



Delibera n. 466/2024

Adunanza del 23 ottobre 2024

Fascicolo 3459/2024

(da citare nel riscontro)

Oggetto

Comune di Calvizzano – Procedura telematica per l'appalto di lavori di riqualificazione e miglioramento del decoro urbano delle strade comunali e dei marciapiedi di via Conte Mirabelli, via Pietro Nenni, via Ritiro e Piazza Umberto I - CIG B00012EADB - Asmel Consortile scarl

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36;

Visto il "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici*", approvato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023;

Viste le richieste istruttorie dell'Autorità e i relativi riscontri forniti da Asmel Consortile scarl e dal comune di Calvizzano;

Vista la comunicazione di avvio del procedimento prot. U ANAC 93048 del 06.08.2024, nonché i riscontri forniti in data 04.09.2024 da Asmel Consortile scarl e in data 5.9.2024 dal comune di Calvizzano;

CONSIDERATO IN FATTO

Nell'ambito dell'esercizio dei poteri di vigilanza dell'Autorità, è stata oggetto di controllo la procedura di gara in oggetto, indetta da Asmel Consortile scarl a beneficio del comune di Calvizzano, estratta a seguito di consultazione della BDNCP.

In particolare, l'affidamento in esame riguarda i lavori di riqualificazione e miglioramento del decoro urbano delle strade comunali e dei marciapiedi di via Conte Mirabelli, via Pietro Nenni, via Ritiro e Piazza Umberto I, per un importo complessivo di € 2.018.158,55, il cui bando di gara è stato pubblicato in data 8.01.2024 e la relativa documentazione è stata resa disponibile su piattaforma digitale¹.

¹ <https://piattaforma.asmecomm.it/gare/dettaglio.php?codice=18589>



Con nota prot. U. ANAC 85990 del 19.07.2024, è stata formulata una richiesta istruttoria ai sensi dell'art. 222, co. 13 del d.lgs. 36/2023 e dell'art. 14 del regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici, al fine di valutare la sussistenza dei presupposti per l'avvio di un procedimento di vigilanza.

Alla luce dei riscontri forniti con note prot. I. ANAC nn. 88117 del 25.07.2024 e 88880 del 26.7.2024, con nota prot. U ANAC 93048 del 06.08.2024 è stato avviato un procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 14 del regolamento di vigilanza ordinaria, contestando le seguenti criticità:

- 1) In via preliminare è stato evidenziato che, al tempo dell'avvio della procedura di gara in oggetto, il comune di Calvizzano, non qualificato, ha delegato ad Asmel Consortile scarl, allora iscritta nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate come centrale di committenza², lo svolgimento della procedura di gara in virtù dell'adesione del comune ad Asmel Associazione, la quale, a sua volta, ha messo a disposizione dei comuni associati i servizi di Asmel Consortile scarl, richiesti dal comune di Calvizzano giusta delibera di giunta comunale n. 83 del 27.10.2023.
- 2) Dall'esame complessivo della documentazione di gara acquisita agli atti è emerso come l'ente qualificato incaricato dello svolgimento della gara si sia limitato a nominare soltanto un responsabile di fase (RFA) e non anche un proprio responsabile unico del progetto (RUP).
- 3) Il RUP dell'affidamento è un tecnico, dipendente dell'ente comunale, nominato con Delibera di Consiglio n. 27 del 3.05.2023.
- 4) Asmel Consortile scarl ha redatto la documentazione di gara recependo integralmente le indicazioni dell'ente comunale.
- 5) Le operazioni di valutazione delle offerte si sono concluse in data 05.04.2024 e sono state svolte da un'Autorità Monocratica nominata dal RUP del comune non qualificato con determina n. 146 del 04.03.2024; la medesima Autorità di gara ha poi formulato la proposta di aggiudicazione.

Con prot. I. nn. 101275 del 4.9.2024 e 102070 del 5.9.2024, sia Asmel Consortile scarl che il comune di Calvizzano hanno presentato le proprie controdeduzioni.

Successivamente, come emerso da ulteriori controlli espletati sulla piattaforma digitale utilizzata per la pubblicazione dei documenti relativi alla gara, la procedura è stata aggiudicata in data 18.09.2024, con determina adottata in pari data dall'AD di Asmel Consortile Scarl, in favore dell'operatore economico VI.FRA Costruzioni srl. Nel medesimo provvedimento viene dato atto che la stazione appaltante delegata ha proceduto alla verifica del possesso dei requisiti di carattere generali e speciali dichiarati in sede di gara dall'aggiudicatario.

