nei confronti dell'aggiudicatario; infatti non è in discussione l'interesse all'impugnazione del bando da parte di uno dei concorrenti che lamenta l'imposizione di un onere di partecipazione non previsto, ma la violazione della disciplina in materia di contratti pubblici e la lesione del principio di libera concorrenza a seguito di un ricorso proposto dall'Autorità di settore che, attivando la legittimazione straordinariamente attribuita dal legislatore, fa valere l'interesse generale al corretto svolgimento delle procedure di gara.

Con riferimento alla lesione del principio di concorrenza, occorre considerare che la citata clausola e la dichiarazione che i concorrenti sono obbligati a produrre inducono gli stessi a incorporare nell'offerta presentata il corrispettivo dei servizi di committenza ausiliari posti a carico dell'aggiudicatario, in ragione della semplice partecipazione e in vista della possibile ed eventuale aggiudicazione, al fine di disporre in tal caso delle somme necessarie ad adempiere all'obbligazione assunta senza intaccare gli utili previsti.

Tale comportamento, naturalmente indotto dall'impostazione della procedura, riduce la possibilità degli stessi concorrenti di formulare la propria proposta in maniera pienamente libera, incidendo sulla capacità di elaborare una proposta tecnica ed economica che sia concretamente espressione di

scelte imprenditoriali vincolate unicamente dalle esigenze tecniche della stazione appaltante, dalla base d'asta formulata e dalle convenienze dello stesso concorrente.

L'offerta formulata, di conseguenza, viene a configurarsi come espressione non libera e non piena della capacità imprenditoriale del concorrente (ovvero della capacità di individuare le soluzioni tecniche che maggiormente corrispondono alle esigenze della stazione appaltante, riducendone i costi e contenendo gli utili), dal momento che tale capacità - e di conseguenza l'offerta che ne è l'espressione - incontrano il vincolo derivante dal futuro onere posto a carico dell'aggiudicatario.

È pur vero che, come affermato ma non dimostrato dalla Stazione appaltante, la stessa può aver tenuto conto di tale costo nella formulazione della base d'asta, aumentandola proporzionalmente e offrendo omogeneamente a tutti i concorrenti "un margine di manovra" per la formulazione di un'offerta che, senza intaccare gli utili, tenga conto dell'ulteriore onere di gara ma è anche vero che tale costo non è separato (ad esempio al pari degli oneri della sicurezza, non soggetti a ribasso) dalla base d'asta e sottratto alla competizione dei concorrenti.

Ciò favorisce comportamenti opportunistici in quanto è ben possibile che:

- alcuni concorrenti, considerando che il citato onere economico non è un onere attuale ma futuro e posto a carico del solo aggiudicatario e ritenendo poco probabile l'aggiudicazione, non tengano conto del citato costo al fine di formulare un'offerta competitiva e aumentare le ridotte *chance* di aggiudicazione, facendo leva altresì sulla formulazione della documentazione di gara che non preclude chiaramente la stipula in caso di mancato pagamento nonché sulla possibile nullità della clausola. Ciò consentirebbe agli stessi di prevalere sui concorrenti che, basandosi sul tenore letterale della dichiarazione unilaterale d'obbligo e facendo affidamento sulle clausole di gara così come formulate, hanno invece tenuto conto del citato costo e formulato un'offerta meno competitiva;
- i concorrenti non includano il citato costo nell'offerta, con conseguente riduzione o azzeramento degli utili in fase di esecuzione qualora tale omissione non venga rilevata in sede di verifica di anomalia, considerato che tale costo, specifico della presente procedura, non viene segnalato nell'ambito della sezione del disciplinare relativa a tale verifica.

In sintesi, i concorrenti, non sopportando immediatamente l'onere in questione (a cui pur si sono obbligati in caso di aggiudicazione), potrebbero formulare offerte esplorative che non includono il citato costo e che risultano pertanto particolarmente competitive ma in realtà elusive della previsione di gara.

