Determina n. 2 del 08.07.2019

OGGETTO: DEFINIZIONE PROCEDIMENTO AVVIATO CON NOTA PROT. N. 7400 DEL 12.10.2018. – GARA A PROCEDURA APERTA PER L'AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI ATTUAZIONE/GESTIONE DEL PROGETTO:"ACQUISIZIONE DI BENI E SERVIZI FINALIZZATI ALL'E-INCLUSION E SVILUPPO DI FORME ASSOCIATIVE DI SERVIZI DI E-GOVERNMENT: CST MESSENIA.

PREMESSO che:

- con nota prot. n. 7400 del 12.10.2018, avente ad oggetto "Comunicazione avvio procedimento, ai sensi degli artt. 7 e segg. L. 241/90" è stato comunicato agli interessati l'avvio del procedimento amministrativo volto all'adozione delle misure necessarie affinchè il CST Messenia si adeguasse alle indicazione fornite dall'Anac con la nota prot. n. 75744 del 13.09.2018, introitata al prot. del comune di Sant'Alessio Siculo in data 10.10.2018 prot. n. 7329, che veniva allegata alla stessa;

RICHIAMATE tutti i contenuti e le motivazioni del citato avvio del procedimento;

DATO ATTO che esso stabiliva il termine di durata del procedimento in 90 giorni dalla ricezione della comunicazione ed assegnava il termine di 45 giorni dalla ricezione per presentare eventuali osservazioni o deduzioni;

DATO ATTO che non sono pervenute osservazioni o deduzioni da alcuna parte;

VISTA la nota di ANAC prot. n. 133 del 02.01.2019, introitata al protocollo del comune in data 07.01.2019 con la quale il dirigente ANAC, responsabile del procedimento in oggetto, a seguito di un riesame degli atti procedimentali:

- ha riscontrato una carenza procedimentale sotto il profilo della partecipazione della Società contro interessata, che non ha avuto modo di produrre le proprie controdeduzioni;
- ha disposto l'espletamento del contraddittorio con il Consorzio stabile Nexus Scarl al fine di acquisire da questi le deduzioni e i relativi allegati documentali;
- ha assegnato al Consorzio citato il termine di 20 giorni per riscontrare detta richiesta, fissando la durata dell'intero procedimento in 180 giorni decorrenti dalla data di invio della citata comunicazione, riservandosi la facoltà di eventuale proroga non superiore a 90 giorni;

VISTA la determina n. 1 del 08.01.2019 con la quale, a seguito della nota ANAC di cui al precedente punto, è stata disposta la sospensione del procedimento in essere per la durata di 180 giorni a decorrere dal giorno della stessa determinazione, in attesa delle determinazioni in merito da parte di ANAC, una volta espletata la fase istruttoria, tenuto in considerazione che esso è stato avviato su impulso della stessa Autorità;

VISTA la nota dell'ANAC prot. n. 49685 del 19.06.2019, acquisita al prot. dell'ente in data 20.06.2019 n. 4733, avente ad oggetto: "Gara a procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di attuazione/gestione del progetto:Acquisizione di beni e servizi finalizzati all'e-inclusion e sviluppo di forme associative di servizi di e-government: CST MESSENIA- Definizione del procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 21 del reg. vig.", che si allega alla presente e con cui il Consiglio dell'Anac, in merito alle contestazioni mosse, ha rassegnato le seguenti conclusioni:

1- L'estensione del contratto ad amministrazioni diverse da quelle che hanno indetto la gara, mediante lo strumento dell'adesione postuma, in assenza dei presupposti enunciati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, ha determinato l'indebita sottrazione all'evidenza pubblica dei relativi affidamenti, talora di importo superiore alla soglia comunitaria;
2- L'impostazione, negli atti di gara, di un "contratto aperto", non tipizzato nel Codice dei contratti pubblici o in altre fonti normative, connotato da ampi margini di indeterminatezza sia dal punto di vista soggettivo della domanda – non essendo perimetrato l'ambito delle amministrazioni che possono aderire al contratto stesso – sia dal punto di vista oggettivo dei contenuti e del valore stimato della prestazione – in quanto sono previsti una serie di "servizi aggiuntivi", a carattere facoltativo, di cui non è valutata l'entità presuntiva né il corrispettivo massimo, in contrasto con l'art. 29 del dlgs 163/2006 – è lesivo del principio di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di cui all'art. 1346 c.c. e degli ordinari canoni di trasparenza derivati dalla normativa nazionale e comunitaria sui contratti pubblici;
3- Le incoerenze sostanziali riscontrate nella documentazione di gara per quanto attiene alla definizione dell'oggetto contrattuale e dei requisiti di ammissione alla gara, modificati ed integrati nel capitolato d'oneri rispetto a quanto previsto nel bando di gara, ha configurato un ulteriore difetto di trasparenza che, insieme a quelli già richiamati, può aver influito sulla partecipazione alla procedura (tant'è che è pervenuta una sola offerta);
4- Al momento della presentazione della domanda di partecipazione il Consorzio Nexus non era in pieno possesso dei requisiti di abilitazione professionale prescritti dalla normativa di riferimento, con particolare riguardo al capitale sociale minimo richiesto per l'esercizio dell'attività di riscossione dei tributi locali;
5- Nel contratto posto in essere non vi è evidenza degli elementi distintivi della concessione di servizi (il trasferimento dei rischi di gestione sull'operatore economico, la stima della redditività del servizio e dell'equilibrio economico finanziario): elementi la cui assenza, secondo il giudice amministrativo (TAR Sardegna n. 213 del 10 marzo 2011), determina la nullità del contratto per illiceità della causa, come ricordato da quest'Autorità con Determinazione n. 10 del 23 settembre 2015.

DATO ATTO che con la stessa nota l'ANAC ha demandato al Sindaco, al Responsabile del procedimento, al Responsabile della prevenzione della corruzione del Comune di S. Alessio Siculo, nella qualità di Ente capofila del CST Messenia, l'adozione delle misure correttive ritenute idonee in base alla ponderazione degli interessi pubblici coinvolti;

VISTA la legge 241/90, artt. 1 e ss., che disciplina il procedimento amministrativo ed i relativi termini di durata, nonché l'obbligo di definizione del procedimento;

CONSIDERATO ad oggi il consorzio NEXUS, come comunicato per le vie brevi, offre i servizi di cui al finanziamento, ovvero il mantenimento della piattaforma informatica, a 15 comuni soci aderenti al PIST17 (Sant'Alessio, Santa Domenica Vittoria, Pagliara, Nizza, Motta Camastra, Mandanici, Malvagna , Limina, Itala

Graniti, Giardini Naxos, Gaggi, Furci, Fiumedinisi, Alì terme), soci del CST; invece offre il servizio di riscossione verso i 7 comuni/SOCIETà aderenti successivamente alla costituzione del CST (Acate, Biancavilla, Caltagirone, Misternianco, Modica, Piedimonte Etneo, e Società Simeto Ambiente Spa in liquidazione), giusta ORDINE DI ACQUISTO EX ART. 59 (contratto aperto -Accordo quadro), mentre altri comuni originariamente soci del CST, non aderenti al PIST, non hanno attivato alcun servizio;

CONSIDERATO altresì che per le funzioni ed attività per le quali il CST MESSENIA ha ottenuto un finanziamento pari ad euro 983.782,00, in base a quanto previsto dall'art. 57 Reg. (CE) 1083/2006 in materia di stabilità delle operazioni, nei cinque anni successivi al decreto di chiusura, quanto acquisito come forniture e/o servizi con il finanziamento ottenuto, pena il recupero del contributo erogato, NON deve subire modifiche sostanziali che ne alterino la natura, la destinazione d'uso, la modalità di esecuzione o procurino un vantaggio indebito al beneficiario, per cui eventuali irregolarità riscontrate comporteranno l'avvio del procedimento di recupero degli importi indebitamente versati (come si evince dalla nota prot. n. 2313 del 07.05.2018 avente ad oggetto PO FESR SICILIA 2007/2013- Adempimenti post chiusura: stabilità delle operazioni – Disposizioni, agli atti dell'ufficio);

VISTA la determina sindacale n. 15 del 31.10.2016 avente ad oggetto "PO FESR 2007/2013 . Attuazione Asse VI "Sviluppo urbano sostenibile"... Approvazione quadro economico finale (QEF) e Relazione conclusiva redatta dal Rup" con cui si è approvata la relazione conclusiva sulle attività del progetto, il quadro economico finale e si è assunta la responsabilità di cui quanto espresso al punto precedente in materia di stabilità delle operazioni ex art. 57 Reg. (CE) 1083/2006, quale comune capofila del CST;

VISTO il contratto per l'affidamento del servizio in concessione di attuazione/gestione del progetto "Acquisizione di beni e servizi finalizzati *all'e.inclusion* e sviluppo di forme associative di servizi di *e-government*: CST MESSENIA" stipulato in data 19.12.2014 tra il Comune di Sant 'Alessio Siculo n.q. di ente capofila del CST MESSENIA ed il consorzio stabile Nexus s.c.a.r.l., rep. N. 561;

VISTO in particolare l'art. 7 del contratto, "Termini esecuzione del contratto" ai sensi del quale "la concessione avrà la durata di cinque anni a decorrere dalla data di stipula del contratto, ... con la possibilità alla scadenza contrattuale, di applicare le disposizioni di cui all'art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. In particolare si evidenzia che le azioni ricomprese nel progetto finanziato sul P.O. FESR 2007/2013 ASSE IV – linea 4.2.2.3. e posto quale prezzo della presente concessione ha una tempistica distinta dalla concessione oggetto della presente gara, essa è regolata dal disciplinare per la definizione dei rapporti tra il Dipartimento Bilancio e Tesoro Ragioneria Generale ed il comune di Sant'Alessio Siculo sottoscritto e trasmesso in data 21.06.2013 prot. n. 3896 recante la data del 30.06.2015 ed eventuali ss.mm.ii";

VISTO altresì l'art. 13 del contratto di concessione citato ai sensi del quale "la stazione appaltante, ove ne ricorra giusta causa, potrà recedere dal contratto stipulato, anche se sono iniziate le prestazioni. Tale diritto verrà esercitato previo esperimento di azione di intimazione che deve avvenire per iscritto, con lettera raccomandata indicante le cause addotte per la richiesta di recesso. In assenza di motivata risposta da parte del concessionario e trascorsi 30 giorni da tale azione la stazione appaltante comunica con lettera raccomandata l'avvenuta rescissione del contratto per giusta causa.

In tal caso, in deroga all'art. 1671 del CC, il Concessionario avrà diritto di percepire esclusivamente il diritto di percepire relativi alle prestazioni effettuate fino al momento di comunicazione del recesso, rinunciando a qualsiasi pretesa di indennizzo e/o risarcimento e/o rimborso ad alcun titolo.

Dalla data di efficacia del recesso, il concessionario dovrà cessare tutte le prestazioni contrattuali, assicurando che tale cessazione non comporti danno alcuno alla Stazione appaltante".

CONSIDERATO ALTRESÌ:

1. che l'ANAC ha disposto che questo ente capofila adotti delle misure correttive ritenute idonee in base alla ponderazione degli interessi pubblici coinvolti;
2. che il contratto andrà a naturale scadenza alla data del 18.12.2019;
3. che il concessionario svolge in favore degli enti territoriali coinvolti, come prima descritto, attività di pubblico interesse di diversa natura;
4. si versa nella fase esecutiva del contratto pubblico di concessione e pertanto, tenuto conto delle posizioni assunte dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2014, anche le misure in autotutela previste dalla l.241/90 richiedono una rigida valutazione dei presupposti per potere essere legittimamente esercitate, anche tenuto conto che nel caso di specie sono trascorsi più di 18 mesi dalla data di esecuzione del contratto, che lo stesso scadrà di diritto nel giro di pochi mesi, che il contratto stesso prevede la possibilità di esercitare il diritto di recesso;
5. che le conclusioni rassegnate dall'ANAC ed indirizzate al comune di S.ALESSIO SICULO quale comune capofila del CST MESSENIA integrano una giusta causa per esercitare legittimamente il diritto di recesso nel rispetto degli interessi di tutte le parti coinvolte e del preminente interesse pubblico ravvisato nella necessità di non interrompere *ad nutum* l'esercizio di pubbliche funzioni ed attività, nonché nella necessità di non pregiudicare il finanziamento ottenuto dal progetto gestito dal CST MESSENIA;
6. che l'esercizio del diritto di recesso, alla luce degli interessi coinvolti, richiede un congruo termine per essere esercitato, in ragione anche della necessità che gli enti territoriali interessati provvedano ad individuare nuovi concessionari per l'espletamento del servizio di riscossione e vengano altresì individuate diverse modalità per proseguire le attività del CST MESSENIA, almeno fino al termine utile per il finanziamento e fatta salva ogni decisione in merito;

Per quanto sopra espresso ed evidenziato,

RITENUTO di dovere provvedere in merito, nel contemperamento degli interessi coinvolti a vario titolo, attraverso l'esercizio del diritto di recesso dal contratto di concessione stipulato da questo comune quale capofila del CST MESSENIA ed il CONSORZIO NEXUS SCARL, assegnando quale termine di efficacia e quindi di decorrenza del recesso stesso il giorno 18.12.19, con cessazione a quella data delle attività fornite dal consorzio Nexus scarl, al fine di permettere agli enti coinvolti di apprestare le dovute misure per evitare il verificarsi di danni erariali;

VISTO il D.Lgs. 267/00;

VISTO il D.lgs. 163/06 e ss.mm.ii.

VISTA la L.241/00 e ss.mm.ii.