Circa tale ultimo profilo, nella comunicazione di avvio del procedimento, l'Autorità aveva contestato ad Asmel e alla stazione appaltante beneficiaria dell'intervento proprio la circostanza per cui la documentazione di gara prevedeva espressamente che il RUP nominato dal comune non qualificato

² Asmel Consortile scarl è stata poi cancellata dall'elenco delle stazioni appaltanti qualificate con Delibera ANAC 195 del 23.4.2024.



adottasse formalmente adottare il provvedimento di aggiudicazione, previo espletamento dei controlli di cui all'art. 17, comma 5, del Codice.

Le suddette criticità, evidenziate nella comunicazione di avvio del procedimento, tuttavia, non paiono superate neanche a seguito dei chiarimenti offerti in sede istruttoria e che vengono riportati nell'ambito dei seguenti paragrafi.

CONSIDERAZIONI IN DIRITTO

Anche in ragione delle eccezioni formulate, va preliminarmente chiarito il quadro normativo di riferimento.

Per un verso, l'art. 17 co. 1 d.lgs. 36/2023 prevede che prima dell'avvio del procedimento è adottata una decisione a contrarre recante gli elementi essenziali del contratto e della gara; tale provvedimento è di competenza dall'amministrazione beneficiaria, ancorchè non qualificata.

Per altro verso, l'art. 62, co. 1, 5 e 13, d.lgs. 36/2023 prevede che le procedure di gara superiori a certe soglie previste dalla legge siano svolte da soggetti qualificati, i quali assumono la responsabilità delle stesse; in tal senso, l'art. 1, co. 2, Allegato II.4 prevede che *"la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza attesta la loro capacità di gestire direttamente, secondo criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, di un servizio o di un lavoro e riguarda almeno uno dei seguenti ambiti: a) progettazione tecnico-amministrativa e affidamento delle procedure, (...)"* (cfr. anche Considerando 69 della Dir. 24/2014).

Il Legislatore, dunque, con l'introduzione del delineato sistema di necessaria qualificazione delle stazioni appaltanti, ha riservato a soggetti qualificati (centrali di committenza o stazioni appaltanti) lo svolgimento delle procedure di affidamento superiori a determinate soglie previste dalla legge, in ragione della maggiore complessità delle stesse e della maggiore competenza degli enti qualificati. Con la qualificazione delle stazioni appaltanti, infatti, si è inteso prevedere un sistema idoneo ad attestare le capacità di gestione delle attività che caratterizzano il processo di affidamento dei contratti pubblici.

Pertanto, i soggetti non qualificati sono tenuti a ricorrere necessariamente agli strumenti messi a disposizione da altre stazioni appaltanti qualificate, con la conseguenza che il soggetto qualificato deve assumere la responsabilità dell'intera fase di gara, per cui l'adozione di atti e i provvedimenti della fase di affidamento da parte della stazione appaltante non qualificata determina un'elusione del sistema di necessaria qualificazione.

Diversamente opinando - e ove dunque la responsabilità della legittimità dei criteri di selezione o degli elementi essenziali del contratto ricadesse sull'ente beneficiario delegante non qualificato -, sarebbe completamente stravolta *la ratio essendi* dell'innovazione introdotta dal sistema di



qualificazione necessaria delle stazioni appaltanti e cioè l'esigenza di garantire che le procedure di gara più complesse siano svolte da soggetti qualificati i quali, proprio in quanto tali, sono in grado di verificare la legittimità dei provvedimenti adottati, assumendosene la relativa responsabilità.

Deve quindi affermarsi che, fermo l'obbligo dell'adozione della decisione a contrarre da parte della stazione appaltante beneficiaria dell'intervento non qualificata, spetta al soggetto qualificato delegato la responsabilità della fase di gara e quindi del contenuto degli atti di gara e dello svolgimento dell'intera procedura fino al provvedimento di aggiudicazione dell'affidamento³.

