

**IL DIRETTORE**

Prot. n. 291 /2020

Spett.le  
Comune di Petralia Sottana  
Corso Paolo Agliata, n. 50 – Petralia Sottana  
[utc.petraliasottana@pec.it](mailto:utc.petraliasottana@pec.it)

Alla c.a. del RUP  
Ing. Alessandro Sammataro

Palermo, 1 settembre 2020

**Oggetto: PROCEDURA APERTA PER AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE E RECUPERO DELLA ZONA QUARTIERE PUSTERNA**  
**CUP: F19J04000190005 – CIG: 8384320FBA**

Con riferimento alla procedura in oggetto, alcune imprese associate ci segnalano l'illegittimità della clausola al paragrafo VI.3 lettera n) del Bando di Gara (pag. 12), e dell'art. 12.4 del Disciplinare (Atto unilaterale d'obbligo) in forza della quale l'aggiudicatario *"si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza "Asmel Consortile S. c. a r.l.", prima della stipula del contratto, il corrispettivo dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara non escluse dal comma 2-bis dell'art.41 del D.lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite, una somma pari all'1% (uno per cento) oltre IVA, dell'importo complessivo posto a base di gara, corrispondente a € 12.020,41 oltre IVA"* e che tale obbligazione *"costituisce elemento essenziale dell'offerta"*. Viene, inoltre, ulteriormente evidenziato che *"l'obbligazione, essendo parte integrante dell'offerta economica, è da considerarsi elemento essenziale dell'offerta presentata e pertanto, in mancanza della stessa, l'offerta sarà considerata irregolare ai sensi dell'art. 59, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016"*.

**Tale clausola è, a nostro avviso, illegittima sotto diversi aspetti.**

In primo luogo considerare l'obbligo di corrispondere ad ASMEL Consortile la somma richiesta come *"elemento essenziale dell'offerta economica"*, comporterebbe che la mancata allegazione dell'atto unilaterale d'obbligo all'offerta economica, renderebbe irregolare quest'ultima, ai sensi dell'art. 59, comma 3, del Codice dei contratti pubblici. Tale offerta, quindi, sarebbe assoggettabile a soccorso istruttorio, in attivazione del quale, tuttavia, l'operatore sarebbe, comunque, tenuto a produrre l'anzidetto atto unilaterale. In mancanza, nei confronti del concorrente verrebbe disposta l'esclusione dalla gara. In tal modo, verrebbe surrettiziamente introdotta una causa di esclusione delle offerte non consentita dall'ordinamento, in virtù dell'evidente contrasto con il **principio della tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 83, co. 8°, d.lgs. n. 50/2016**, il quale espressamente prescrive che *"i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti"* e che *"dette prescrizioni sono comunque nulle"*.

Simili conclusioni sono state condivise anche dall'ANAC, nella **Delibera 26 febbraio 2020, n. 179**, nella quale è stato accertato che la mancata assunzione dell'obbligazione in parola da parte del concorrente *“produce un **effetto escludente**, atteso che detto obbligo è qualificato come elemento essenziale dell'offerta, rendendola espressamente irricevibile. Viene dunque a configurarsi una **clausola dalla portata escludente**, ulteriore rispetto a quelle tipizzate dal codice degli appalti, con conseguente violazione dell'art. 83 co. 8 D. Lgs. n. 50/2016”*.

Sul punto, concorda, peraltro, anche la giurisprudenza amministrativa (Consiglio Stato, Sez. VI, 15 settembre 2017, n. 4350, *“Dall'accertata contrarietà della clausola del bando di gara e del capitolato speciale rispetto al principio della tassatività delle cause di esclusione, discende la nullità delle stesse”* e, pertanto, *“la sanzione della nullità (...) implica l'automatica inefficacia delle previsioni del bando sulle cause di esclusione non consentite, disapplicabili direttamente dal seggio di gara, senza necessità di attendere l'eventuale annullamento giurisdizionale”*.

Ciò posto, **da tale nullità discende che le previsioni escludenti sono *tamquam non esset***, come non fossero mai esistite, essendo del tutto prive di efficacia sin dall'origine, conseguendone che **la Stazione appaltante è tenuta a disapplicarle automaticamente**, ammettendo alla gara anche quei concorrenti che non abbiano prodotto l'“Atto unilaterale d'obbligo”, ovvero, qualora l'aggiudicatario abbia assunto l'obbligazione in esame, procedendo comunque alla sottoscrizione del contratto e all'esecuzione della prestazione, anche in assenza del pagamento.

Le suddette conclusioni, inoltre, sono state ulteriormente **confermate dalla stessa ANAC nella delibera n. 267 del 17 marzo 2020**, laddove ha voluto fornire alle SS.AA. le “coordinate generali” da applicare per far fronte all'invalidità della clausola del bando, sollecitandole **ad agire in autotutela al fine di prendere formalmente atto della nullità parziale** del bando e/o degli altri atti di gara, nella parte in cui enunciano la clausola in parola. Infatti – ha ricordato l'ANAC – il contrasto con il principio di tassatività delle cause d'esclusione rende nulle le previsioni in commento, le quali **possono essere disapplicate direttamente dalla Stazione Appaltante** senza necessità di attendere la declaratoria giudiziale.

Per tutto quanto sopra detto invitiamo codesta rispettabile Amministrazione a modificare il Bando ed il Disciplinare in oggetto eliminando l'obbligo in questione ovvero a disapplicare, in sede di apertura delle offerte, la prevista esclusione.

In attesa di un Vostro riscontro si porgono distinti saluti.

Il Direttore  
(ing. Francesco Artale)  