VISTO il contratto di concessione rep n. 561 del 19.12.2014;

VISTA la determina sindacale n. 1/2019 con cui il segretario comunale è stato nominato responsabile del procedimento;

DETERMINA

1. **RICHIAMARE** integralmente le premesse del presente atto e **DEFINIRE** il procedimento avviato giusta nota prot.n. 7400 del 12.10.2018 come segue;
2. **RITENERE E DICHIARARE** la nota Anac prot. n. 49685 del 19.06.2019, acquisita al prot. dell'ente in data 20.06.2019 n. 4733 quale giusta causa per esercitare legittimamente il recesso dal contratto di concessione rep.n. 561 del 19.12.2014;

3. **AVVIARE** nei confronti del consorzio NEXUS SCARL l'esercizio del diritto di recesso ai sensi e secondo le modalità di cui all'art. 13 del contratto di concessione, di cui il presente atto deve intendersi intimazione stessa, con efficacia del recesso a far data dal 18.12.2019, data di naturale scadenza del contratto di concessione, con interruzione a quella data di ogni attività fornita dal Nexus stesso, assegnando allo stesso il termine di trenta giorni dalla ricezione della presente intimazione di recesso (via pec) per fornire eventuali deduzioni;
4. **DARE ATTO** che questo ente, quale capofila del CST MESSENIA, e per quanto in narrativa espresso, non intende procedere ai sensi dell'art. 57 D.Lgs. 163/06 mediante proroga dei servizi offerti dal CST MESSENIA allo stesso concessionario Nexus;
5. **ONERARE** il NEXUS scarl a fornire apposita relazione riepilogativa dell'attività svolta fino ad ora per le attività consequenziali di competenza;
6. **ONERARE** il NEXUS scarl a dare espressa comunicazione del contenuto del presente atto ai 7 comuni/società che beneficiano dei servizi da esso erogati mediante ordine di acquisto ex art. 59 (contratto aperto -Accordo quadro), con espresso invito ad attivarsi tempestivamente al fine di evitare interruzioni del pubblico esercizio della riscossione e/o di altro eventualmente fornito;
7. **COMUNICARE Il** contenuto del presente atto a tutti i 15 comuni aderenti al CST e beneficiari dei servizi di cui al finanziamento pubblico;
8. **RISERVARSI** ogni ulteriore determinazione, nelle sedi opportune, in merito alle azione da condurre da parte del CST MESSENIA per salvaguardare il finanziamento di cui alla nota prot. n. 2313 del 07.05.2018;
9. **TRASMETTERE** la presente determinazione ad ANAC affinchè fornisca nel medesimo termine di trenta giorni dalla ricezione della presente e nell'ottica di leale collaborazione tra Enti, proprio parere in merito alle misure apprestate da questo ente capofila e ritenute idonee a salvaguardare gli interessi coinvolti;
10. **TRASMETTERE IL PRESENTE ATTO** al Consorzio Stabile Nexus Scarl, ALLA Procura della Corte dei Conti di Palermo, all'Anacap ;
11. **PUBBLICARE** il presente atto all'albo pretorio.

il Responsabile del procedimento
Segretario comunale
dott.ssa Antonella Li Donni

il Sindaco
del comune capofila Sant'Alessio Siculo
dott. Nunzio Giovanni Foti

Allegati:

Nota Anac prot. n. 49685 del 19.06.2019

Nota prot. n. 7400 del 12.10.2018

Autorità Nazionale Anticorruzione

Autorità Nazionale Anticorruzione Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi

Autorità Nazionale Anticorruzione
Prot. Uscita del 19/06/2019
Numero: 0049685
Ufficio: SG - UVCS Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza Concessioni di Servizi

Il Dirigente

COMUNE DI S. ALESSIO SICULO
Prot. N. 6733 del 20/06/19
Cat. ____ Fasc. ____

Al Consorzio Stabile Nexus
PEC: consorziostabilenexus@pec.impresesiracusa.it
c.a. Direttore Generale dott. Andrea G. Ceccio
c.a. Presidente dott. Alberto La Marina

Al Comune di S.Alessio Siculo
PEC: segreteria.comunesantalessiosiculo@digpec.it
c.a. Sindaco Nunzio Giovanni Foti
c.a. Segretario Generale
Dott.ssa Antonella Li Donni
c.a. Responsabile Prevenzione della corruzione p.t.

Alla CST Messenia
Pec: protocollo@pec.consorziotindarinebrodi.me.it
c/o Ufficio Appalti Consorzio Tindari Nebrodi
c.a. dott. Falliano Tindaro

Alla ANACAP
Pec: certificata@pec.anacap.it

Fasc. 2993/2017 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto: Gara a procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di attuazione/gestione del progetto: "Acquisizione di beni e servizi finalizzati all'e-inclusion e sviluppo di forme associative di servizi di e-government: CST Messenia". *Definizione del procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 21 del reg. vig.*

Con riferimento all'oggetto, si trasmette la delibera n. 496/2019, approvata dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 5 giugno 2019.

Si resta in attesa di conoscere le eventuali iniziative assunte in recepimento delle indicazioni di quest'Autorità.

Ing. Umberto Reale

G.G.

Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 496 del 5 GIUGNO 2019

Fasc. 2993/2017

Oggetto: Gara a procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di attuazione/gestione del progetto: "Acquisizione di beni e servizi finalizzati all'e-inclusion e sviluppo di forme associative di servizi di e-government: CST Messenia". Importo a base d'asta: euro 778.689,00 coincidente con il prezzo da corrispondere al concessionario.

Il Consiglio

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163;

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

Premessa

Il presente procedimento trae origine da un esposto dell'associazione di categoria ANACAP del 2.05.2017 (prot. ANAC n. 64383 del 9.05.2017), seguito da una segnalazione sugli stessi temi della Corte dei Conti, Sezione di Controllo per la Regione Siciliana (prot. ANAC n. 120154 del 24.10.2017). L'istruttoria è stata definita in un primo momento con nota dirigenziale n. 75744 del 13.09.2018 e successivamente riavviata (nota n. 133 del 2.10.2019) per tener conto delle controdeduzioni del concessionario Consorzio Stabile Nexus scarl.

Fatto

Il CST Messenia ha affidato, mediante procedura selettiva, la concessione relativa alla prestazione dei servizi di e-government per gli enti territoriali che lo compongono. La gara di livello comunitario è stata indetta mediante bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 17.12.2013 ed è stata aggiudicata al Consorzio Stabile Nexus scarl, unico partecipante, in data 19.12.2014. Nel capitolato tecnico era inserita una clausola che obbligava il contraente scelto "a prestare pari servizi e alle medesime condizioni nei confronti di soggetti terzi (pubblici o privati) che ne facciano richiesta", clausola poi riprodotta nel contratto del 19 dicembre 2014.

Successivamente all'acquisizione della concessione da parte di Nexus, diversi Enti locali (stando alle segnalazioni pervenute: Comuni di Piazza Armerina, Avola, Caltagirone, Acate, Modica, Biancavilla, Piedimonte Etneo, Città Metropolitana di Catania) non ricadenti nell'area territoriale rappresentata dal CST Messenia, nonché il Libero Consorzio di Catania, hanno dato corso ad atti deliberativi, con ogni evidenza redatti su un comune schema, in cui si è approvato e recepito un "accordo fra pubbliche amministrazioni per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune" ai sensi dell'art. 15 della legge 241/90.

Le deliberazioni richiamavano espressamente lo svolgimento della predetta gara e il ruolo di concessionario del servizio rivestito da Nexus, con l'effetto di costituire i presupposti per l'instaurazione di un rapporto contrattuale tra tali Comuni e il Consorzio Nexus, in applicazione della clausola di estensione contrattuale inserita nel capitolato.

In merito alla concessione così congegnata l'esposto della ANACAP ha sollevato le seguenti obiezioni:

1. L'esistenza di significative incoerenze tra il bando e il capitolato rispetto alla definizione dell'oggetto della concessione, in quanto il capitolato estende arbitrariamente la prestazione oggetto di gara anche al servizio di accertamento e riscossione tributi, non contemplato nel bando; ciò costituirebbe un difetto di trasparenza suscettibile di restringere la partecipazione dei concorrenti. Peraltro, la correlata modifica dei requisiti di partecipazione operata dal capitolato porterebbe ad identificare l'attività relativa alla riscossione tributaria come quella senz'altro prevalente nell'economia del contratto, in difformità da quanto indicato nel bando di gara.
2. Il ricorso al meccanismo degli "accordi tra amministrazione" per stravolgere in fase esecutiva la portata originaria dell'aggiudicazione, estendendone l'efficacia nei confronti di altre Amministrazioni che all'atto della celebrazione della gara non partecipavano in alcun modo al CST Messenia né sono collegate alla realtà territoriale che esso assume di rappresentare. L'adesione all'accordo da parte di molte amministrazioni comunali mediante l'adozione di semplici atti deliberativi avrebbe l'effetto di eludere l'obbligo dell'evidenza pubblica, consentendo l'affidamento diretto dei servizi in questione ad un soggetto di natura privatistica, il Consorzio Stabile NEXUS srl
3. Il Concessionario sarebbe altresì carente del requisito dell'iscrizione all'albo dei gestori dei servizi di accertamento e riscossione previsto dall'art. 53 del D.lgs. n. 446/97 in misura proporzionale alla popolosità dei comuni gestiti.

Analoghe obiezioni sono state mosse dalla Corte dei Conti, la quale ha posto altresì l'accento sulla indeterminatezza dell'oggetto contrattuale e del valore del contratto, dovuta da un lato alla clausola di "adesione postuma" che consente l'estensione del contratto in essere ad amministrazioni diverse dall'originarie committenti, senza che le prestazioni potenzialmente scaturenti dal contratto siano considerate – ai fini della gara - nella stima del valore contrattuale, e dall'altro alla mancata previsione dell'importo del servizio di riscossione tributi; sull'impropria qualificazione del contratto come concessione di servizi anziché appalto; sulla mancanza dell'abilitazione a svolgere la funzione di centrale di committenza in capo al CST Messenia; sulla posizione d'incompatibilità in cui versava l'Amministratore delegato del concessionario Consorzio Stabile Nexus scarl, il quale oltre a svolgere detta carica era al contempo dirigente a contratto del Comune di S. Alessio Siculo delegato per le attività del CST Messenia ed estensore del progetto esecutivo per l'affidamento del servizio.

Chiarimenti forniti dal concedente CST Messenia con nota n. 391 del 28.09.2017

Secondo quanto riferito dalla stessa stazione appaltante nel carteggio intercorso, il CST Messenia è un'aggregazione operativa di enti locali territoriali costituita in data 20.11.2010 da 55 Comuni della Provincia di Messina e dalla stessa Provincia Regionale di Messina, ai sensi dell'art. 24 della legge 142/1990 (oggi art. 30 del D.lgs.267/2000), recepito nella Regione Siciliana dall'art. 1 comma 1, lett. e) della legge regionale n. 48/1991. L'ente capofila è il Comune di S. Alessio Siculo.

La finalità delle strutture di aggregazione territoriale CST è quella di procedere da parte degli enti pubblici territoriali interessati allo svolgimento in collaborazione di funzioni di interesse comune, in particolare quelle dirette allo sviluppo del governo elettronico nel contesto locale siciliano.

Esse, infatti, nascono nell'ambito del progetto "Centro Servizi Territoriali" previsto dall'Accordo di Programma Quadro in materia di "Società dell'informazione nella Regione Siciliana" stipulato il 7 marzo 2005 tra la Regione Siciliana, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministero per l'Innovazione e le Tecnologie (MIT), il Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica e il DigitPA.

Quindi i CST mettono a disposizione servizi in forma aggregata, per condividere risorse umane tecnologiche e finanziarie e favorire il contenimento della spesa per le ICT, ottimizzando le risorse informative e tecnologiche ad esse connesse. A tal fine, il CST può ricorrere anche all'utilizzo di risorse esterne, acquisendo queste ultime attraverso l'espletamento di procedure di evidenza pubblica.

Stando all'Avviso pubblico per la costituzione dei CST, era previsto che questi avessero sede presso l'Ente capofila che ne avrebbe curato la gestione della contabilità economico/finanziaria. Nella qualità di mere articolazioni organizzative, pertanto, i CST non avrebbero acquisito distinta e autonoma personalità giuridica.

Quanto alle funzioni da svolgere, per ciascuno di essi i servizi da espletare erano suddivisi in due categorie: "servizi di base", messi a disposizione senza pagare, per tutti gli Enti territoriali aderenti al CST e "servizi aggiuntivi", da determinare solo a valle dell'analisi del fabbisogno specifico per ciascun ente, in funzione del budget disponibile. Lo stesso Avviso indicava i servizi tributari tra quelli che possono essere oggetto dell'attività del CST.

Inoltre, come evidenziato nelle note di controdeduzioni, la convenzione istitutiva del CST Messenia nominava soggetto tecnico attuatore per conto dello stesso CST il Consorzio Intercomunale Tindari Nebrodi. Successivamente, giusta delega conferita con Delibera di G.C. n. 127 del 21.11.2013, quest'ultimo è stato delegato dal Comune di Sant'Alessio Siculo - nella sua qualità di Ente capofila del CST Messenia - a svolgere le operazioni di gara per la scelta del concessionario.

Chiariti gli aspetti relativi alla natura e agli scopi dell'ente, nella memoria prodotta all'Autorità il CST si sofferma ad illustrare le circostanze che, a suo dire, legittimerebbero la soluzione adottata.

Al di là di un nucleo di attività che venivano comunque previste e remunerate nel rapporto tra CST e l'affidatario – si afferma – era previsto che per la generalità dei servizi di competenza del CST, l'affidatario si impegnasse allo svolgimento, alle condizioni dell'affidamento, in favore dei soli enti locali che ne facessero richiesta e che avrebbero poi autonomamente versato i relativi corrispettivi. L'affidamento atteneva a tale opportunità di contrarre, non ai contratti in quanto

tali, e per tale opportunità – e per i pertinenti costi amministrativi – si richiedeva che l'offerta economica fosse per l'appunto relativa al canone di concessione offerto dal concorrente al CST.
Secondo il Responsabile del procedimento, inoltre, per effetto delle integrazioni al bando apportate dal Capitolato tecnico, la gara aveva di fatto un oggetto misto, concernente da un lato una concessione di servizi ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. 163/2006, dall'altro un accordo quadro, ex art. 59 del medesimo decreto, concluso tra una stazione appaltante ed un operatore economico con lo scopo di stabilire nel bando il costo unitario dei prestazione e le clausole relativi agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, per quanto riguarda i prezzi e se del caso le quantità previste.
"L'accordo quadro si unisce alla concessione e costituisce di fatto il tessuto giuridico-normativo cui le parti si sono vincolate per la successiva conclusione e stipulazione di un contratto".
Nel caso di specie - si afferma - l'affidamento in concessione attiene a servizi rivolti in prima istanza agli enti locali componenti il CST Messenia, vale a dire una forma tipica di cooperazione ed esercizio condiviso delle funzioni amministrative che per sua natura può procedere ad acquisti del genere. Su tale base, la disciplina di gara ha innestato la facoltà aggiuntiva per gli altri soggetti pubblici di avvalersi dei servizi del concessionario a parità di condizioni. *"Non si tratterebbe, dunque, di un esercizio permanente di attività di centralizzazione delle committenze bensì di un'aggregazione definita per oggetto e per rapporto per la quale non vi erano e non vi sono preclusioni particolari nell'ordinamento".*
A detta del CST, anche il successivo accordo tra amministrazioni, fondato sull'art. 15 della legge 241/90 ed art. 30 del D.lgs. 267/2000 e avente ad oggetto lo svolgimento in forma collaborativa di molte attività, per legge non risentiva di limiti territoriali particolari, rientrando nella normale manifestazione di autonomia organizzativa degli enti coinvolti; né sarebbe ragionevole sollevare vincoli territoriali particolari all'adesione, tenuto conto della finalità dell'iniziativa, volta proprio al superamento, attraverso tecnologie evolute, della territorialità come limite alle funzioni amministrative.
Secondo la stazione appaltante, quindi, la base giuridica degli accordi tra amministrazioni, la presenza nel bando di una clausola di estensione e la *"puntuale definizione del rapporto estensibile"* sarebbero aspetti che non consentono di ricondurre la fattispecie alla deliberazione ANAC n. 32/2015 e che escludono il ricorrere di divieti di principio alla soluzione adottata.
Inoltre, stando alle memorie difensive (rispettivamente del CST Messenia e del Consorzio Stabile Nexus), andrebbe respinta ogni contestazione in merito a presunti difetti di trasparenza e concorrenzialità della gara, considerato che essa è stata pubblicizzata nelle forme proprie di una procedura aperta di livello europeo, mentre in base all'art. 30 del D.lgs. 163/2006, trattandosi di concessione di servizi l'affidamento avrebbe richiesto esclusivamente l'espletamento di una gara informale, tramite consultazione di cinque operatori economici.
Infine, per suffragare ulteriormente la legittimità della propria condotta, il CST ha riferito che né i rappresentanti degli Enti locali con cui lo stesso ha sottoscritto accordi (Città Metropolitana di Catania, Comune di Caltagirone), né le amministrazioni chiamate ad esprimere parere tecnico preventivo o esercitare funzioni di controllo sugli atti (Regione Siciliana, Assessorato agli Enti Locali) hanno mai obiettato alcunché in merito alla regolarità della procedura adottata.
Dal canto suo il Consorzio Stabile Nexus ha fatto presente in sede di controdeduzioni che la Corte dei Conti avrebbe deciso di archiviare il procedimento a suo tempo aperto per verificare la sussistenza di profili di danno erariale nella procedura in questione (come desumibile da verbale di audizione del 11.03.2019); e che anche la Procura della Repubblica di Ragusa in esito

alle indagini svolte avrebbe archiviato il fascicolo aperto a seguito della denuncia di ANACAP (vd. decreto di archiviazione del 28.03.2018).