Deve soggiungersi che, per evitare vuoti formalismi ed in ossequio alla descritta *ratio essendi*, l'intervento del soggetto qualificato non può limitarsi ad un mero recepimento di indicazioni altrui (soprattutto se provenienti da soggetti non qualificati, come invece avvenuto nel caso di specie), ma deve consistere nella sostanziale adozione dei provvedimenti caratterizzanti la procedura di gara, secondo i diversi moduli organizzativi previsti dalla legge (art. 62, co. 9 e ss., d.lgs. 36/2023), anche in ottica correttiva delle indicazioni fornite dal soggetto non qualificato (ove recanti criticità o illegittimità): solo tale assunzione di responsabilità, infatti, giustifica il coinvolgimento di un soggetto qualificato nello svolgimento di attività più complesse (come la fase di affidamento di una gara per importi superiori a quelli previsti dalla norma), nonché il pagamento del corrispettivo normalmente connesso a tale coinvolgimento.

1. Violazione dell'art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023: omessa nomina del responsabile del progetto da parte della stazione appaltante qualificata.

1.1) In sede di avvio del procedimento è stata contestata la violazione dell'art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023 – il quale dispone: "*Le centrali di committenza e le stazioni appaltanti che svolgono attività di committenza anche ausiliaria sono direttamente responsabili per le attività di centralizzazione della committenza svolte per conto di altre stazioni appaltanti o enti*

³ In tal senso, in riferimento al comma 9 dell'art. 37 d.lgs. 50/2016 (norma di contenuto identico al comma 13 dell'art. 62 d.lgs. 36/2023 in parola), il Consiglio di Stato ha recentemente precisato che "*La norma, dunque, fa gravare sulla centrale di committenza l'onere del rispetto dei principi e delle regole introdotte dal codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'errore sull'esclusione di un operatore economico dalla gara o sulla aggiudicazione della procedura non può che gravare sulla stessa centrale. La disposizione riprende il considerando n. 69 della direttiva n. 24 del 2014, secondo cui "Occorre inoltre stabilire regole per ripartire tra la centrale di committenza e le amministrazioni aggiudicatrici che ad essa fanno direttamente o indirettamente ricorso la responsabilità di vigilare sull'osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva. Nel caso in cui la responsabilità esclusiva per lo svolgimento delle procedure di appalto compete alla centrale di committenza, la stessa è anche esclusivamente e direttamente responsabile della legittimità delle procedure. Se un'amministrazione aggiudicatrice gestisce alcune parti della procedura, ad esempio la riapertura della gara nell'ambito di un accordo quadro o l'aggiudicazione dei singoli appalti basata su un sistema dinamico di acquisizione, la stessa amministrazione dovrebbe continuare ad essere responsabile per le fasi che gestisce". Nel caso all'esame del Collegio non è dubbio che la procedura di gara è stata svolta dal consorzio, che ha proceduto anche alla revoca dell'aggiudicazione (rispettivamente, determina 17 gennaio 2020, n. 14, e determina 17 febbraio 2020, n. 34), e che, quindi, è responsabile della stessa. L'onere risarcitorio non può, quindi, che gravare sul consorzio (fatti salvi i successivi rapporti con il Comune che dell'attività del consorzio ha beneficiato)" (Cons. St., III, 2544/2024).*



concedenti. Esse nominano un RUP, che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile del procedimento per le attività di propria pertinenza" – in quanto, nel caso in esame, Asmel Consortile scarl ha nominato solo un responsabile di fase e non anche, un proprio responsabile unico del progetto che invece avrebbe dovuto nominare, ex art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023 in qualità di soggetto qualificato delegato.

