

## DUE SENTENZE COMPLICATE

1. n. 6787 del 3 novembre

2. n. 6975 del 12 novembre

### 1. Sentenza Consiglio di Stato n. 6787 del 3 novembre

La [Sentenza](#) si è espressa su gara bandita dall'Associazione ASMEL per l'acquisto di apparecchiature a LED in Convenzioni quadro, modello CONSIP. ASMEL Consortile ha fornito solo la piattaforma telematica. Quindi, senza corrispettivo per servizi ausiliari.

Apriti cielo! ANAC è insorta per scongiurare il rischio che l'Associazione Asmel "affidi" convenzioni quadro (...). Tali convenzioni, come dispone l'art. 3 del d. lgs. 50/2016, possono essere stipulate **solamente da CONSIP S.p.A.** Il TAR Lombardia ha accolto il ricorso e la Sentenza è stata confermata in Consiglio di Stato con Sentenza 6787 del 3 novembre.

Essa afferma che: ***In conclusione, né la Asmel Consortile s.c. a r.l. (che, come veduto, ha indetto la procedura di gara spendendo la qualifica di centrale di committenza), né Asmel Associazione (indicata nel bando come stazione appaltante), possono essere qualificate come centrali di committenza o soggetti aggregatori, non risultando iscritte all'anzidetto elenco ed essendo insufficiente, a tali fini, la loro iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti.***

Due contraddizioni evidenti perché si afferma che:

- La gara sarebbe stata indetta da ASMEL Consortile, ma poi si prende atto che il bando indica ASMEL Associazione come Stazione Appaltante.
- Nessuna delle due ASMEL sarebbe Centrale di Committenza, in quanto pur essendo entrambe iscritte all'Anagrafe delle Stazioni appaltanti (AUSA), ciò non è sufficiente ed occorre, a tal fine, l'iscrizione all'Elenco dei Soggetti aggregatori, gestito da ANAC.

Sul punto, soccorre il Codice, che, all'art. 38 co. 1, istituisce un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. Il Decreto attuativo sulla qualificazione di Stazioni appaltanti e Centrali di committenza (art. 38, co. 2), non è ancora stato varato, ma l'art. 216, co. 10, prescrive che, nelle more, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'AUSA. Ed entrambe la ASMEL sono iscritte all'AUSA.

La Sentenza si esprime anche sulla clausola ***dell'atto unilaterale d'obbligo, con cui i concorrenti si obbligavano a versare ad Asmel Associazione un corrispettivo di € 80.000,00, nell'ipotesi di aggiudicazione della gara.*** Corrispettivo chiesto dall'Associazione ASMEL che ha bandito la gara, come rimborso delle centinaia di contratti da stipulare a seguito delle Convenzioni quadro, che ***troverebbe copertura legislativa nell'art. 16-bis del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, secondo cui, nei contratti con la pubblica amministrazione, sono poste a carico del contraente privato le spese contrattuali.***

Per il Giudice, invece, ***l'invocazione dell'art. 16-bis del r.d. n. 2440 del 1923 non merita di essere condivisa, posto che quest'ultima norma ha riguardo alle spese per la stipula e la registrazione dei contratti, mentre l'art. 41, comma 2-bis, ha un oggetto diverso e specificamente riferito ai costi di gestione delle piattaforme telematiche.***

Ulteriore ed evidente **errore in fatto**, ad avviso dei nostri legali, perché nessun corrispettivo è stato chiesto per servizi ausiliari e tanto meno quello per l'uso della piattaforma espressamente vietato dall'art. 41, co. 2-bis. **Errore in fatto** riscontrabile anche, come visto, nella questione relativa all'AUSA. Pertanto, i nostri legali hanno già predisposto il ricorso per revocazione, previsto nei casi in cui in una Sentenza emerge evidente l'errore in fatto.