Considerato in diritto

L'istruttoria svolta dall'Ufficio UVCS sulla scia di quella già condotta dalla Corte dei Conti ha evidenziato alcune criticità che si vanno appresso ad illustrare per singolo tema, unitamente alle controdeduzioni delle parti.

1 - Esercizio improprio della funzione di centrale di committenza ex art. 33 comma 3bis del d.lgs. 163/2006, esteso oltre il territorio degli enti aderenti.

1.a - La prima criticità attiene al tema di un soggetto esponenziale di enti pubblici che, per un singolo contratto, svolge funzioni di centralizzazione di committenza in favore di altre amministrazioni con richiamo all'art. 33 comma 3bis del dlgs 163/2006, utilizzando lo strumento dell'adesione all'accordo tra pubbliche amministrazioni previsto dall' art. 15 della l. 241/90 e dall'art. 30 del dlgs 267/2000; in particolare viene sindacato il fatto che, per effetto dell'adesione successiva a detto accordo, gli enti locali di tutto il territorio nazionale possono usufruire anche dell'accordo-quadro per la fornitura del servizio di riscossione tributi già sottoscritto dal CST a seguito della gara per l'affidamento in concessione dei servizi di e-government, attraverso semplice ordinativo diretto all'operatore economico risultato aggiudicatario.

Nelle controdeduzioni presentate alla Corte dei Conti, il CST si autoqualifica come centrale di committenza ex art. 33 comma 3 bis del D.lgs. 163/2006 sostenendo che, ai sensi di tale norma nella versione introdotta dal DL 66/2014, non vi sarebbero restrizioni territoriali all'operatività di una centrale di committenza, la quale quindi non sarebbe limitata a fornire servizi ai soli enti locali fondatori.

Sulla corretta interpretazione da attribuire a tale norma l'Autorità si è già espressa con deliberazione n. 32/2015. Per una fattispecie in parte assimilabile alla presente, è stata rimarcata l'illegittimità di un sistema in cui il soggetto aggregatore, in assenza di una previsione normativa che lo preveda, offre i propri servizi di intermediazione negli acquisti a tutti i comuni dell'intero territorio nazionale, mediante l'adesione successiva all'accordo consortile. *"la stessa natura di enti territoriali dei comuni partecipanti all'iniziativa e la preesistenza di un sistema di centrali regionali imporrebbe che l'operatività delle stesse fosse limitata, comunque, al territorio dei comuni fondatori, oltre a doversi escludere - mediante espressa previsione statutaria - l'ammissibilità di nuove adesioni, senza limite territoriale".*

Ciò in considerazione che l'art. 33 comma 3bis del Dlgs 163/2006, nella versione vigente al momento della gara di cui trattasi, imponeva ai piccoli comuni di adottare forme di aggregazione della funzione acquisti per il territorio di ciascuna Provincia, nell'ambito delle Unioni di Comuni, ove esistenti, o semplicemente mediante la stipula di accordi o convenzioni che rimandano all'art. 30 del Testo Unico degli Enti Locali dlgs 267/2000.

E' stato altresì osservato che, nell'evoluzione della norma citata (segnatamente, nella versione introdotta dal DL 66/2014) pur essendo stato eliminato il riferimento al "territorio di ciascuna provincia", la *ratio* è rimasta quella di "centralizzare" attraverso forme di aggregazione in ambito territorialmente circoscritto e definito.

Orbene, nella nota di definizione semplificata del procedimento, l'Ufficio istruttore concludeva che la valenza interpretativa di norme previgenti e la portata generale dei principi sottesi alla suddetta deliberazione fa sì che essi siano applicabili anche al caso di specie (ancorchè il bando

sia successivo all'emanazione della delibera), sancendo l'illegittimità del modello adottato dal CST Messenia, come progettato e concretamente realizzato in fase di esecuzione, mediante l'adesione all'accordo di enti esterni al territorio provinciale; pur tenuto conto della natura pubblicistica del soggetto operante come centrale d'acquisto, dell'espresso richiamo negli atti di gara all'istituto di cui all'art. 15 della 241/90 e della previsione di una clausola di espansione nel capitolato tecnico. Né vale invocare i contenuti dell'accordo-quadro, considerato anche che, ai sensi dell'art. 59 comma 3) del dlgs 163/2006, gli appalti discendenti da un accordo-quadro possono essere aggiudicati soltanto tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro stesso.

Inoltre, secondo l'avviso di quest'Autorità, come riportato nel Comunicato congiunto AGCM – ANAC del 22.12.2016, non risponde al dettato normativo uno schema che, comunque declinato, integri la fattispecie della cd. "adesione postuma", la situazione in cui una stazione appaltante affida un contratto senza confronto competitivo, solo aderendo agli esiti di una gara pubblica disposta da altra amministrazione.

E' fatto salvo soltanto il ricorrere di particolari condizioni. In primis, la facoltà di estendere il contratto ad altre amministrazioni deve essere prevista negli atti di gara. Inoltre, perché siano ammissibili, le clausole di "estensione contrattuale" o di "adesione postuma" devono indicare in modo sufficientemente chiaro, determinato ed omogeneo: a) sotto il profilo soggettivo, la perimetrazione delle stazioni appaltanti che potranno eventualmente aderire; b) sotto il profilo oggettivo, il valore economico complessivo massimo delle eventuali adesioni ed estensioni consentite, ai fini sia del calcolo del valore stimato, sia della determinazione dei requisiti speciali e degli importi cauzionali prescritti.

In assenza delle predette condizioni, l'estensione del contratto, oltre ad arrecare un grave *vulnus* alla concorrenza per l'elusione della regola dell'evidenza pubblica, finisce per violare il principio di determinabilità dell'oggetto del contratto, stravolgendone sotto il profilo economico-qualitativo l'originaria previsione, nonché per modificarne sotto il ptofilo soggettivo le parti negoziali.

1.b - A fronte delle su esposte contestazioni, con la nota del 14.02.2019, acquisita al prot. ANAC n. 12774 del 15.02.2019, l'avv. Tedeschini, in rappresentanza del Consorzio Stabile Nexus scarl, ha fatto presente che la richiamata delibera dell'Autorita n. 32/2015 è stata impugnata dinnanzi al giudice amministrativo; e che il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 68/2019, del 3 gennaio 2019 ha espresso dubbi sulla compatibilità con il diritto eurounitario di una norma (l'art. 33 comma 3 bis del D.lgs. 163/2006) che si propone di limitare l'ambito di operatività della centrale di committenza al solo territorio dei comuni presenti nell'unione dei comuni ovvero costituenti il consorzio, rinviando tale questione alla decisione della Corte di Giustizia Europea.

Per questo profilo, quindi, la difesa di Consorzio Stabile Nexus ha chiesto di disporre la sospensione del procedimento istruttorio sino alla pronuncia della Corte di Giustizia sull'esatta interpretazione dell'articolo 33, comma 3bis, del Dlgs 163/2006.

Per quanto attiene alla presunta difformità dal comunicato congiunto ANAC-AGCM, la difesa del Consorzio Nexus osserva che, al momento dell'indizione della gara in questione (dicembre 2013), detto comunicato non esisteva, essendo di oltre 3 anni successivo e dunque non opponibile ad una procedura già conclusa.

In realtà, come riconosciuto dalla stessa memoria difensiva, la problematica dell'adesione postuma è stata affrontata dalla giurisprudenza sia nazionale che comunitaria le quali hanno rispettivamente precisato che la clausola estensiva *"in tanto possa essere ammessa, in quanto soddisfi i*

requisiti, in primis di determinatezza, prescritti per i soggetti e l'oggetto della procedura cui essa accede" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza 11 febbraio 2014, n. 663); ma anche "*l'appalto oggetto gara, poiché queste nel prendere parte ad una gara, che preveda la c.d. clausola di estensione, sanno ed accettano (...) che potrebbe essere loro richiesto di approntare beni, servizi o lavori ulteriori, rispetto a quelli espressamente richiesti dalla lex specialis, purché determinati o determinabili a priori, al momento dell'offerta, secondo requisiti né irragionevoli né arbitrari, tanto sul piano soggettivo – per caratteristiche e numero delle amministrazioni eventualmente richiedenti – che su quello oggettivo - per natura, tipologia e quantità di beni o delle prestazioni aggiuntive eventualmente richieste (...)*" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, sentenza 4 febbraio 2016, n. 442).

Infine, in ambito comunitario, la Corte di Giustizia della Comunità Europea, con sentenza 19/12/2018 n. C-216/2017, ha affermato: "*55. Risulta dalle considerazioni che precedono che l'articolo 32, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18 intende consentire ad un'amministrazione aggiudicatrice di aprire ad altre amministrazioni aggiudicatrici l'accesso ad un accordo quadro che si accinga a concludere con gli operatori economici che saranno inizialmente parti dello stesso.*

56. L'articolo 32, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18 non esige, quindi, che un'amministrazione aggiudicatrice «secondaria», [come l'ASST Valcamonica nella controversia di cui al procedimento principale] *abbia partecipato alla firma dell'accordo quadro per poter stipulare un accordo successivo. È sufficiente che una tale amministrazione aggiudicatrice figuri tra i beneficiari potenziali di tale accordo quadro sin dalla data della sua conclusione, essendo chiaramente individuata nei documenti di gara mediante una menzione esplicita che valga a far conoscere tale possibilità tanto all'amministrazione aggiudicatrice «secondaria» stessa quanto a ogni operatore interessato. Tale indicazione può figurare tuttavia nell'accordo quadro stesso o in un altro documento, come una clausola di estensione nel capitolato d'oneri, purché i requisiti di pubblicità e di certezza del diritto e, pertanto, di trasparenza siano rispettati*".

In definitiva, quindi, è possibile aderire successivamente ad un accordo quadro bandito da un'altra amministrazione a condizione che la clausola di estensione prevista nei documenti di gara sia chiaramente determinata sia sotto l'aspetto soggettivo, e quindi indichi in modo specifico e tassativo gli enti che se ne potranno avvalere, sia sotto l'aspetto oggettivo, nel senso di prevedere la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste all'atto della conclusione degli accordi successivi.

Nel caso di cui trattasi, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa del Consorzio Nexus, le condizioni fissate dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria non sono affatto assolte dalla semplice enunciazione, riportata al punto 21, a pagina 31 del capitolato tecnico, che: "*Il concessionario è tenuto a prestare pari servizi ed alle medesime condizioni nei confronti di soggetti terzi (pubblici o privati) che ne facciano richiesta ...*", dato che né in tale documento né in altri atti di gara è in alcun modo circoscritto il novero delle amministrazioni che potranno beneficiare dei servizi in questione per estensione del contratto originario né è determinato un plafond di spesa al cui esaurimento l'accordo quadro cessa di avere effetto.

Considerato quanto sopra, non si ritiene accoglibile la controdeduzione del Consorzio Stabile Nexus con cui si vuole affermare, nel caso di specie, la legittimità del meccanismo di espansione del contratto tramite adesione postuma all'accordo consortile, pur in assenza delle condizioni sopra richiamate. Ciò in disparte ogni valutazione di ordine più generale circa i presupposti di idoneità di una aggregazione di comuni ad operare come centrale di committenza (tema per il quale si rinvia a quanto esaustivamente compendiato nella delibera dell'Autorità n. 1144 del 5.12.2018).

In definitiva, quindi, rispetto alla tematica della territorialità della centrale di committenza sottoposta al sindacato della Corte di Giustizia Europea appaiono preminenti ed assorbenti le esigenze di certezza del diritto, di trasparenza e parità di trattamento nell'ambito della procedura

di gara presidiate dalle regole anzidette. Pertanto si ritiene che sul procedimento in esame possa essere confermato l'orientamento già espresso dagli uffici dell'ANAC seppur in pendenza del richiamato pronunciamento della CGE, che non potrà comunque caducare i più estesi rilievi dall'Autorità sull'impianto complessivo dell'operazione.

2 - Indeterminatezza della prestazione prevista dal bando – riflessi sulla regolarità della gara.

Dall'esame della documentazione acquisita emerge quindi che : a) non erano determinate né determinabili le pubbliche amministrazioni che avrebbero potuto richiedere le prestazioni oggetto del contratto, neppure facendo riferimento ad un preciso contesto territoriale (potenzialmente potrebbe trattarsi di tutte le amministrazioni presenti sul territorio nazionale); b) l'importo dell'appalto era stimato in soli Euro 778.689,00 (IVA esclusa), pari al mero corrispettivo per le prestazioni di servizi e forniture da effettuare in favore del C.S.T., senza considerare, invece, il valore economico complessivo di tutte quelle potenzialmente scaturenti dal contratto (*servizi nei confronti di soggetti terzi*).

Constatata la non conformità alle norme vigenti di un "contratto aperto" nei termini sopra tratteggiati, estensibile ai nuovi aderenti all'accordo senza limiti territoriali o d'importo, l'Ufficio ha eccepito, in linea con quanto ritenuto dalla Corte dei Conti, che l'indeterminatezza dell'oggetto e dell'esatto valore economico del contratto potrebbe aver pregiudicato il regolare confronto concorrenziale, rendendo incerta e gravosa la formulazione delle offerte da parte di altri operatori economici eventualmente interessati; e potrebbero aver condotto a sottostimare i requisiti speciali di partecipazione e gli importi cauzionali.

Sotto il medesimo profilo rileva, poi, l'indeterminatezza relativa alle prestazioni previste dal contratto in via opzionale. Come evidenziato dalla Corte dei Conti, in tutto il regolamento di gara, il valore economico dell'attività di riscossione tributi e degli altri servizi aggiuntivi, indicati nel capitolato come "potenziali", in quanto ad adesione facoltativa da parte dei Comuni committenti, non era chiaramente definito e non era oggetto di valutazione ai fini dell'importo da porre a base della procedura di evidenza pubblica. Ciò risulta in contrasto con l'art. 29, comma 1, del dlg 163/2006, concernente il Codice dei Contratti pubblici applicabile *ratione temporis* (cfr., per un caso del tutto analogo, ANAC delibera n. 64 del 26/08/2015), e con i generali principi di trasparenza e pubblicità declinati all'art. 2 comma 1 della stessa norma.