- 1.2) In sede istruttoria, Asmel Consortile scarl ha affermato innanzitutto di aver nominato, ai sensi del comma 13 dell'art. 62 del Codice, un "Responsabile della fase di affidamento" della Centrale di Committenza per evitare ambiguità nell'individuazione delle diverse responsabilità attribuitegli dal Codice rispetto a quelle del responsabile unico del progetto, per poi successivamente evidenziare che la nomina di un Responsabile Unico del Progetto, ai sensi dell'art. 15 del Codice, non può competere ad una Centrale di committenza, alla quale può essere delegato esclusivamente il solo sub-procedimento relativo alla fase di affidamento. Inoltre, sono evidenziate criticità relative alla interoperabilità tra le piattaforme digitali e le diverse banche dati che compongono l'ecosistema digitale dei contratti pubblici, ciò inducendo ad una serie di forzature del sistema, come l'acquisizione del CIG da parte del RUP dell'ente beneficiario.
- 1.3) In aggiunta, il comune di Calvizzano, richiamando il parere MIT n. 2499 del 21 giugno 2024, ha poi precisato che, in virtù del principio di prevalenza del dato sostanziale su quello formale, il RFA nominato da Asmel avrebbe in realtà espletato pienamente le funzioni di RUP del soggetto delegato, posto che alla stessa responsabile nominata da Asmel sarebbe stata affidata *"la gestione dell'intera procedura e pertanto è giocoforza sostenere che, al netto del nomen juris utilizzato, alla stessa siano stati implicitamente affidati i compiti del RUP, non ostando a ciò la diversa indicazione del nome della funzione affidata"*, anche considerato che nessuna forma di ingerenza si sarebbe verificata da parte del RUP nominato dal comune beneficiario.
- 1.4) Le eccezioni proposte dalle parti non sono condivisibili, in quanto, in caso di svolgimento della procedura di affidamento in favore di altro soggetto non qualificato, il comma 13 dell'art. 62 d.lgs. 36/2023 espressamente impone all'ente qualificato di nominare un proprio RUP (cfr. Delibera ANAC n. 255/2024, Parere MIT n. 2286/2023).
In proposito, come già evidenziato da codesta Autorità, per quanto la disposizione normativa possa generare dubbi interpretativi (soprattutto con riguardo ai compiti dei RUP e dei responsabili di fase), la stessa ha il fine ultimo di garantire che la procedura di gara sia gestita e presidiata da un soggetto dotato delle competenze richieste, e cioè dal RUP della stazione appaltante o della centrale di committenza qualificata, in coerenza con il principio del risultato introdotto nel nuovo codice.



Si ricorda, a tal fine, che il nuovo Codice innova la figura del RUP, diventando un responsabile unico "dell'intervento" complessivamente inteso; pertanto, in considerazione di quanto previsto all'art. 15 co. 9 e all'art. 62 co. 13 del d. lgs. n. 36/2023, nonché all'art. 9 co. 5 dell'Allegato I.2., le centrali di committenza e le stazioni appaltanti qualificate, che svolgono attività di committenza ausiliarie per conto di altri enti, nominano un RUP che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, così da garantire la gestione della procedura d'appalto in nome e per conto delle stazioni appaltanti non qualificate.

Ferma l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti beneficiarie possono nominare un responsabile per la fase di affidamento a cui demandare i compiti e le responsabilità della singola fase a cui è proposto.

Non appare accoglibile, pertanto, l'eccezione di Asmel Consortile scarl, secondo la quale, in antitesi rispetto a quanto controdedotto dal comune di Calvizzano, l'ente qualificato sarebbe tenuto solo alla nomina di un RFA, perché ciò consentirebbe all'ente non qualificato di svolgere esso stesso la procedura di gara, pur essendo sprovvisto della qualificazione richiesta ai sensi dell'art. 62 del d.lgs. 36/2023.

In tal senso, deve osservarsi che l'art. 6 dell'All. I.2 d.lgs. 36/2023 prevede che *"Il RUP, anche avvalendosi dei responsabili di fase nominati ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice, coordina il processo realizzativo dell'intervento pubblico nel rispetto dei tempi, dei costi preventivati, della qualità richiesta, della manutenzione programmata"*; inoltre, l'art. 15 co. 4 e gli artt. 7 e 8 dell'All. I.2 d.lgs. 36/2023 assegnano al RUP un ruolo di coordinamento delle altre figure coinvolte nel processo di approvvigionamento. Ed infatti, nella Relazione di accompagnamento al codice redatta dal Consiglio di Stato, si legge che *"In caso di nomina dei responsabili di fase, infatti, rimangono in capo al RUP gli obblighi – e le connesse responsabilità – di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo, mentre sono ripartiti in capo ai primi i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono preposti."* (p. 32).

Ove si ammettesse che la stazione appaltante non qualificata nomini un RUP e la stazione appaltante qualificata nomini invece un RFA, si giungerebbe all'assurdo che l'ente non qualificato sarebbe sottoposto al coordinamento e controllo di un soggetto incardinato in un ente non qualificato, sovvertendo uno dei cardini della riforma del codice del 2023.