Quale che sia l'esito di detto ricorso, questa Sentenza non può aver riflessi sulla legittimità del corrispettivo dalla Società quando opera a supporto dei Comuni. Si tratta di fattispecie di gara del tutto diversa dalle oltre 5200 gare svolte senza mai alcun intoppo. Infatti la Stazione appaltante non è stato un Comune e nemmeno è stato applicato il corrispettivo. Semplicemente, ANAC ha impostato una questione e l'ha vinta per ora su un tema che riguarda la legittimità a stipulare Convenzioni quadro al di fuori del perimetro Consip e soggetti aggregatori.

Sbagliando perché sulla qualificazione delle Centrali di committenza non è stato ancora varato il Decreto sulla qualificazione. Quando ASMELE Consortile opera, come **Società costituita ai sensi del TUSP, a supporto del RUP dei Comuni associati**, si rientra in fattispecie del tutto diversa da quella presa in esame con questa Sentenza.

Occorrerà poi attendere maggio prossimo per la decisione del Consiglio di Stato sulla legittimazione ad operare come Centrale di acquisto, modello CONSIP, ovvero come Soggetto aggregatore. Ma, come detto, si tratta di vicenda ben diversa da quella relativa alle oltre 5200 gare già svolte a supporto del RUP, senza alcun intoppo.

## **2. Sentenza Consiglio di Stato n. 6975 del 12 novembre**

Si tratta di [Sentenza](#) relativa a gara bandita dal Comune di Casaluce, con il supporto di ASMELE Consortile. Il Giudice ha accolto l'appello di una ditta che si era vista respingere dal TAR Campania il ricorso per l'annullamento della gara. Il Consiglio di Stato ha ribaltato il verdetto del TAR annullando la gara, in accoglimento delle doglianze espresse sui requisiti di partecipazione.

Il Giudice, però, ha anche accolto un altro motivo di doglianza sulla gara e cioè l'illegittimità di ASMELE Consortile a qualificarsi come Centrale di committenza. ASMELE Consortile non ha potuto controbattere, in quanto non costituita in Giudizio. Giurisprudenza costante ha sempre confermato la legittimità di una gara che vede il Comune come Stazione appaltante e i servizi di supporto al RUP erogati dalla propria partecipata. D'altra parte, mai sarebbero stati giustificabili le spese legali necessarie a costituirsi nelle oltre 5.200 gare, finora svolte, senza mai alcun intoppo al riguardo.

In ogni caso, in Sentenza si prende atto che il Comune ha sostenuto che ad *Asmel consortile non sarebbe stata attribuita la funzione di centrale di committenza, bensì la mera funzione di committenza ausiliaria, effettuando la stessa una mera attività di supporto nella gestione informatica della gara, che resterebbe nella disponibilità e nella gestione del solo Comune.*

Ciononostante, il Giudice richiama la prescrizione di gara sul corrispettivo da versare alla Centrale di Committenza ASMELE Consortile, per affermare che: ***Da tale prescrizione espressa della legge di gara risulta, quindi, conclamata la natura di centrale di committenza di Asmel consortile.***

In sostanza, una questione terminologica che non tiene conto dell'aggettivo ausiliario che fa la differenza. Non a caso il Giudice tiene a individuare una motivazione più forte e a prescindere dall'ammissibilità o meno dell'ultimo profilo di censura, richiama la Sentenza della Corte di Giustizia europea n. 68/2019. Di male in peggio, perché si tratta di motivazione

insussistente. La Corte si è espressa solo sulla compatibilità dell'ormai abrogato d. lgs 163/2006 con la normativa europea, all'epoca vigente, su richiesta del Consiglio di Stato. La Corte ha affermato detta compatibilità esprimendosi su questione ormai superata. Tuttavia, il Giudice ne deduce che ***Asmel non poteva, dunque, rivestire la posizione di centrale di committenza; ne consegue l'illegittimità dell'intera procedura concorsuale.***

Anche in questa Sentenza, dunque, il Giudice è incorso in un doppio errore di fatto.

18 giorni dopo ci ha pensato lo stesso Consiglio di Stato, stessa Sezione V, con sentenza n. 7558 ha chiarito i termini della questione: Asmel Consortile è Centrale di committenza e opera come Centrale di committenza ausiliaria!