Circa l'interpretazione da darsi al predetto art. 29 nel caso di concessioni di servizi, l'Autorità di vigilanza ha più volte affermato il principio per cui nel calcolare il valore della concessione, la stazione appaltante deve considerare la totalità dei introiti provenienti dalla gestione economica del servizio (A.V.C.P. delibera 12 marzo 2010, n. 13; id. 1 agosto 2012, n. 75; parere precontenzioso 26 novembre 2014, n. 96). Tale lettura è coerente con l'art. 8 comma 2 della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 (poi recepito nell'art. 165 comma 2 del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - non applicabile *ratione temporis*) in base alla quale il valore della concessione coincide con il *"fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto"* (cfr. TAR Umbria, sez. I, sent. n. 653/2016, sull'applicabilità di tale principio già in vigenza del dlgs 163/2006).

Nel caso di specie, invece, (vd. art. 9 del Capitolato) l'unica componente della stima è la somma riconosciuta all'operatore economico a titolo di prezzo ex art. 30 co. 2 del dlgs 163/2006, di fatto coincidente con il corrispettivo delle attività contrattuali da svolgere in favore dei Comuni concedenti.

In merito a tali aspetti, non sono pervenute controdeduzioni da parte del Consorzio Stabile Nexus, con la conseguenza che possono intendersi per confermate le osservazioni contenute nella nota di definizione del procedimento.

Sotto diverso profilo, peraltro, non appaiono adeguate le controdeduzioni della stazione appaltante secondo cui la procedura adottata deriverebbe dalla composizione, ritenuta ammissibile, di una concessione di servizi e di un accordo quadro.

Nel caso di specie, infatti, si rinviene un'impropria declinazione della figura dell'accordo quadro, esteso ad amministrazioni diverse da quelle inizialmente parti dell'accordo stesso senza limiti territoriali o di spesa, ed una declinazione non conforme dell'istituto della concessione, mancante di una congrua predeterminazione dell'importo contrattuale e di una suma trasparente delle condizioni di equilibrio economico finanziario (come appresso meglio esplicitato). Infine, la commistione tra i due istituti non è affatto contemplata dalla normativa di riferimento, a causa delle inconciliabilità di alcuni caratteri loro propri, specie sotto il profilo della definizione dell'oggetto contrattuale. Talchè l'art. 59 del D.lgs. 163/2006, nel disciplinare la figura dell'accordo quadro, prevede che esso sia attuato mediante appalti e non contiene alcun riferimento alle concessioni di servizi.

3 - Incoerenze tra bando e capitolato

3.a. Altro elemento di incertezza nell'interpretazione del regolamento di gara è costituito dalle segnalate difformità tra il bando e il capitolato d'oneri riguardo all'oggetto contrattuale e ai requisiti di partecipazione, dato che il capitolato include nel contenuto del contratto anche la concessione, per la durata di anni 5, del servizio di riscossione tributi (comprendente attività di accertamento dei tributi locali, di riscossione ordinaria e di recupero coattivo dei crediti, nonché di gestione del contenzioso, a fronte della corresponsione di aggi), non prevista nel bando.

3.b. In merito alle eccezioni sollevate dall'esponente a tale riguardo, la stazione appaltante sostiene che non sussistono le asserite incoerenze negli atti di gara, in quanto il bando e il capitolato hanno contenuti tra di loro complementari e convergenti e giammai contrastanti. Difatti, si afferma, il contenuto del bando si intende integrato *per relationem* dal capitolato tecnico, anche per effetto degli espressi rinvii contenuti nel bando stesso. Ciò era, peraltro, desumibile dalle faq pubblicate in risposta ad un quesito pervenuto in gara, ove si precisava che le fonti della procedura di gara sono costituite unitariamente da bando, disciplinare e capitolato con gli eventuali allegati, e si indicava il codice CPV dei servizi di riscossione tributi, erroneamente non riportato nel bando.

Il CST sostiene quindi la tesi secondo cui le disposizioni del capitolato concernenti l'oggetto del contratto non sarebbero in contrasto con quelle del bando, ma ne costituirebbero una legittima integrazione, nell'ambito di una documentazione di gara che andava letta unitariamente, per effetto di taluni rinvii al capitolato contenuti nel bando.

Anche secondo il Consorzio Stabile Nexus non esiste nessuna difformità tra i due documenti, dal momento che il capitolato non fa altro che specificare e dettagliare i contenuti del bando. In particolare la voce "concessione del servizio di riscossione tributi più accessori" elencata all'art. 3 lett. E del capitolato costituirebbe, assieme ad altri 14 servizi *potenzialmente attivabili*[1],

[1] "attivazione protocollo Informatico;
- attivazione pec;
- attivazione firma digitale;
- attivazione cooperazione applicativa;

specificazione della categoria di servizi "assistenza, supporto operativo e specialistico piattaforma telematica e-government" di cui alla menzionata lettera E del bando di gara.

In altri termini "il bando riportava sinteticamente il servizio di assistenza e supporto alla piattaforma telematica e-government, laddove il capitolato meglio specificava quali servizi dovessero essere ricompresi nella summenzionata e sintetica dicitura".

La mancata indicazione del codice CPV dei servizi di riscossione nel bando di gara sarebbe il frutto di una mera dimenticanza a cui si è posto rimedio nelle FAQ, ove è stato ulteriormente chiarito il carattere integrativo delle previsioni capitolari.

A tali interpretazioni si oppone l'analisi letterale dei documenti di gara, da cui emergono incoerenze sostanziali aventi riflessi su una chiara definizione dell'oggetto del contratto, come il fatto che nel bando non solo mancasse, nell'elenco delle attività contrattuali, qualsiasi menzione dei servizi di riscossione previsti dal capitolato, ma mancasse anche l'indicazione del codice CPV relativo a detto servizio, a fronte di una precisa elencazione dei codici CPV delle altre attività componenti la prestazione; ovvero la circostanza che, nel capitolato d'oneri, per il servizio di riscossione erano indicati requisiti abilitanti specifici, diversi (fatturato globale) o ulteriori (iscrizione all'Albo, capitale sociale) rispetto a quelli elencati nel bando di gara per le prestazioni in esso previste[2].

Inoltre, in disparte dette incongruenze, già richiamate nella nota di definizione del procedimento, vale la sostanziale diversità delle prestazioni previste dal Capitolato. Si ritiene, infatti, che la concessione del servizio di riscossione tributi, con il trasferimento sull'assuntore di funzioni pubblicistiche, la responsabilità connessa al maneggio di denaro pubblico e la particolare modalità di retribuzione ad essa connaturata, sia attività del tutto peculiare e diversa da quella di mero supporto ad una piattaforma telematica, categoria alla quale invece sembrano pienamente ascrivibili tutte le altre attività elencate all'art. 3 lett. E del Capitolato (attivazione protocollo informatico; attivazione pec; attivazione firma digitale etc.).

Peraltro, la rispondenza della concessione del servizio di riscossione tributi con la finalità proclamata dal bando di mettere in campo azioni volte alla inclusione dei soggetti diversamente abili o che versano in situazioni di disagio andrebbe verificata attraverso l'esame delle soluzioni organizzative e tecnologiche concretamente adottate nella progettazione e implementazione del servizio.

Di regola, le differenze sostanziali tra i documenti di gara dovrebbero essere risolte in via ermeneutica applicando il principio giurisprudenziale della primazia del bando di gara (in ultimo, TAR Campania-Napoli, Sez. II, sentenza 2 ottobre 2017 n. 4587). Nel caso di specie, tuttavia,

---

- Attivazione software applicativo gestione Atti Amministrativi,
- Sperimentazione dei servizi,
- Valutazione e validazione software applicativo,
- Implementazione dei servizi di back office presso i Comuni,
- Aggiornamento della toponomastica di tutti i comuni del SIT regionale,
- Caricamento dei piani urbanistici di tutti i comuni del SIT regionale;
- Adeguamento back office presso i comuni;
- Attivazione autenticazione in rete dei cittadini;
- Attivazione servizi demografici on line al cittadino,
- Verifica e attivazione sistema INA/ SAIA presso i comuni,
- Concessione del servizio di riscossione tributi più accessori"

[2] Nel solo capitolato tecnico, a pagina 23, è riportata la seguente dicitura: "Ulteriori requisiti di ammissibilità sono appositamente previsti in relazione a ciascuna componente dei servizi attivati. Ciascuna Area ha propri requisiti di ammissibilità e propri requisiti premiali secondo le tabelle di seguito indicate nell'apposito allegato, in calce al presente documento, che costituisce parte integrante e sostanziale del presente bando".

non v'è dubbio che la volontà dell'Amministrazione sia quella riportata nel capitolato di gara e confermata nelle successive FAQ esplicative, fermo restando che le difformi previsioni del bando – come sostenuto dall'esponente – costituiscono un fattore di opacità del regolamento di gara suscettibile di incidere sulla partecipazione alla procedura.

Quanto all'indicazione del CPV del servizio di riscossione, riportata soltanto nelle FAQ pubblicate sul sito web della stazione appaltante, si ritiene che essa non valga a sopperire alle mancanze del regolamento di gara, integrandone per tale profilo sostanziale il contenuto. Difatti il giudice amministrativo ha più volte precisato che i chiarimenti autointerpretativi forniti dalla stazione appaltante nella fase di qualificazione delle ditte possono spiegare ed illustrare il contenuto prescrittivo di clausole del bando o del capitolato speciale cui il bando medesimo rinvii, ma con il limite di non assumere un ruolo innovativo della disciplina cristallizzata nel precedente atto di indizione della gara.

I chiarimenti non sono ammissibili "quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione (da ultimo ex multis Cons. St. Sez. III, n. 1993 del 20 aprile 2015; Sez. VI, n. 6154 del 15 dicembre 2014) (Consiglio di Stato, sez. III, 13.01.2016 n. 74).

Alla luce delle predette acquisizioni giurisprudenziali, quindi, si reputa che l'indicazione nelle FAQ di un CPV ulteriore rispetto all'elenco di CPV già cristallizzato nel bando costituisca una innovazione non ammissibile, specie laddove esso corrisponda ad una prestazione che non era affatto nominata nel bando di gara (ma solo nel capitolato tecnico).

Infine, nel regolamento di gara appare ambigua anche l'identità della stazione appaltante, individuata dal Capitolato nel Consorzio Intercomunale Tindari Nebrodi, in qualità di soggetto tecnico attuatore delegato" del Comune di S. Alessio Siculo capofila del CST Messenia, e dal bando nel CST Messenia stesso, essendo indicato il Consorzio Tindari Nebrodi come mero "punto di contatto".

Nel complesso, quindi, anche in merito a tale aspetto possono ritenersi confermate le conclusioni di cui alla nota n. 75744 del 13.09.2018.

4. Impropria qualificazione del contratto come concessione piuttosto che come appalto

4.a. In merito ai dubbi sollevati dalla magistratura erariale sulla natura concessoria del contratto in esame, si rammenta che la caratteristica distintiva della concessione consiste nell'effettiva esposizione del contraente ad un non marginale rischio operativo, inteso come la concreta possibilità che questi non riesca a recuperare gli investimenti effettuati o i costi sostenuti per la gestione. In altre parole, il concessionario deve accollarsi l'alea derivante dalle fluttuazioni del mercato sul lato della domanda o su quello dell'offerta (in relazione ai servizi di riscossione tributi degli Enti locali, cfr. Comunicato del Presidente del 22 dicembre 2015).

Nel caso di specie, a parte l'ambito della riscossione dei tributi, tutti gli altri servizi elencati nel capitolato di gara avevano carattere strumentale ed erano destinati a pubbliche amministrazioni. Il corrispettivo per il concessionario era quello liberamente offerto in gara dopo adeguata ponderazione, in modo da risultare certamente remunerativo. Per tali servizi, quindi, si può escludere che la concessione trasferisse il rischio operativo a carico del contraente.

Per quanto riguarda, invece, il servizio di riscossione tributi, nello stesso Comunicato presidenziale l'Autorità ha osservato che ordinariamente, per effetto della concorrenza di vari fattori peculiari (l'assenza di un prezzo al mercato, l'inelasticità della domanda all'aggio praticato, il carattere prevalentemente strumentale dell'attività prestata dall'agente della riscossione e l'entità ridotta di rischio sopportato), in tale tipologia di servizi è assente sia il rischio di domanda che di offerta, con la conseguenza che gli affidamenti in questione non sarebbero pienamente riconducibili nel tipico modulo concessorio.

Pur tuttavia in taluni casi, *"a seconda di come sia concretamente definito il rapporto contrattuale, possono gravare sull'operatore economico specifici rischi economici, che potrebbero condurre a ritenere sussistente la natura di concessione per tali servizi. E', ad esempio, il caso della riscossione coattiva, per la quale la natura e l'entità del rischio trasferito potrebbero comportare la possibilità che l'affidatario non riesca a recuperare, neppure nel caso di gestione virtuosa del servizio, gli oneri necessari per l'approntamento e l'affinamento di strumenti e procedure impegnativi, che obbligano l'operatore economico ad investimenti significativi in strumenti informatici e reperimento o formazione di figure professionali di alto profilo"*.

Nel caso di specie, assume rilevanza che gli aggi incamerati dal concessionario per le varie attività di riscossione sono così determinati:

Tipologia di servizi	Comuni fino a 10.000 ab.	Comuni oltre 10.000 ab.
Attività di gestione ordinaria	6,00%	5,50%
Attività di riscossione ordinaria	5,00%	4,50%
Attività di riscossione coattiva	14,50%	14,00%
Attività di accertamento dei tributi/entrate locali	28,00%	27,00%
Attività di gestione del contenzioso tributario	Tariffa forense – 18%	Tariffa forense – 18%
Studio di fattibilità realizzazione progetto	€ 2,00 per abitante	

valori rapportati all'ammontare lordo complessivamente riscosso a titolo di tassa/tariffa/imposta o altro titolo.

Alla luce di tali dati, a parte l'esiguità del rischio operativo a carico del Consorzio Nexus già sussunta nella richiamata analisi della Corte dei conti (*"vista la varietà ed eterogeneità delle prestazioni complessivamente erogate ed erogabili nel corso del quinquennio", a fronte di un corrispettivo economico, il rischio operativo d'impresa appare non reale e del tutto trascurabile"*), appare specialmente significativo che – stando alla documentazione visionata - non è stata effettuata dalla stazione appaltante una

---

[3] Come riportato a pag. 8 del Capitolato tecnico, la gara riguarda anche "l'affidamento in concessione della gestione, riscossione ed accertamento delle entrate tributarie e di tutte le restanti entrate extratributarie, comprese le sanzioni per infrazione al codice della strada, nonche' di nuovi tributi che dovessero intervenire e di tutte le entrate comunali inerenti rapporti di diritto pubblico. Resta inteso che la presente gara non costituisce obbligo a carico degli Enti Locali suddetti ma mera possibilità che si dovrà perfezionare con successivo atto di adesione che ciascun Ente potrà, se vorrà, fare in forma individuale.