- 1.5) Del pari, non sono condivisibili le eccezioni avanzate dal comune di Calvizzano, per le quali le funzioni di RUP della procedura sarebbero state svolte, nella sostanza, dal RFA nominato da Asmel, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato, anche considerato che il RUP nominato dal comune non avrebbe avuto in concreto nessuna forma di ingerenza rispetto all'operato del RFA. A tal proposito, ferme le ulteriori contestazioni meglio specificate nel paragrafo sub 2), l'istruttoria condotta sulla documentazione di gara ha posto in evidenza un impianto per effetto del quale gli elementi essenziali della procedura sono stati integralmente predeterminati dal RUP del comune beneficiario e che, contrariamente a quanto sostenuto



dal comune di Calvizzano, Asmel si è limitata a recepire le indicazioni fornite dal RUP del soggetto beneficiario. In proposito, sorgono pochi dubbi in relazione alla portata di alcune disposizioni contenute nella documentazione posta a base dell'affidamento:

- Alla pagina n. 4 del disciplinare, ad esempio, si legge che *"Il presente Disciplinare recepisce **integralmente** i requisiti e le prescrizioni **vincolanti** fornite dal RUP del Comune di Calvizzano"*;
- Alla pagina n. 4 della decisione di contrarre si specifica poi che i documenti di gara sono stati *"redatti dal Responsabile della Fase di Affidamento secondo le indicazioni del RUP della Stazione Appaltante in merito agli elementi essenziali del contratto, alla scelta della procedura e ai criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte"*.
- Addirittura, alla pagina n. 6, punto n. 8, del medesimo provvedimento è poi incontrovertibilmente determinato *"DI AUTORIZZARE la Centrale di Committenza Qualificata ASMEL Consortile S.c.a.r.l. all'indizione della procedura di evidenza pubblica per l'affidamento in oggetto **nel recepimento integrale** delle indicazioni fornite dal Responsabile Unico del Progetto di questo Ente mediante **specificata vincolante** "Scheda di dettaglio della procedura di affidamento"*

Il tutto, senza considerare le varie disposizioni in cui è chiaramente indicato che il RUP del comune beneficiario avrebbe dovuto provvedere all'aggiudicazione e all'espletamento dei controlli, oltre che alla nomina del seggio di gara (cfr. par. 2.4 e 2.5).

Pertanto, non può in assoluto sostenersi che, nel caso di specie, le funzioni di RUP siano state in realtà espletate in concreto dal RFA, posto che il comune beneficiario ha essenzialmente delineato tutte le fasi salienti della procedura di affidamento, impartendo al soggetto beneficiario prescrizioni definite "vincolanti" secondo lo stesso disciplinare.

Infine, risulta del tutto improprio anche il richiamo, effettuato dalla stazione appaltante beneficiaria, al parere MIT n. 2499 del 21 giugno 2024. In proposito, deve innanzitutto osservarsi che tale parere ribadisce l'obbligo di nomina di un doppio RUP e non di un RUP e di un responsabile di fase; in secondo luogo, riprendendo le disposizioni contenute nella Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023, il Supporto Giuridico del MIT chiarisce, con riferimento all'art. 15, comma 4, che *"in caso di nomina dei responsabili di fase, infatti, rimangono in capo al RUP gli obblighi – e le connesse responsabilità – di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo, mentre sono ripartiti in capo ai primi i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono preposti"*, proprio evidenziando che la nomina del RUP non assurge solo a nomina formale, posto che restano in capo a questi i poteri di supervisione e coordinamento dei singoli responsabili di fase.



2. Violazione dell'art. 62-63 e dell'art. 1 co.2 Allegato II.4 d.lgs. 36/2023: svolgimento della procedura di gara da parte di soggetto non qualificato.

2.1) In sede di avvio del procedimento è stata poi contestata la violazione dell'art. 62 co. 2 d.lgs. 36/2023, in quanto la gara in esame è stata in via di fatto condotta dal comune di Calvizzano (non qualificato), invece che da Asmel Consortile scarl.