È infine possibile evidenziare un ulteriore profilo di lesione del principio di concorrenza in relazione all'inclusione, nell'ambito della base d'asta, di un costo (quello relativo ai servizi committenza ausiliari) che risulta incompressibile a differenza degli altri costi di cui la stazione appaltante tiene conto ai fini della determinazione della base d'asta stessa, costi questi ultimi che

sono invece modulabili o comunque gestibili (come lo stesso costo del lavoro) in relazione alla capacità dell'impresa di contenere i costi dei fattori produttivi o di organizzare in modo efficiente l'attività, con la conseguenza che una parte della base d'asta è totalmente sottratta alla competizione dei concorrenti.

Tali profili risultano ancora più rilevanti con riferimento al contratto oggetto della presente procedura. Il contratto di concessione infatti si caratterizza per il rischio operativo gravante sul concessionario nella gestione dell'opera o del servizio ovvero per la fluttuazione della domanda e/o dell'offerta che rendono incerto il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti. In tale contesto l'equilibrio che caratterizza il contratto ben può essere alterato dalla sopportazione immediata e certa di un costo che non è comunque qualificabile come investimento (in quanto non diretto a generare future entrate) e che può essere recuperato solo mediante ricavi di gestione di per sé futuri e incerti; ciò tende a scoraggiare la partecipazione, soprattutto laddove, come spesso accade, gli utili attesi siano particolarmente contenuti.

In ogni caso il meccanismo previsto nella presente procedura determina il trasferimento a carico di concorrenti del costo dei servizi di committenza ausiliari fruiti dalla Stazione appaltante che risulta unica richiedente e unica beneficiaria di tali servizi, senza che alcun vantaggio né diretto né indiretto ne derivi agli stessi concorrenti o all'aggiudicatario; il costo dei citati servizi ricade quindi su quest'ultimo senza che ne sia certa la traslazione sulla Stazione appaltante.

Le obbligazioni poste a carico dei concorrenti e dell'aggiudicatario, poi, non possono essere neppure ricondotte all'art. 16 *bis* del R.D. n. 2440/1923 riferito alle spese di stipula del contratto ovvero alle “spese di copia, stampa, carta bollata e tutte le altre inerenti ai contratti” e alle “spese di registrazione dei contratti, in conformità del disposto dell'articolo 55 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 634, sull'imposta di registro” (cfr. sul punto Tar Lombardia – Milano n. 240/2020 e Consiglio di Stato n. 6787/2020). Alla citata disposizione possono essere ricondotte le sole spese più strettamente legate alla stipula del contratto, ma non i costi inerenti a specifici servizi richiesti dalla stazione appaltante e resi a favore della stessa in relazione alla procedura di gara.

Per le stesse ragioni tali obbligazioni non possono essere ricondotte neppure alle “spese generali comprese nel prezzo dei lavori e perciò a carico dell'esecutore”, in particolare alle “spese di contratto ed accessorie” di cui all'art. -OMISSIS-, comma 4, lett. a), del d.P.R. n. 207/2010.

Destituito di fondamento è altresì il tentativo di giustificare le disposizioni della documentazione di gara alla luce dell'art. 106, comma 1, lett. a), e comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, che riguardano le modifiche contrattuali in corso di esecuzione e non il recupero degli oneri posti a carico dell'aggiudicatario.

10. In conclusione il ricorso va accolto nei sensi e nei limiti sopra esposti, con conseguente annullamento della determina a contrarre e della documentazione di gara nella parte in cui impongono ai concorrenti di assumere l'obbligo di corrispondere, in caso di aggiudicazione, all'-OMISSIS- il corrispettivo dei servizi di committenza ausiliari resi a favore della Stazione appaltante e all'aggiudicatario di corrispondere tale corrispettivo.

-OMISSIS-. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, preliminarmente disposta la modifica del rito, dal rito ordinario al rito di cui all'art. 120 c.p.a., lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna il -OMISSIS- e l'-OMISSIS- al pagamento delle spese processuali in favore dell'Autorità ricorrente, liquidate per ciascuno di essi in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge e alla refusione del contributo unificato se versato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistono i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare persone ed enti.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite "*Microsoft Teams*"):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.