L'offerta proposta dovrà prevedere la delega all'aggiudicatario concessionario di tutte le attività relative alla creazione ed all'aggiornamento della banca dati, alla liquidazione, all'accertamento ed alla riscossione delle partite evase e/o eluse, col recupero – anche coattivo - di tutti gli importi accertati e/o dovuti a qualsiasi titolo e non versati dai contribuenti oltre che la gestione ordinaria secondo la modalità dettagliatamente proposta in sede di partecipazione alla gara. Gli obiettivi che si dovranno raggiungere nello svolgimento dell'attività di cui sopra sono i seguenti:

- la realizzazione dell'Anagrafe Integrata Comunale, che raccoglie in un unico sistema informativo la gestione anagrafica degli utenti (persone fisiche residenti e non residenti, professionisti, imprese), la gestione delle unità immobiliari e degliulteriori oggetti imponibili, il sistema del Catasto;
- l'incremento della base imponibile, mediante l'accertamento di tutte le fattispecie di evasione totale e/o parziale;
- l'attivazione di canali informativi e di assistenza dedicati agli utenti del servizio, mediante strutture di call-center e contact center.

concreta analisi circa le condizioni di equilibrio economico finanziario della concessione e il trasferimento di un rischio operativo apprezzabile e non puramente nominale, anche nel valutare la congruità degli aggi riconosciuti al concessionario o dell'importo di 778.668 Euro pattuito come prezzo della concessione.

Sotto questo profilo appaiono incongruenti le giustificazioni addotte in sede di contraddittorio finale dal Consorzio Stabile Nexus. Quest'ultimo, invitato a controdedurre alle osservazione dell'Autorità, per dimostrare la natura concessoria della prestazione ha argomentato in merito a: 1) l'aleatorietà della domanda, rilevando che l'attivazione del contratto per il servizio di riscossione tributi "non costituisce obbligo a carico degli Enti locali suddetti ma mera possibilità, che si dovrà perfezionare con successivo atto di adesione" che ogni ente potrà fare in forma individuale, mentre il concessionario ha l'obbligo di prestare a terzi i servizi che gli vengono richiesti, alle medesime condizioni della gara; 2) l'onerosità dei costi da sostenere da parte dell'aggiudicatario per uffici, attrezzature, personale, utenze, commissioni (tra cui un importo del 5% degli incassi che il concessionario è contrattualmente tenuto a versare al concedente per i servizi di riscossione resi a terzi); senza tuttavia dare conto dei fondamenti economici della concessione, quali il calcolo del valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario o quanto meno, in assenza di investimenti significativi, un bilancio preventivo completo e coerente.

Allo scopo di smentire quanto rilevato dall'ANAC nella corrispondenza intercorsa, in ultimo Nexus richiama l'esistenza di un allegato al capitolato denominato "Bilancio preventivo approvato dai Comuni aderenti" assumendo che questo equivalga ad un piano economico finanziario: anche se in realtà si tratta di una mera analisi dei costi, non essendovi ricompresa alcuna quantificazione dei flussi in entrata. Tale documento inoltre pare relativo ai soli costi dei servizi di base messi a disposizione, senza oneri aggiuntivi, degli Enti aderenti al CST, complessivamente quantificati in euro 61.671,50 per anno di esercizio, senza contemplare l'apporto dei servizi aggiuntivi producenti reddito, come il servizio di riscossione tributi.

Poiché, come già rilevato in sede di definizione dell'istruttoria, anche l'importo del contratto e i requisiti di ammissibilità indicati nel bando erano riferiti al solo importo dei servizi di base rivolti ai Comuni aderenti al CST (e non di quelli opzionali rivolti a terzi, peraltro non quantificabili in virtù dell'indeterminatezza del loro perimetro) deve ritenersi che questi rappresentassero il nucleo costitutivo dell'oggetto contrattuale rispetto al quale andava verificata la sostenibilità dell'operazione per l'Amministrazione concedente e l'eventuale sussistenza di un rischio di gestione a carico del privato contraente.

Data l'erronea formulazione del bando di gara, pertanto, si ritiene irrilevante, ai fini della qualificazione giuridica del contratto, che per i restanti "servizi aggiuntivi" - ossia quelli da prestare in favore degli enti che ne facessero richiesta e che avrebbero poi autonomamente versato i relativi corrispettivi - fosse presente un rischio di domanda, legato alla numerosità delle adesioni, come sembrano obiettare il CST e il Consorzio Nexus nelle loro memorie.

Difatti eventuali prestazioni definibili "extra-contrattuali" poiché non considerate nell'importo a base d'asta né nel bilancio preventivo, non appaiono idonee a caratterizzare il contratto stesso come concessione piuttosto che come appalto.

5 - Carenza del requisito di iscrizione all'Albo professionale

5.a. In merito alla questione, sollevata da ambedue gli esponenti, della carenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti di abilitazione specifici prescritti per i servizi di accertamento e

riscossione tributi in base all'art. 53 del D.lgs. n. 446/97, l'Autorità prende atto che, come evidenziato nelle memorie di controdeduzioni, il Consorzio Stabile Nexus ha potuto dichiarare il possesso dei requisiti richiesti dal capitolato (capitale sociale di Euro 5.000.000 e iscrizione nell'Albo) grazie all'apporto dell'impresa consorziata Studi e Servizi alle Imprese srl, titolare di tali prerogative.

Tuttavia, il punto nodale consiste nel fatto che i requisiti previsti dal regolamento di gara e dichiarati dal Consorzio Nexus (iscrizione all'albo ex dlgs 446/97 e un capitale sociale interamente versato pari ad Euro 5.000.000,00) ai sensi dell'articolo 3 bis del DL 40/2010 abilitano a prestare il servizio di riscossione nei comuni con popolazione fino a 200.000 abitanti; mentre, in base ai documenti di gara (pag. 1 del Capitolato tecnico), il bacino complessivo di utenza dei servizi offerti era inizialmente stimato pari a 252.810 cittadini[1].

Rispetto a tale contestazione, il CST ha risposto, da un lato, che a valle dell'aggiudicazione non sono stati affidati al Consorzio Nexus servizi di riscossione tributi ma soltanto attività di supporto a tali servizi, che in quanto tali non richiedevano il possesso del requisito di iscrizione all'albo professionale; dall'altro, ha tenuto a precisare che il meccanismo che ha previsto le successive adesioni all'accordo (clausola di espansione) è irrilevante ai fini del dimensionamento del requisito, in quanto questo ai sensi dell'art. 3bis comma 1 lett. b) del DL 40/2010 non poteva che essere calibrato sulla situazione dei singoli comuni, autonomamente considerati, e non sul cumulo della popolazione di tutti i comuni aderenti.

In effetti, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, il requisito dell'iscrizione all'albo è necessario per le concessioni di funzioni amministrative che pongono in capo al concessionario il rapporto con il contribuente/debitore e tutto il rischio delle attività connesse al maneggio di denaro pubblico, mentre non riguarda i servizi di supporto che invece possono essere forniti da tutti gli operatori economici sulla base dei requisiti richiesti dai comuni ai sensi del codice dei contratti d.lgs. 50/2016.

In tal senso va richiamata la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., in particolare, Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1421), che ha chiarito che il requisito di cui agli artt. 52 e 53 d.lgs. n. 446 del 1997 (e la inerente garanzia di affidabilità patrimoniale che esso sottende), in tanto si giustifica, in quanto oggetto dell'affidamento sia il maneggio del denaro di pertinenza dell'ente pubblico che contraddistingue la posizione dell'agente (o concessionario) della riscossione delle entrate. La sentenza citata ha chiarito che, mancando l'attribuzione del maneggio del denaro pubblico, il requisito in questione non solo non è necessario, ma la sua eventuale previsione da parte del bando, risulterebbe illegittima, perché irragionevole e sproporzionata. (Consiglio di Stato 31 gennaio 2017, n. 380).

Tuttavia, per quanto si evince dalla documentazione di gara, il servizio oggetto del confronto concorrenziale rientrerebbe nella prima categoria, con conseguente obbligatorietà del possesso dei requisiti ex dlgs 446/97 per aggiudicarsi la concessione.

Peraltro, se anche fossero stati affidati di fatto dai Comuni aderenti solo i servizi di supporto alla riscossione, come sostenuto dal CST Messenia, in base al predetto orientamento giurisprudenziale il bando dovrebbe ritenersi illegittimo in quanto inutilmente restrittivo della concorrenza, per la richiesta di un requisito sovrabbondante.

Quanto alla dimensione del capitale sociale richiesto per l'abilitazione, l'art. 3bis comma 1 del DL 40/2010 recita testualmente: *"Per l'iscrizione all'albo dei soggetti abilitati ad effettuare attività di*

[1] Ciò peraltro al netto dell'incremento derivante dall'espansione dell'operatività del contratto.

accertamento dei tributi e quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni, di cui all'articolo 53, comma 1, del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, sono richieste le seguenti misure minime di capitale interamente versato:

a) 1 milione di euro per l'effettuazione, anche disgiuntamente, della attività nei comuni con popolazione fino a 10.000 abitanti, con un numero di comuni contemporaneamente gestiti che, in ogni caso, non superino complessivamente 100.000 abitanti;

b) 5 milioni di euro per l'effettuazione, anche disgiuntamente, delle attività di accertamento dei tributi e di quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate nei comuni con popolazione fino a 200.000 abitanti;

c) 10 milioni di euro per l'effettuazione, anche disgiuntamente, delle attività di accertamento dei tributi e di quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate nelle province e nei comuni con popolazione superiore a 200.000 abitanti."

Secondo il Consorzio Nexus, la mancanza della locuzione "contemporaneamente gestiti" nei capoversi sub b) e c) deve essere intrepretata nel senso che, per le soglie superiori di capitale, il requisito in parola va rapportato alla popolazione dei singoli comuni contraenti e non del loro complesso. Si sostiene, infatti, che il parametro della popolazione andrebbe considerato cumulativamente solo se il servizio fosse organizzato da tutti i comuni in modo unitario (ad esempio, delegando il CST alla riscossione per loro conto).

Tale interpretazione appare tuttavia irragionevole e in contrasto con il principio di proporzionalità che ispira la stessa norma, in quanto consentirebbe ad una impresa abilitata per un capitale di 5 milioni di euro di gestire contemporaneamente un numero indeterminato di comuni da 200.000 abitanti, mentre non potrebbe gestirne uno solo di 210.000 abitanti.

Peraltro, come riconosciuto dallo stesso Responsabile del procedimento, la procedura adottata è assimilata ad un accordo quadro, sistema nel quale, sebbene gli affidamenti con i vari soggetti coinvolti siano oggetto di una contrattazione attuativa, il calcolo e la verifica dei requisiti tecnici ed economici è calibrato sul valore massimo stimato al netto dell'IVA del complesso degli appalti previsti durante l'intera durata dell'accordo quadro, ai sensi dell'art. 29 comma 13 del dlgs 163/2006. Ciò posto, si ritiene che, anche in riferimento ai requisiti professionali, laddove la norma rapporta il requisito alla popolazione dei comuni serviti, la quantità da considerare nell'accordo quadro è quella relativa alla totalità dei comuni contraenti.

Pertanto si può concludere che, anche senza voler considerare la clausola di estensibilità del contratto ad amministrazioni diverse da quelle inizialmente aderenti al CST Messenia, la prescrizione nel bando – quale requisito di partecipazione - di una dimensione del capitale sociale pari a 5 milioni di Euro, corrispondente alla dotazione in possesso del Consorzio Stabile Nexus al momento della gara, non sarebbe conforme per difetto rispetto alle previsioni dell'art. 3 bis del DL 40/2010.

Infine, riguardo alla posizione di conflitto di interesse ravvisabile in capo al dott. Andrea Giuseppe Ceccio, la questione è stata rimessa all'unità organizzativa competente per materia e sarà oggetto di apposita istruttoria.

Alla luce di quanto sopra considerato,

il Consiglio

rileva che:

- l'estensione del contratto ad amministrazioni diverse da quelle che hanno indetto la gara, mediante lo strumento dell'adesione postuma in assenza dei presupposti enunciati dalla

giurisprudenza nazionale e comunitaria ha determinato l'indebita sottrazione all'evidenza pubblica dei relativi affidamenti, talora di importo superiore alla soglia comunitaria;

- l'impostazione, negli atti di gara, di un "contratto aperto", non tipizzato nel Codice dei contratti pubblici o in altre fonti normative, connotato da ampi margini di indeterminatezza sia dal punto di vista soggettivo della domanda – non essendo perimetrato l'ambito delle amministrazioni che possono aderire al contratto stesso – sia dal punto di vista oggettivo dei contenuti e del valore stimato della prestazione – in quanto sono previsti una serie di "servizi aggiuntivi", a carattere facoltativo, di cui non è valutata l'entità presuntiva né il corrispettivo massimo, in contrasto con l'art. 29 del dlgs 163/2006 – e lesivo del principio di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di cui all'art. 1346 cc. e degli ordinari canoni di trasparenza derivati dalla normativa nazionale e comunitaria sui contratti pubblici;

- le incoerenze sostanziali riscontrate nella documentazione di gara per quanto attiene alla definizione dell'oggetto contrattuale e dei requisiti di ammissione alla gara, modificati ed integrati nel capitolato d'oneri rispetto a quanto previsto nel bando di gara, configurano un ulteriore difetto di trasparenza che, insieme a quelli già richiamati, può aver influito sulla partecipazione alla procedura (tant'è che è pervenuta una sola offerta);

- al momento della presentazione della domanda di partecipazione il Consorzio Nexus non era in pieno possesso dei requisiti di abilitazione professionale prescritti dalla normativa di riferimento, con particolare riguardo al capitale sociale minimo richiesto per l'esercizio dell'attività di riscossione dei tributi locali;

- nel contratto posto in essere non vi è evidenza degli elementi distintivi della concessione di servizi (il trasferimento dei rischi di gestione sull'operatore economico, la stima della redditività del servizio e dell'equilibrio economico finanziario): elementi la cui assenza, secondo il giudice amministrativo (TAR Sardegna n. 213 del 10 marzo 2011), determina la nullità del contratto per illiceità della causa, come ricordato da quest'Autorità con Determinazione n. 10 del 23 settembre 2015.

Dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera:

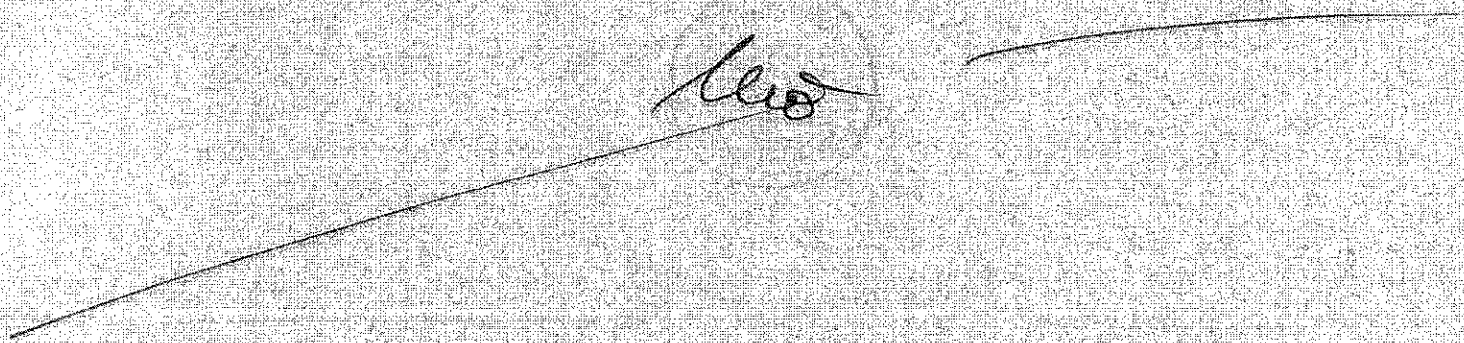
- al Sindaco, al Responsabile del Procedimento, al Responsabile della prevenzione della corruzione del Comune di S. Alessio Siculo, nella qualità di Ente capofila del CST Messenia, per l'adozione delle misure correttive ritenute idonee in base alla ponderazione degli interessi pubblici coinvolti;
- al Direttore Generale ed al Presidente del Consorzio Stabile Nexus;
- alla Procura della Corte dei Conti interessata, per gli aspetti di competenza;
- all'esponente.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 14 giugno 2019

Il Segretario Maria Esposito

Autorità Nazionale Anticorruzione
IL CONSIGLIO
Si dichiara che la presente copia, composta di
n. 2 fogli, è conforme all'originale.
Roma li 14/6/2019
Il Segretario



TEL: 0942/751036

PROT. N. 7400 DEL 12/10/18

Spett.le Consorzio Stabile Nexus Scarl
Sua Sede
Email Pec: consorziostabilenexus@pec.impresesiracusa.it

c.a. Presidente del CdA Dott. Alberto La Manna

OGGETTO: Comunicazione avvio procedimento, ai sensi degli artt. 7 e segg. Legge n. 241/90.

Premesso che:

- Con nota prot. n. 75744 del 13.09.2018, introitata al prot. del comune di Sant'Alessio Siculo in data 10.10.2018 prot. n. 7329, l'ANAC, relativamente alla gara a procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di attuazione/gestione del progetto:"Acquisizione di beni e servizi finalizzati all'*e-inclusion* e sviluppo di forme associative di servizi di *e-government* CST MESSENIA", che ad ogni buon fine si allega in copia,ha definito il procedimento rilevando alcune anomalie, come segnatamente appresso indicate:
  1. l'estensione del contratto ad amministrazioni diverse da quelle che hanno indetto la gara, mediante lo strumento dell'adesione postuma in assenza dei presupposti enunciati nel comunicato congiunto AGCM-ANAC del 21.12.2016, ha determinato l'indebita sottrazione all'evidenza pubblica dei relativi affidamenti, talora di importo superiore alla soglia comunitaria;
  2. l'impostazione, negli atti di gara, di un "contratto aperto", non tipizzato nel Codice dei contratti pubblici o in altre fonti normative, connotato da ampi margini di indeterminatezza sia dal punto di vista soggettivo della domanda – non essendo perimetrato l'ambito delle amministrazioni che possono aderire al contratto stesso – sia dal punto di vista oggettivo dei contenuti e del valore stimato della prestazione – in quanto sono previsti una serie di "servizi aggiuntivi", a carattere facoltativo, di cui non è valutata l'entità presuntiva né il corrispettivo massimo, in contrasto con l'art. 29 del d.lgs. 163/2006 – è lesivo del principio di determinatezza e

determinabilità dell'oggetto del contratto di cui all'art. 1346 c.c. e degli ordinari canoni di trasparenza derivati dalla normativa nazionale e comunitaria sui contratti pubblici;

3. le incoerenze sostanziali riscontrate nella documentazione di gara, in particolare per quanto attiene all'incompletezza del bando circa la definizione dell'oggetto contrattuale e dei requisiti di ammissione alla gara, rispetto alla volontà della SA meglio espressa nel capitolato d'oneri, configurano un ulteriore difetto di trasparenza che, insieme a quelli già richiamati, può vere influito sulla partecipazione alla procedura (tant'è che è pervenuta una sola offerta);

4. al momento della presentazione della domanda di partecipazione il Consorzio Nexus non era in pieno possesso dei requisiti di partecipazione previsti dal regolamento di gara, con particolare riguardo all'iscrizione all'Albo dei gestori di attività di riscossione e al capitale sociale richiesto per l'esercizio di tale attività; ciò in violazione della *par condicio* dei soggetti interessati a partecipare e dei canoni di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa;

5. nel contratto posto in essere sono assenti gli elementi distintivi della concessione di servizi (il trasferimento dei rischi di gestione sull'operatore economico, la stima della redditività del servizio e dell'equilibrio economico finanziario, il piano economico finanziario a corredo dell'offerta): condizione che, secondo il giudice amministrativo (TAR Sardegna n. 213 del 10 marzo 2011), determina la nullità del contratto per illiceità della causa, come ricordato dal quest'Autorità con Determinazione n. 10 del 23 settembre 2015;

- Che con la stessa nota l'Anac ha invitato la Stazione appaltante a comunicare, entro 30 giorni dalla data di ricevimento della stessa, le eventuali iniziative adottate per conformarsi alle indicazioni dell'Autorità, restando inteso che l'inosservanza del predetto termine può comportare l'avvio del procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 213 del D.lgs. 50/2016;
- Che è pertanto necessario procedere all'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 e ss della L.241/90 e s.m.i. volto all'adozione delle misure necessarie affinchè il CST Messenia si adegui alle indicazioni fornite dall'ANAC;

Con la presente, poiché il Consorzio Stabile Nexus è aggiudicatario-concessionario dei servizi della gara in oggetto, in qualità di rappresentante legale del Comune capofila del CST Messenia, si comunica che, ai sensi degli artt. 7 e segg. della Legge 241/90 e s.m. ed i., in data odierna è stato avviato il procedimento amministrativo volto all'adozione delle misure necessarie affinchè il CST Messenia si adegui alle indicazioni fornite dall'ANAC;

Al riguardo si informa che: · L'amministrazione competente è il Comune di Sant'Alessio siculo, nella persona del Sindaco, dott. Nunzio Giovanni Foti;

Il responsabile del procedimento è il Segretario comunale dell'Ente, dott.ssa Antonella Li Donni, , reperibile presso la

Casa Comunale, Via Consolare Valeria, 98030, Sant'Alessio Siculo;
Email segreteria@comunesantalessiosiculo.me.it;
Emai Pec: segreteria.comunesantalessiosiculo@dgpec.it;
Telefono : +39 0942 751036 - +39 0942 750916 Fax : +39 0942 756519.

Stante la particolare complessità del procedimento amministrativo esso dovrà concludersi, ai sensi della L.241/90, entro 90 giorni dalla data di avvio.

Tutti i soggetti interessati dal procedimento hanno la possibilità di prendere visione degli atti, con i limiti previsti dalla legge sul diritto di accesso, presso l'ufficio del Segretario comunale;

Tutti i soggetti, portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dall'attuazione del provvedimento, possono intervenire nel procedimento, presentare memorie scritte, documenti e osservazioni o chiedere di essere uditi in contraddittorio, entro 45 giorni dal 12.10.2018.

La presente comunicazione sarà posta in pubblicazione all'Albo Pretorio Comunale e vi rimarrà affissa per 45 giorni consecutivi a far tempo dal 12.10.2018;

Il Responsabile del procedimento

Dott.ssa Antonella Li Donni

CST Messenia

Sindaco del Comune Capo fila

Sant'Alessio Siculo

Dott. Nunzio Giovanni Foti

Allegati:

Nota Anac prot. N. 0075744 del 13.09.2018

Autorità Nazionale Anticorruzione

Autorità Nazionale Anticorruzione
Prot. Uscita del 13/09/2018
Numero: 0075744
Ufficio: SG - UVCS Ufficio Vigilanza Centrali di Committenza Concessioni di Servizi

Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi

Il Dirigente

Alla CST Messenia
c/o Ufficio Appalti Consorzio Tindari Nebrodi
c.a. dott. Falliano Tindaro
Pec: protocollo@pec.consorziotindarinebrodi.me.it

Alla ANACAP
Pec: certificata@pec.anacap.it

Fasc. 2993/2017 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto: Gara a procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di attuazione/gestione del progetto: "Acquisizione di beni e servizi finalizzati all'e-inclusion e sviluppo di forme associative di servizi di e-government: CST Messenia"

Nota di definizione del procedimento

Si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 5 settembre 2018, esaminata la relazione dello scrivente Ufficio sulla materia in oggetto, ha convenuto con le seguenti considerazioni e conclusioni.

Fatto

Il CST Messenia ha affidato, mediante procedura selettiva, la concessione di servizio pubblico relativa alla prestazione dei servizi di e-government per gli enti territoriali che lo compongono. La gara di livello comunitario è stata indetta mediante bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 17.12.2013 ed è stata aggiudicata al Consorzio Stabile Nexus scarl, unico partecipante, in data 19.12.2014.

Nel capitolato tecnico era inserita una clausola che obbligava il contraente scelto "a prestare pari servizi e alle medesime condizioni nei confronti di soggetti terzi (pubblici o privati) che ne facciano richiesta", clausola poi riprodotta nel contratto del 19 dicembre 2014.

Successivamente all'acquisizione della concessione da parte di Nexus, diversi Enti locali (stando alle segnalazioni pervenute: Comuni di Piazza Armerina, Avola, Caltagirone, Acate, Modica, Biancavilla, Piedimonte Etneo, Città Metropolitana di Catania) non ricadenti nell'area territoriale rappresentata dal CST Messenia, nonché il Libero Consorzio di Catania, hanno dato corso ad atti deliberativi, con ogni evidenza redatti su un comune schema, in cui si è approvato e recepito un "accordo fra pubbliche amministrazioni per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune" ai sensi dell'art. 15 della legge 241/90.

Le deliberazioni richiamavano espressamente lo svolgimento della predetta gara e il ruolo di concessionario del servizio rivestito da Nexus, con l'effetto di costituire i presupposti per l'instaurazione di un rapporto contrattuale tra tali Comuni e il Consorzio Nexus, in applicazione della clausola di estensione contrattuale inserita nel capitolato.
In merito alla concessione così congegnata sono pervenuti all'Autorità due segnalazioni, provenienti l'una dall'associazione di categoria ANACAP (prot. ANAC n. 64383 del 9.05.2017), e l'altra dalla Corte dei Conti, Sezione di Controllo per la Regione Siciliana (prot. ANAC n. 120154 del 24.10.2017).

Segnalazione ANACAP (Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate Enti Locali) del 2.05.2017

L'ANACAP, nella segnalazione indicata, ha evidenziato:

1. L'esistenza di significative incoerenze tra il bando e il capitolato rispetto alla definizione dell'oggetto della concessione, in quanto il capitolato estende arbitrariamente la prestazione oggetto di gara anche al servizio di accertamento e riscossione tributi, non contemplato nel bando; ciò costituirebbe un difetto di trasparenza suscettibile di restringere la partecipazione dei concorrenti. Peraltro, la correlata modifica dei requisiti di partecipazione operata dal capitolato porterebbe ad identificare l'attività relativa alla riscossione tributaria come quella senz'altro prevalente nell'economia del contratto, in difformità da quanto indicato nel bando di gara.
2. Il ricorso al meccanismo degli "accordi tra amministrazione" per stravolgere in fase esecutiva la portata originaria dell'aggiudicazione, estendendone l'efficacia nei confronti di altre Amministrazioni che all'atto della celebrazione della gara non partecipavano in alcun modo al CST Messenia né sono collegate alla realtà territoriale che esso assume di rappresentare; ciò in aperto contrasto con l'orientamento espresso da quest'Autorità con Deliberazione n. 32 del 30.04.2015. L'adesione all'accordo da parte di molte amministrazioni comunali mediante l'adozione di semplici atti deliberativi avrebbe l'effetto di eludere l'obbligo dell'evidenza pubblica, consentendo l'affidamento diretto dei servizi in questione ad un soggetto di natura privatistica, il Consorzio stabile NEXUS srl
3. Il Concessionario sarebbe altresì carente del requisito dell'iscrizione all'albo dei gestori dei servizi di accertamento e riscossione previsto dall'art. 53 del D.lgs. n. 446/97 in misura corrispondente all'entità dei comuni gestiti.

Chiarimenti forniti dal concedente CST Messenia con nota n. 391 del 28.09.2017

Secondo quanto riferito nel carteggio intercorso, il CST Messenia è un'aggregazione operativa di enti locali territoriali costituita in data 20.11.2010 da 55 Comuni della Provincia di Messina e dalla stessa Provincia Regionale di Messina, ai sensi dell'art. 24 della legge 142/1990 (oggi art. 30 del D.lgs.267/2000), recepito nella Regione Siciliana dall'art. 1 comma 1, lett. e) della legge regionale n. 48/1991. L'ente capofila è il Comune di S. Alessio Siculo.
La finalità delle strutture di aggregazione territoriale CST è quella di procedere da parte degli enti pubblici territoriali interessati allo svolgimento in collaborazione di funzioni di interesse comune, in particolare quelle dirette allo sviluppo del governo elettronico nel contesto locale siciliano.

Esse, infatti, nascono nell'ambito del progetto "Centro Servizi Territoriali" previsto dall'Accordo di Programma Quadro in materia di "Società dell'informazione nella Regione Siciliana" stipulato il 7 marzo 2005 tra la Regione Siciliana, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministero per l'Innovazione e le Tecnologie (MIT), il Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l'Innovazione Tecnologica e il DigitPA.

Quindi i CST mettono a disposizione servizi in forma aggregata, per condividere risorse umane tecnologiche e finanziarie e favorire il contenimento della spesa per le ICT, ottimizzando le risorse informative e tecnologiche ad esse connesse.

A tal fine, il CST può ricorrere anche all'utilizzo di risorse esterne, acquisendo queste ultime atttaverso l'espletamento di procedure di evidenza pubblica.

In base a quanto previsto dall'Avviso pubblico per la costituzione dei CST, per ciascuno di essi i servizi da espletare vengono suddivisi in due categorie: "servizi di base", messi a disposizione senza pagare, per tutti gli Enti territoriali aderenti al CST e "servizi aggiuntivi", da determinare sola a valle dell'analisi del fabbisogno specifico per ciascun ente, in funzione del budget disponibile.

Lo stesso Avviso indicava i servizi tributari tra quelli che possono essere oggetto dell'attività del CST.

Chiarito gli aspetti relativi alla natura e agli scopi dell'ente, nella memoria prodotta all'Autorità il CST illustra anzitutto le motivazioni che hanno indotto a qualificare il contratto in termini di concessione di servizi, ai sensi dell'art. 30 del dlgs 163/2006.

Al di là di un nucleo di attività che venivano comunque previste e remunerate nel rapporto tra CST e l'affidatario – si afferma – era previsto che per la generalità dei servizi di competenza del CST, l'affidatario si impegnasse allo svolgimento, alle condizioni dell'affidamento, in favore dei soli enti locali che ne facessero richiesta e che avrebbero poi autonomamente versato i relativi corrispettivi. L'affidamento atteneva a tale opportunità di contrarre, non ai contratti in quanto tali, e per tale opportunità – e per i pertinenti costi amministrativi – si richiedeva che l'offerta economica fosse per l'appunto relativa al canone di concessione offerto dal concorrente al CST.