L'ente comunale, non avendo il necessario livello di qualificazione, si è rivolto ad Asmel Consortile scarl affinché quest'ultima svolgesse la fase di affidamento per conto del primo (ex art. 62 co. 1-2 d.lgs. 36/2023). Pertanto, Asmel Consortile scarl avrebbe dovuto condurre l'intera fase di gara (ex art. 62 co. 5, 6 e 7, nonché art. 1 co.2 Allegato II.4 d.lgs. 36/2023) e quindi adottare tutti i relativi provvedimenti ed assumerne la relativa responsabilità, ex art. 62 co. 13 d.lgs. 36/2023.

Tuttavia, in sede istruttoria è emerso come alcuni atti e provvedimenti fondamentali e caratterizzanti la fase di gara siano stati adottati dall'ente comunale non qualificato; in particolare, il RUP (nominato dall'ente comunale non qualificato) ha sostanzialmente predeterminato, peraltro in maniera definitiva "vincolante" (cfr. par. 1.5), il contenuto del disciplinare di gara e stabilito tutti gli elementi propri della procedura - quali l'individuazione dei criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte - nonché nominato il seggio di gara.

Inoltre, il comune di Calvizzano si è prima associato ad Asmel Associazione, con delibera consiliare n. 55 del 12.11.2014, e successivamente, ha affidato l'incarico ad Asmel Consortile scarl, ratificandone, con delibera della giunta comunale n. 83 del 27.10.2023, il Regolamento operativo dei servizi offerti dalla stessa Asmel quale centrale di committenza.

Tuttavia, dall'esame delle previsioni contenute nel Regolamento, che dovrebbe regolare lo specifico rapporto e le reciproche competenze, non sembra che Asmel Consortile scarl abbia effettivamente assunto l'obbligo di svolgere la procedura di gara per conto del comune delegante non qualificato, fornendo piuttosto un mero supporto tecnico/legale con riguardo alla procedura affidata. Il regolamento operativo dei servizi resi da Asmel Consortile scarl, posto a base del rapporto tra l'ente comunale e la società, prevede che: *"per la preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante, Asmel Consortile, oltre a quanto sopra elencato, svolge anche le seguenti attività:*

gg) profilazione della S.A. come Centro di Costo di Asmel Consortile, nella gestione del CIG, dalla fase di Pubblicazione fino alla Proposta di Aggiudicazione

hh) redazione del bando e disciplinare nel rispetto delle indicazioni contenute nella determina a contrarre, ai sensi dell'art. 50 del Codice dei Contratti.

ii) verifica con il RUP in merito al pieno recepimento delle indicazioni fornite dalla S.A.

jj) trasmissione al RUP della SA dei verbali di Gara e della Proposta di Aggiudicazione formulati dalla Commissione di Gara.



Restano di esclusiva competenza della Stazione Appaltante tutti i provvedimenti che competono all'organo di amministrazione attiva, oltre ad ogni attività contrattuale conseguente all'aggiudicazione della procedura di gara." (pag. 4).

Quindi, anche esaminando le previsioni del citato regolamento emerge che Asmel Consortile scrl svolge mere funzioni di supporto, non assumendo alcuna attività di "gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata" (art. 3, co. 1, lett. z), n. 4 dell'Allegato I.1 del d.lgs. 36/2023).

- 2.2) Nella memoria presentata da Asmel Consortile scrl in data 04.09.2024, la società si è limitata ad affermare che il RFA nominato da Asmel Consortile scrl ha redatto la documentazione di gara, recependo tutte le informazioni contenute nei documenti progettuali e relativi capitolati, dell'ente beneficiario e che la stazione appaltante beneficiaria ha solo formalizzato la nomina dell'Autorità di gara mediante proprio provvedimento, considerato che il Codice non specifica quale sia il soggetto a cui compete la formalizzazione della nomina; in ogni caso, si è impegnata, in relazione alle altre procedure in corso pubblicate antecedentemente alla delibera ANAC n. 195/2024, a nominare con proprio provvedimento l'autorità di gara.
- 2.3) Con la propria memoria di controdeduzioni, invece, il comune di Calvizzano ha affermato che l'obbligo di espletamento della procedura di gara da parte di Asmel, in qualità di soggetto delegato, sarebbe stato contenuto in maniera perentoria nella determina n. 883/2023, per effetto della quale Asmel avrebbe assunto la paternità della procedura di affidamento indipendentemente dalle prescrizioni contenute nel citato regolamento operativo, a nulla rilevando, in proposito, la nomina del seggio di gara da parte del comune beneficiario.
- 2.4) Anche in seguito alle controdeduzioni fornite, le criticità contestate in sede di avvio del procedimento devono quindi ritenersi pienamente confermate. Richiamando il quadro normativo di riferimento sopra esposto, deve ribadirsi che l'ente qualificato delegato per la fase di gara debba adottare tutti gli atti e i provvedimenti caratterizzanti la stessa, assumendosene la relativa responsabilità: tra questi vanno certamente inclusi i documenti di gara, la nomina della commissione giudicatrice/autorità di gara e il provvedimento di aggiudicazione, in relazione ai quali l'ente qualificato dovrà assicurarne la legittimità, proprio in ragione della asserita maggiore competenza. Sicché, a titolo di esempio, dovrà verificare, in capo ai componenti della commissione giudicatrice e del seggio di gara, la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per la nomina, raccogliendo le relative dichiarazioni e svolgendo le eventuali verifiche. Diversamente, ove l'atto sia formalmente assunto dall'ente non qualificato, deve essere a quest'ultimo imputabile.

Nel caso in esame può, quindi, ritenersi integrata la violazione dell'art. 62 d.lgs. 36/2023, in quanto una parte significativa degli atti della fase di affidamento è stata adottata dall'ente comunale non qualificato e, in ogni caso, Asmel Consortile scrl non ha assunto l'obbligo giuridico di svolgere la fase di affidamento per conto dell'ente comunale, come emerso



all'esito dell'attività istruttoria condotta dall'Autorità e dall'esame del regolamento operativo di Asmel Consortile scarl.

Peraltro, la stessa Asmel, nella nota di controdeduzioni, ha affermato che la redazione della documentazione di gara è avvenuta recependo tutte le informazioni contenute nei documenti progettuali e relativi capitolati, nonché delle decisioni relative ai criteri di selezione degli operatori economici e di valutazione delle offerte. In altre parole, anche richiamando le prescrizioni contenute nel disciplinare di gara, di cui al punto 1.5) della presente Delibera, Asmel Consortile scarl non ha fornito alcun contributo sostanziale nella redazione della documentazione di gara e nello svolgimento della procedura di affidamento.

Pertanto, sulla base di quanto sopra rappresentato deve sostenersi che Asmel Consortile scarl abbia svolto la mera attività di consulenza e assistenza nelle procedure di appalto e di messa a disposizione della piattaforma, non anche la fase di affidamento per conto di altri soggetti non qualificati, non avendo adottato alcun provvedimento o atto caratterizzante la fase di affidamento.

- 2.5) Sul punto, le suddette criticità non possono ritenersi superate neppure tenuto conto della circostanza per cui il provvedimento di aggiudicazione sia stato effettivamente adottato dall'ente delegato, previo espletamento delle verifiche sui requisiti previste per legge. A tal riguardo si evidenzia innanzitutto che il medesimo provvedimento di aggiudicazione è stato adottato solo successivamente alla trasmissione della comunicazione di avvio del presente procedimento di vigilanza, contenente già puntuali contestazioni mosse al comune beneficiario e al soggetto delegato in relazione all'effettivo dominio della procedura di affidamento.

A tal riguardo non può infatti ignorarsi che l'intera documentazione di gara non lasci margini di opinabilità in relazione al soggetto competente ad adottare il provvedimento di aggiudicazione e ad espletare i controlli previsti per legge. Si richiamano in proposito le seguenti disposizioni:

- Pagina n. 23 del disciplinare di gara, in cui si prevede *"l'adozione della proposta di aggiudicazione da parte del competente Dirigente della Stazione Appaltante"*;
- Pagina n. 4 della decisione di contrarre n. 883/2023 (peraltro richiamata nelle controdeduzioni del comune), per cui si determina *"9. DI STABILIRE che questa Stazione Appaltante procederà all'aggiudicazione anche in caso di un'unica offerta valida e che l'amministrazione, riservandosi, in ogni caso, di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risultasse conveniente o idonea in relazione all'oggetto dell'appalto"*;
- Pagina n. 3 del verbale n. 5 adottato dall'Autorità di gara, in cui viene precisato che *"in prosieguo sarà adottata dal RUP, formale determinazione dirigenziale per l'aggiudicazione definitiva"* e che *"sarà cura del responsabile del procedimento"*



predisporre i controlli per la verifica dei possessi effettivo dei requisiti richiesti dalla lex specialis”.