Il Responsabile del procedimento aggiunge poi di ritenere che, per effetto delle integrazioni al bando apportate dal Capitolato tecnico, la gara avesse di fatto un oggetto misto, concernente da un lato una concessione di servizi dall'altro un accordo quadro ai sensi dell'art. 59 del D.lgs. 163/2006.

In merito alle eccezioni sollevate dall'esponente, la SA sostiene che non sussistono le asserite incoerenze negli atti di gara, in quanto il bando e il capitolato hanno contenuti tra di loro complementari e convergenti e giammai contrastanti. Difatti, si afferma, il contenuto del bando si intende integrato *per relazionem* dal capitolato tecnico, anche per effetto degli espressi rinvii contenuti nel bando stesso. Ciò era, peraltro, desumibile dalle faq pubblicate in risposta ad un quesito pervenuto in gara, ove si precisava che le fonti della procedura di gara sono costituite unitariamente da bando, disciplinare e capitolato con gli eventuali allegati, e si indicava il codice CPV dei servizi di riscossione tributi, erroneamente non riportato nel bando.

Quanto alle questioni sollevate circa l'adesione postuma all'accordo da parte di altre amministrazioni, il CST si autoqualifica come centrale di committenza ex art. 33 comma 3 bis del D.lgs. 163/2006. Ai sensi di tale norma nella versione introdotta dal DL 66/2014,

non vi sono restrizioni territoriali all'operatività di una centrale di committenza, la quale quindi, sostiene, non sarebbe limitata a fornire servizi ai soli enti locali fondatori.
Nel caso di specie - si afferma - l'affidamento in concessione attiene a servizi rivolti in prima istanza agli enti locali componenti il CST Messenia, vale a dire una forma tipica di cooperazione ed esercizio condiviso delle funzioni amministrative che per sua natura può procedere ad acquisti del genere. Su tale base, la disciplina di gara ha innestato la facoltà aggiuntiva per gli altri soggetti pubblici di avvalersi dei servizi del concessionario a parità di condizioni. Non si tratterebbe, dunque, di un esercizio permanente di attività di centralizzazione delle committenze bensì di un'aggregazione definita per oggetto e per rapporto per la quale non vi erano e non vi sono preclusioni particolari nell'ordinamento.
A detta del CST, anche il successivo accordo tra amministrazioni, fondato sull'art. 15 della legge 241/90 ed art. 30 del D.lgs. 267/2000 e avente ad oggetto lo svolgimento in forma collaborativa di molte attività, per legge non risentiva di limiti territoriali particolari, rientrando nella normale manifestazione di autonomia organizzativa degli enti coinvolti; né sarebbe ragionevole sollevare vincoli territoriali particolari all'adesione, tenuto conto della finalità dell'iniziativa, volta proprio al superamento, attraverso tecnologie evolute, della territorialità come limite alle funzioni amministrative.
Secondo la SA, quindi, la base giuridica degli accordi tra amministrazioni, la presenza nel bando di una clausola di estensione e la puntuale definizione del rapporto estensibile sarebbero aspetti che non consentono di ricondurre la fattispecie alla deliberazione ANAC n. 32/2015 e che escludono il ricorrere di divieti di principio alla soluzione adottata.
Sul punto relativo al possesso del requisito di cui all'art. 53 del D.lgs. n. 446/97, il CST ha risposto, da un lato, che a valle dell'aggiudicazione non sono stati affidati al Consorzio Nexus servizi di riscossione tributi ma soltanto attività di supporto a tali servizi, che in quanto tali non richiedevano il possesso del requisito di iscrizione all'albo professionale; dall'altro, ha tenuto a precisare che il meccanismo che ha previsto le successive adesioni all'accordo (clausola di espansione) è irrilevante ai fini del dimensionamento del requisito, in quanto questo, ai sensi dell'art. 3bis comma 1 lett. b) del DL 40/2010, non poteva che essere calibrato sulla situazione dei singoli comuni, autonomamente considerati, e non sul cumulo della popolazione di tutti i comuni aderenti.
Nulla però ha chiarito in merito al possesso, in misura totale o parziale, da parte dell'aggiudicatario del requisito richiesto dal bando né ha presentato documentazione a supporto.
Infine, per suffragare ulteriormente la legittimità della propria condotta, il CST riferisce che né i rappresentanti degli Enti locali con cui lo stesso ha sottoscritto accordi (Città Metropolitana di Catania, Comune di Caltagirone), né le amministrazioni chiamate ad esprimere parere tecnico preventivo o esercitare funzioni di controllo sugli atti (Regione Siciliana, Assessorato agli Enti Locali) hanno mai obiettato alcunché in merito alla regolarità della procedura adottata.
Ricorda, altresì, che la Regione Siciliana, la Città Metropolitana di Catania, il CST Messenia e il concessionario Consorzio Nexus scarl avevano già provveduto, prima di sottoscrivere alcun accordo di collaborazione, ex art. 15 della legge 241/90 e prima di procedere ad alcun acquisto in convenzione ex art. 59 del dlgs 163/200, ad inviare apposita istanza all'ANAC con richiesta di parere. In detta istanza si chiedeva anche di sottoscrivere convenzione

preventiva, presumibilmente ai sensi dell'art. 213 comma 3 lett. h) del dlgs 50/2016, al fine di poter evitare qualsiasi irregolarità di azione.

Segnalazione della Corte dei Conti, Sezione di Controllo per la Regione Siciliana del 11.10.2017

Nell'esercizio della funzione di controllo preventivo di legittimità sugli atti, la Corte dei Conti riscontrava profili di criticità in relazione ai seguenti aspetti:

1) La legittimità della clausola di estensione contrattuale inserita nel capitolato tecnico, che introduce elementi di incertezza circa l'oggetto del contratto e il suo valore economico. In particolare: a) non erano determinate né determinabili le pubbliche amministrazioni che avrebbero potuto richiedere le prestazioni oggetto del contratto, neppure facendo riferimento ad un preciso contesto territoriale (potenzialmente potrebbe trattarsi di tutte le amministrazioni presenti sul territorio nazionale); b) l'importo dell'appalto era stimato in soli Euro 778.689,00 (IVA esclusa), pari al mero corrispettivo per le prestazioni di servizi e forniture da effettuare in favore del C.S.T., senza considerare, invece, il valore economico complessivo di tutte quelle potenzialmente scaturenti dal contratto. L'indeterminatezza dell'oggetto e dell'esatto valore economico del contratto, verosimilmente, potrebbe aver pregiudicato il regolare confronto concorrenziale, per l'incertezza e la gravosità nella formulazione delle offerte da parte di altri operatori economici eventualmente interessati. Tali lacune potrebbero aver inficiato l'adeguatezza dei requisiti speciali di partecipazione e degli importi cauzionali.
2) L'inserimento nel capitolato tecnico, tra le prestazioni da affidare, di attività (il servizio di riscossione tributi) non chiaramente definite quanto al valore economico e non considerate ai fini dell'importo da porre a base della procedura di evidenza pubblica, che, parimenti, potrebbe aver comportato la richiesta di requisiti economico-finanziari non proporzionati al valore reale del contratto.
3) La carenza dei requisiti di idoneità professionale per la gestione delle attività di accertamento e riscossione tributi: iscrizione all'Albo dei soggetti abilitati cui all'art. 53 del D.lgs. n. 446/1997 e al D.M. Finanze n. 289/2000 e possesso di un capitale sociale di soli 10.000 Euro, a fronte di un capitale sociale minimo richiesto di 1.000.000 Euro (art. 3 bis del D.L. 40/2010). La giustificazione addotta dalla stazione appaltante secondo cui il servizio richiesto riguarda solo attività di supporto alla riscossione dei tributi, senza traslazione di funzioni dal soggetto pubblico a quello privato, secondo la C.d.C. non trova riscontro nei documenti di gara. Se anche fosse così, peraltro, il bando sarebbe illegittimo per richiesta di un requisito sovrabbondante (Consiglio di Stato 31 gennaio 2017, n. 380)
4) L'impropria qualificazione del contratto come concessione di servizi anziché appalto, dal momento che non si palesa dagli atti di gara alcuna assunzione di rischio operativo da parte dell'affidatario. Al riguardo, non pare convincente la tesi, propugnata in fase istruttoria dal Consorzio Intercomunale Tindari e Nebrodi, che il prezzo di vendita dei servizi erogati dal Consorzio Nexus consisterebbe in tariffe pubbliche, non libere. Difatti i servizi previsti dal bando sono tutti servizi a carattere strumentale destinati a pubbliche amministrazioni, per i quali la remunerazione è liberamente determinata dall'operatore economico al momento della presentazione dell'offerta, per cui è ragionevole presumere che essa fosse adeguata a coprire i costi e a conseguire un margine di utile, senza alcuna assunzione di rischio operativo. Per quanto riguarda il servizio di riscossione tributi previsto dal capitolato tecnico, invece, l'assunzione di un

rischio connesso al volume dei tributi accertati e riscossi non appare coerente con l'asserita natura di attività di mero supporto. E comunque, tenuto conto della varietà ed eterogeneità delle prestazioni erogabili nel corso del quinquennio a fronte di un corrispettivo economico (seppur diminuito dall'accollo delle quote associative), il rischio operativo d'impresa appare non reale e del tutto trascurabile. Inoltre, la circostanza che negli atti di gara non siano indicati alcuni elementi essenziali per la presentazione delle offerte, quali una stima del complessivo valore economico del contratto, la valutazione del rischio operativo d'impresa e dell'equilibrio economico-finanziario, può aver disincentivato i potenziali interessati dalla partecipazione alla procedura di evidenza pubblica.

5) L'esercizio abusivo, da parte del CST Messenia, della funzione di centrale di committenza per amministrazioni pubbliche diverse da quelle aderenti. Difatti l'attività di centralizzazione delle committenze non può essere svolta da un qualsivoglia soggetto pubblico o privato, richiedendo l'ordinamento un'apposita qualificazione e abilitazione *ex lege* o tramite preventiva valutazione dell'ANAC e successiva iscrizione nell'apposito elenco (determinazione ANAC n. 3/2015). Inoltre, stando all'Avviso pubblico per la promozione di proposte dei Centri di Servizi Territoriali, i CST non erano costituiti per soddisfare l'esigenza di beni e servizi di soggetti pubblici diversi da quelli nominativamente individuati, sicché l'attività di centralizzazione della domanda, per nome e per conto, di altri soggetti pubblici del tutto indeterminati sarebbe esercitata al di fuori del perimetro dei suoi fini istituzionali.
6) La posizione di conflitto di interesse ravvisabile in capo al dott. Andrea Giuseppe Ceccio, il quale, nominato dal Sindaco del Comune di S. Alessio Siculo delegato per le attività del CST quale dirigente esterno a contratto, nel corso dello svolgimento della gara per l'affidamento della concessione deteneva anche la carica di amministratore delegato del Consorzio Stabile Nexus Scarl.

Considerato in diritto

Le principali criticità attengono al tema di un soggetto esponenziale di enti pubblici che, per un singolo contratto, svolge funzioni di centralizzazione di committenza in favore di altre amministrazioni con richiamo all'art. 33 comma 3bis del dlgs 163/2006, utilizzando lo strumento dell'adesione all'accordo tra pubbliche amministrazioni previsto dall' art. 15 della l. 241/90 e dall'art. 30 del dlgs 267/2000; e segnatamente al fatto che, in seguito all'adesione postuma all'accordo tra amministrazioni, gli enti locali possono usufruire anche dell'accordo-quadro per la fornitura del servizio di riscossione tributi già sottoscritto dal CST a seguito della gara per l'affidamento in concessione dei servizi di e-government, attraverso semplice ordinativo diretto all'operatore economico risultato aggiudicatario.

In una fattispecie assimilabile alla presente (deliberazione n. 32 del 2015), l'Autorità si è già espressa sulla corretta interpretazione da attribuire all'art. 33 comma 3bis del Dlgs 163/2006, nella versione introdotta dal DL 66/2014, che riconosce il diritto dei piccoli comuni di adottare forme di aggregazione della funzione acquisti nell'ambito di Province, di Unioni di Comuni, o semplicemente mediante la stipula di accordi o convenzioni che rimandano all'art. 30 del Testo Unico degli Enti Locali dlgs 267/2000. Si è evidenziato, al riguardo, che nella norma citata, pur essendo stato eliminato il riferimento al "territorio di ciascuna provincia" la *ratio* resta quella di "centralizzare" attraverso forme di aggregazione in ambito territorialmente circoscritto e

definito. E' stata rimarcata, quindi, l'illegittimità di un sistema in cui il soggetto aggregatore, in assenza di una previsione normativa che lo preveda, offre i propri servizi di intermediazione negli acquisti a tutti i comuni dell'intero territorio nazionale, mediante l'adesione successiva all'accordo consortile: *"la stessa natura di enti territoriali dei comuni partecipanti all'iniziativa e la preesistenza di un sistema di centrali regionali imporrebbe che l'operatività delle stesse fosse limitata, comunque, al territorio dei comuni fondatori, oltre a doversi escludere - mediante espressa previsione statutaria - l'ammissibilità di nuove adesioni, senza limite territoriale"*.

Tali rilievi discendono da considerazioni di portata generale su impianti contrattuali operanti nei termini anzidetti, che prescindono dalla natura giuridica del soggetto aggregatore o da aspetti contingenti della formulazione del bando o del contratto. Tant'è che con successivo Comunicato del Presidente del 23 marzo 2016 avente ad oggetto "delibera ANAC n. 32 del 30 aprile 2015 sul "sistema Asmel società consortile a r.l." ed effetti della sentenza Tar Lazio, sez. III, n. 2339 del 22 febbraio 2016" è stato chiarito che: *"Un nuovo schema organizzativo che prevedesse ancora l'offerta di servizi di committenza senza limitazioni territoriali e a comuni non coinvolti direttamente nella costituzione del soggetto operativo, non sarebbe affatto in linea con l'atto generale adottato dall'Autorità"*.

E' evidente, pertanto, che non sono idonee a escludere l'applicabilità di tale atto generale al caso di specie, l'espresso richiamo negli atti di gara all'istituto di cui all'art. 15 della 241/90 o la previsione di una clausola di espansione nel capitolato tecnico[1]. Né vale invocare i contenuti dell'accordo-quadro, tenuto anche conto che, ai sensi dell'art. 59 comma 3) del dlgs 163/2006, gli appalti discendenti da un accordo-quadro possono essere aggiudicati soltanto tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro stesso.

In definitiva, secondo quest'Autorità, non risponde al dettato normativo uno schema che, comunque declinato, integri la fattispecie della cd. "adesione postuma", la situazione in cui una stazione appaltante affida un contratto senza confronto competitivo, solo aderendo agli esiti di una gara pubblica disposta da altra amministrazione; fattispecie stigmatizzata nel Comunicato congiunto AGCM – ANAC del 22.12.2016.

E' stato ivi chiarito che, perché siano ammissibili, le clausole di "estensione contrattuale" o di "adesione postuma" devono indicare in modo sufficientemente chiaro, determinato ed omogeneo: a) sotto il profilo soggettivo, la perimetrazione delle stazioni appaltanti che potranno eventualmente aderire; b) sotto il profilo oggettivo, il valore economico complessivo massimo delle eventuali adesioni ed estensioni consentite, ai fini sia del calcolo del valore stimato, sia della determinazione dei requisiti speciali e degli importi cauzionali prescritti.

In assenza delle predette condizioni, l'estensione del contratto, oltre ad arrecare un grave *vulnus* alla concorrenza per l'elusione della regola dell'evidenza pubblica, finisce per violare il principio di determinabilità dell'oggetto del contratto, stravolgendone sotto il profilo economico-qualitativo l'originaria previsione, nonché per modificarne sotto il profilo soggettivo le parti negoziali.

Rileva, peraltro, che al momento dell'adesione degli altri enti locali al contratto sottoscritto da CST con richiamo all'art. 33 co. 3 bis del codice, era già pienamente in vigore la disciplina istitutiva dell'Albo dei "soggetti aggregatori" (art. 9 co. 2 del DL 66/2014 e successivo DPCM di attuazione dell' 11.11.2014, pubblicato in GURI del 20.02.2015 n. 15), con la conseguenza che le funzione di centrale di committenza poteva essere svolta solo dai soggetti qualificati *ex lege* o previa valutazione dell' Autorità e iscrizione nell'apposito elenco. Si configura, quindi, un

[1] E' irrilevante che la succitata delibera dell'Autorità sia stata emanata dopo la pubblicazione del bando, l'aggiudicazione e la stipula del contratto in oggetto, data la valenza interpretativa di norme previgenti.

ulteriore motivo di illegittimità degli atti di adesione al contratto di concessione stipulato tra CST Messenia e Nexus.

Per quanto precede, constatata la non conformità alle norme vigenti di un "contratto aperto" nei termini sopra tratteggiati, non può che condividersi l'analisi della Corte dei Conti secondo cui nel caso in questione, l'indeterminatezza dell'oggetto e dell'esatto valore economico del contratto, verosimilmente, potrebbe aver pregiudicato il regolare confronto concorrenziale, per l'incertezza e la gravosità nella formulazione delle offerte da parte di altri operatori economici eventualmente interessati; e che tali lacune potrebbero aver inficiato l'adeguatezza dei requisiti speciali di partecipazione e degli importi cauzionali.

Sotto i medesimi profili rilevano altresì le segnalate difformità tra il bando e il capitolato d'oneri riguardo all'oggetto contrattuale e ai requisiti di partecipazione, dato che il capitolato include nel contenuto del contratto anche la concessione, per la durata di anni 5, del servizio di riscossione tributi (comprendente attività di accertamento dei tributi locali, di riscossione ordinaria e di recupero coattivo dei crediti, nonché di gestione del contenzioso, a fronte della corresponsione di aggi).

Non appare, difatti, condivisibile la tesi del CST secondo cui le disposizioni del capitolato concernenti l'oggetto del contratto non sarebbero in contrasto con quelle del bando, ma ne costituirebbero una legittima integrazione, nell'ambito di una documentazione di gara che andava letta unitariamente, per effetto di taluni rinvii al capitolato contenuti nel bando di gara.

A tale interpretazione si oppone l'analisi letterale dei documenti di gara, da cui emergono incoerenze sostanziali aventi riflessi su una chiara definizione dell'oggetto del contratto, come il fatto che nel bando di gara, non solo mancasse qualsiasi menzione, nell'elenco delle attività contrattuali, dei servizi di riscossione previsti dal capitolato, ma mancasse anche l'indicazione del codice CPV relativo a detto servizio, a fronte di una precisa elencazione dei codici CPV delle altre attività componenti la prestazione; ovvero il fatto che, nel capitolato d'oneri, per il servizio di riscossione erano indicati requisiti abilitanti specifici, diversi (fatturato globale) o ulteriori (iscrizione all'Albo, capitale sociale) rispetto a quelli elencati nel bando di gara per le prestazioni in esso previste.

Di regola, le differenze sostanziali tra i documenti di gara andrebbero risolte in via ermeneutica applicando il principio giurisprudenziale della primazia del bando di gara (in ultimo, TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 2 ottobre 2017 n. 4587). Nel caso di specie, tuttavia, non v'è dubbio che la volontà dell'Amministrazione sia quella riportata nel capitolato di gara e nelle successive FAQ esplicative, fermo restando che le difformi previsioni del bando – come sostenuto dall'esponente – costituiscono un fattore di opacità del regolamento di gara suscettibile di incidere sulla partecipazione alla procedura.

Va aggiunto, però, che il difetto di trasparenza non concerne esclusivamente le incompletezze del bando e le sue differenze dal capitolato. Come evidenziato dalla Corte dei Conti, in tutto il regolamento di gara, il valore economico dell'attività di riscossione tributi e degli altri servizi aggiuntivi, indicati nel capitolato come "potenziali", in quanto ad adesione facoltativa da parte dei Comuni committenti, non era chiaramente definito e non era oggetto di valutazione ai fini dell'importo da porre a base della procedura di evidenza pubblica. Ciò risulta in contrasto con l'art. 29, comma 1, del dlg 163/2006, concernente il Codice dei Contratti pubblici applicabile *ratione temporis* (cfr., per un caso del tutto analogo, ANAC delibera n. 64 del 26/08/2015).

Circa l'interpretazione da darsi al predetto art. 29 nel caso di concessioni di servizi, l'Autorità di vigilanza ha più volte affermato il principio per cui per il calcolo del valore della concessione, la

stazione appaltante deve considerare la totalità dei introiti provenienti dalla gestione economica del servizio (A.V.C.P. delibera 12 marzo 2010, n. 13; id. 1 agosto 2012, n. 75; parere precontenzioso 26 novembre 2014, n. 96). Tale lettura è coerente con l'art. 8 comma 2 della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 (poi recepito nell'art. 165 comma 2 del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - non applicabile *ratione temporis*) in base alla quale il valore della concessione coincide con il *"fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto"* (cfr. TAR Umbria, sez. I, sent. n. 653/2016, sull'applicabilità di tale principio già in vigenza del dlgs 163/2006).

Nel caso di specie, invece, (vd. art. 9 del Capitolato) l'unica componente della stima è la somma riconosciuta all'operatore economico a titolo di prezzo ex art. 30 co. 2 del dlgs 163/2006, di fatto coincidente con il corrispettivo delle attività contrattuali da svolgere in favore dei Comuni concedenti. Non essendo prevista altra forma di remunerazione oltre quella proveniente, con carattere di costanza e certezza, dalle amministrazioni destinatarie del servizio e quindi in assenza di evidenti profili di rischio operativo a carico del privato (nonché di un piano economico-finanziario per la copertura dell'investimento ai sensi dell'art. 143 co. 7 del dlgs 163/2006) lo schema complessivo dell'operazione appare assimilabile all'appalto di servizi piuttosto che alla concessione, come correttamente rilevato dalla Corte dei conti e dalla stessa più estesamente argomentato.

Dal momento, poi, che l'importo del contratto e i requisiti di ammissibilità indicati nel bando erano riferiti al solo importo dei "servizi di base", vale a dire i servizi "certi" messi a disposizione, senza oneri aggiuntivi, per tutti gli Enti aderenti al CST, questi rappresentavano il nucleo costitutivo dell'oggetto contrattuale rispetto al quale andava verificato l'equilibrio economico-finanziario della concessione. Sicché appare irrilevante, ai fini della qualificazione giuridica del contratto, che per i restanti "servizi aggiuntivi"- ossia quelli da prestare in favore dei soli enti che ne facessero richiesta e che avrebbero poi autonomamente versato i relativi corrispettivi - fosse presente un rischio di domanda, legato alla numerosità delle adesioni, come sembra obiettare il CST nella sua memoria.

In merito alla questione, sollevata da ambedue gli esponenti, della carenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti di abilitazione specifici previsti dal capitolato per i servizi di accertamento e riscossione tributi, occorre preliminarmente osservare che i requisiti prescritti (iscrizione all'albo ex dlgs 446/97 e un capitale sociale interamente versato pari ad Euro 5.000.000,00) ai sensi dell'articolo 3 bis del DL 40/2010 abilitano a prestare il servizio di riscossione nei comuni con popolazione fino a 200.000 abitanti; mentre, in base al capitolato, il bacino complessivo di utenza dei servizi offerti era stimato pari a 252.810 cittadini.

Si rileva, poi, che il CST Messenia, interpellato sulla questione, non ha fornito alcuna prova che l'aggiudicatario, al momento della candidatura alla gara, fosse in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*. Peraltro, dalle verifiche effettuate dalla Corte dei Conti, risulta che il Consorzio Stabile Nexus Scarl non fosse iscritto all'Albo dei gestori ed avesse un capitale sociale di soli 10.000 euro.

Alla luce di tali dati e dell'inequivoca formulazione del capitolato speciale, risultano quindi prive di rilievo le giustificazioni della SA secondo cui il servizio richiesto in realtà non necessitasse di quei requisiti perché riguardava solo attività di supporto alla riscossione dei tributi, senza traslazione di funzioni dal soggetto pubblico a quello privato (circostanza, invero, non riscontrabile in alcuno degli atti di gara); e che il possesso del requisito di cui all'art. 3 bis, comma 1 lett. b) del DL 40/2010 andrebbe valutato in relazione alla popolazione di ciascun comune servito e non cumultativamente.

Al di là delle possibili conseguenze sulla qualità e completezza della prestazione in caso di mancanza dei requisiti dell'esecutore, resta il fatto che l'aggiudicazione in favore di un soggetto carente dei requisiti richiesti dal bando costituisce violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti, effettivi e potenziali.

In sintesi, in base all'analisi dei documenti acquisiti, si ritiene che:

- l'estensione del contratto ad amministrazioni diverse da quelle che hanno indetto la gara, mediante lo strumento dell'adesione postuma in assenza dei presupposti enunciati nel Comunicato congiunto AGCM-ANAC del 21.12.2016, ha determinato l'indebita sottrazione all'evidenza pubblica dei relativi affidamenti, talora di importo superiore alla soglia comunitaria ;

- l'impostazione, negli atti di gara, di un "contratto aperto", non tipizzato nel Codice dei contratti pubblici o in altre fonti normative, connotato da ampi margini di indeterminatezza sia dal punto di vista soggettivo della domanda – non essendo perimetrato l'ambito delle amministrazioni che possono aderire al contratto stesso – sia dal punto di vista oggettivo dei contenuti e del valore stimato della prestazione – in quanto sono previsti una serie di "servizi aggiuntivi", a carattere facoltativo, di cui non è valutata l'entità presuntiva nè il corrispettivo massimo, in contrasto con l'art. 29 del dlgs 163/2006 – è lesivo del principio di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di cui all'art. 1346 cc. e degli ordinari canoni di trasparenza derivati dalla normativa nazionale e comunitaria sui contratti pubblici;

- le incoerenze sostanziali riscontrate nella documentazione di gara, in particolare per quanto attiene all'incompletezza del bando circa la definizione dell'oggetto contrattuale e dei requisiti di ammissione alla gara, rispetto alla volontà della SA meglio espressa nel capitolato d'oneri, configurano un ulteriore difetto di trasparenza che, insieme a quelli già richiamati, può aver influito sulla partecipazione alla procedura (tant'è che è pervenuta una sola offerta);

- al momento della presentazione della domanda di partecipazione il Consorzio Nexus non era in pieno possesso dei requisiti di partecipazione previsti dal regolamento di gara, con particolare riguardo all'iscrizione all'Albo dei gestori di attività di riscossione e al capitale sociale richiesto per l'esercizio di tale attività; ciò in violazione della *par condicio* dei soggetti interessati a partecipare e dei canoni di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa;

- nel contratto posto in essere sono assenti gli elementi distintivi della concessione di servizi (il trasferimento dei rischi di gestione sull'operatore economico, la stima della redditività del servizio e dell'equilibrio economico finanziario, il piano economico finanziario a corredo dell'offerta): condizione che, secondo il giudice amministrativo (TAR Sardegna n. 213 del 10 marzo 2011), determina la nullità del contratto per illiceità della causa, come ricordato da quest'Autorità con Determinazione n. 10 del 23 settembre 2015.

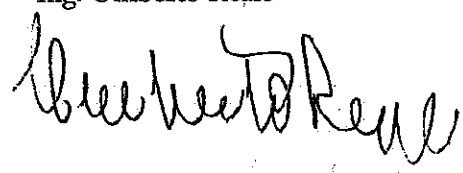
Ritenuto che le varie anomalie rilevate siano per lo più riconducibili a fattispecie in relazione alle quali possono essere applicati precedenti pronunciamenti di quest'Autorità nelle attività di vigilanza e di regolazione dei contratti pubblici, e per la parte restante siano sufficientemente chiare e documentate da non sollevare dubbi interpretativi, alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, il presente procedimento si intende definito ai sensi dell'art. 21 comma 1, lett. a) e b) del vigente Regolamento di vigilanza, con la presente nota dirigenziale.
Per quanto riguarda gli aspetti di cui al punto 6 della segnalazione della Corte dei Conti, (possibile conflitto d'interesse a carico del dott. Ceccio), la questione è stata rimessa all'Ufficio competente per materia.

Si chiede alla Stazione appaltante di comunicare, entro 30 giorni dalla data di ricevimento della presente, le eventuali iniziative adottate per conformarsi alle indicazioni dell'Autorità; restando inteso che l'inosservanza del suddetto termine può comportare l'avvio del procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 213 del dlgs 50/2016.

Si fa presente, infine, che in merito alle suesposte conclusioni, codesta Stazione appaltante può presentare richiesta di riesame ed essere ascoltata in audizione, in accoglimento della richiesta trasmessa dall'avv. Tedeschini in data 13.06.2018.

Ing. Umberto Reale

G.G.



Oggetto: CONSEGNA: COMUNICAZIONE AVVIO PROCEDIMENTO AI SESNI DEGLI ARTT.7 E SEGG. LEGGE N. 241/90
Mittente: posta-certificata@pec.aruba.it
Data: 12/10/2018 11.42
A: segreteria.comunesantalessiosiculo@dgpec.it

Ricevuta di avvenuta consegna

Il giorno 12/10/2018 alle ore 11:42:23 (+0200) il messaggio
"COMUNICAZIONE AVVIO PROCEDIMENTO AI SESNI DEGLI ARTT.7 E SEGG. LEGGE N. 241/90"
proveniente da "segreteria.comunesantalessiosiculo@dgpec.it"
ed indirizzato a "consorziostabilenexus@pec.impresesiracusa.it"
è stato consegnato nella casella di destinazione.
Identificativo messaggio: opec288.20181012114222.14379.03.1.87@pec.aruba.it

postacert.eml

Oggetto: COMUNICAZIONE AVVIO PROCEDIMENTO AI SESNI DEGLI ARTT.7 E SEGG. LEGGE N. 241/90
Mittente: Segreteria Comune Sant Alessio Siculo
<segreteria.comunesantalessiosiculo@dgpec.it>
Data: 12/10/2018 11.42
A: consorziostabilenexus@pec.impresesiracusa.it

In allegato si trasmette quanto in oggetto.

Distinti saluti

L'ufficio di segreteria.

Allegati:

daticert.xml	978 bytes
postacert.eml	1,5 MB
CST.pdf	1,1 MB