Alla luce della documentazione riportata, non possono che confermarsi le criticità evidenziate in comunicazione di avvio del procedimento relative all’effettivo svolgimento della procedura di affidamento da parte dell’ente qualificato.

Tra l’altro, nella determina di aggiudicazione del 18 settembre 2024, Asmel approva i verbali di gara e rappresenta che *“con l’assunzione del presente provvedimento, conclusi gli adempimenti di competenza di questa Stazione Appaltante delegata”*, confermando essa stessa tutte le irregolari difformità precedentemente contenute nella documentazione di gara. Tra l’altro, ferma restando ogni possibile conseguenza in ordine all’adozione di provvedimenti disposti in difformità alle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara e nella decisione di contrarre, la condotta consistente nell’adozione del provvedimento di aggiudicazione da parte di Asmel - ancorché valutabile positivamente, specialmente se ripetuta nelle procedure in corso per le quali il medesimo ente svolge le funzioni di centrale di committenza qualificata - può essere considerata solo come un mero tentativo di riportare sui binari corretti la procedura di affidamento in oggetto, ed evitare così le ulteriori e definitive contestazioni da parte dell’Autorità.

- 2.6) Da ultimo, risultano del tutto improprie le controdeduzioni rese dal comune non qualificato, per le quali la decisione di contrarre n. 883 del 29 dicembre 2023 dimostrerebbe che l’intera procedura di affidamento è stata espletata esclusivamente da Asmel.

Sul punto, ci si limita ad affermare che, fermo tutto quanto sopra rappresentato, le controdeduzioni del comune risultano categoricamente smentite sia sulla base di quanto indicato al punto 1.5) della presente Delibera - riferito proprio ad una disposizione contenuta nella decisione di contrarre richiamata nelle controdeduzioni del comune, per la quale il medesimo RUP autorizza Asmel a *“recepire integralmente”* le indicazioni da lui fornite, tra l’altro mediante apposita e vincolante *“scheda di dettaglio della procedura di affidamento”* – sia in relazione al contenuto della determina del 8 gennaio 2024, adottata dall’A.D. di Asmel, per la quale *“per l’affidamento dei suddetti lavori il Comune di Calvizzano (NA) ha chiesto, con nota del 24/11/2023 prot. 797/2023, di avvalersi dei servizi di Questa Centrale, previa designazione di Responsabile della fase di affidamento (RFA), ai sensi del comma 4 dell’art. 15 del Codice dei contratti, a cui compete esclusivamente il compito di gestire e dare esecuzione al sub-procedimento amministrativo affidato alla Centrale, mentre resteranno ferme le competenze e le funzioni del Responsabile del Progetto nominato dalla stazione appaltante ai sensi dell’art. 15 dello stesso Codice”*.



3. Raccomandazioni dell'Autorità

Complessivamente valutate, le criticità emerse appaiono estremamente gravi, afferendo sia alla competenza dello svolgimento del procedimento di gara che alla sua concreta conduzione.

Tali criticità dovrebbero condurre all'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara, valutazione che è comunque rimessa al prudente apprezzamento discrezionale dell'amministrazione comunale, ai sensi dell'art. 21 octies L. 241/90.

L'Autorità, comunque, **raccomanda** di tenere conto, anche *pro futuro*, delle osservazioni rese nella presente Delibera e di provvedere ad un'applicazione rigorosa della disciplina codicistica.

Per tutto quanto esposto, il Consiglio dell'Autorità, ai sensi dell'art. 18 del "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici*", approvato con Delibera n. 270 del 20 giugno 2023

DELIBERA

che l'affidamento in oggetto è caratterizzato dalle criticità esposte ai par. 1 e 2 ed esprime le raccomandazioni di cui al par. 3.

Si invitano le parti a comunicare all'Autorità le eventuali determinazioni che intende assumere al riguardo, entro il termine di **30 giorni** dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Si avvisa che la reiterazione delle violazioni accertate nella presente delibera può dar luogo all'attivazione dei poteri di cui all'art. 220, co. 3, d.lgs. 36/2023, ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. j) del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Legittimazione straordinaria) - Del. n. 268 del 20.06.2023.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 ottobre 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente