

ASMELE Consortile e l'adesione unilaterale alle pronunce ANAC

La Società nasce a gennaio 2013 per consentire ai Comuni ASMELE di adempiere all'obbligo di centralizzazione degli appalti introdotto con l'aggiunta del comma 3-bis all'art. 33 del d. lgs. 163/2006. Un comma più volte modificato fino ad estendere l'obbligo a tutti i Comuni non capoluogo, senza alcun ristoro.

Da qui la necessità di individuare risorse per sostenere le nascenti Centrali di committenza tra Comuni. A maggior ragione per la Centrale promossa da ASMELE, attrezzatasi sin dalla prima gara con le più moderne (e costose) piattaforme telematiche di negoziazione.

Soccorre, al riguardo, la delibera [AVCP n. 140/2012](#) che afferma la legittimità di un corrispettivo in capo all'aggiudicatario ai *sensi dell'art. 11, terzo comma, del decreto legge n. 98 del 2011*. A novembre successivo, il MEF fissa nell'1,5% il valore massimo del corrispettivo che CONSIP può imporre all'aggiudicatario. ASMELE Consortile applica detto valore sulla base di giurisprudenza costante che legittima i soggetti che operano in analogia, confortata dal parere conforme espresso da numerosi e autorevoli giuristi.

Ulteriore conforto viene fornito dalla stessa Autorità, a fine aprile 2013. Nel corso di una affollata Assemblea a Lamezia Terme vengono illustrate le modalità operative della Centrale e il meccanismo di remunerazione delle attività già attivato con la prima gara del Comune di Cortemilia (CN). Interviene il Direttore generale della Vigilanza dell'Autorità, ing. Filippo Romano, che esprime ampio apprezzamento e condivisione delle scelte effettuate.

Ben diversa l'accoglienza da parte di operatori economici e loro associazioni, media, ma anche Enti e Istituzioni. Insorgono in tanti e in primis ANCI e CONSIP, a tutela di un asserito monopolio della rappresentanza dei Comuni, la prima, e degli appalti pubblici, la seconda. Pervengono, altresì, ad ANAC esposti con le più varie contestazioni, compresa la presunta illegittimità del corrispettivo. ANAC apre un'istruttoria che conclude a luglio 2014, accogliendo tutte, nessuna esclusa, le contestazioni mosse. Vengono notificate alla Centrale 19 pagine di risultanze istruttorie a firma dello stesso ing. Romano e di segno diametralmente opposto a quanto aveva sostenuto in Assemblea, con invito a controdedurre e a presentare eventuale istanza per l'audizione avanti agli Uffici.

ASMELE provvede nei termini e richiede l'audizione, ma avanti al Consiglio dell'Autorità. Viene accordata il 17 dicembre 2014 e in quella sede sono affrontate solo due delle contestazioni: la presunta illegittimità del modello aggregativo scelto - la società consortile tra Comuni ai sensi del Codice Civile e quella sul corrispettivo. Sulla prima, si era molto spesa ANCI sostenendo la necessità di modelli aggregativi normati dal TUEL. La seconda, si allineava alla tesi CONSIP su un preteso diritto monopolistico a imporre il corrispettivo.

Entrambe le nostre controdeduzioni vengono accolte. Il comma 3-bis indicava solo due forme aggregative: *unioni dei comuni di cui all'art. 32 del TUEL ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni*. Il riferimento al TUEL, pur pleonastico, era infatti presente solo nella prima, ma non nella seconda. Ergo, il legislatore, per gli accordi consortili, aveva lasciato ampia libertà di scelta ai Comuni. Viene dichiarato, dunque, legittima la scelta ASMELE. Quanto al corrispettivo, ANAC prende atto dell'intervenuta Sentenza 3042/2014 del Consiglio di Stato, che ne sancisce la legittimità, indicando la fonte normativa nell'art. 1 della legge n. 790/1975, che legittima l'imposizione degli oneri contrattuali connessi all'espletamento della gara, compreso il corrispettivo. La Sentenza respinge anche la tesi CONSIP sul contrasto all'art. 23 della Costituzione, essendo l'imposizione limitata al solo aggiudicatario e non alla generalità dei concorrenti. Dopo l'accoglimento di queste due controdeduzioni, il Presidente Cantone, afferma di non poter proseguire nella discussione perché sull'operatività della Centrale senza limiti territoriali era pervenuto un Parere fuori termine. ASMELE Consortile ribatte

mostrando la ricevuta di consegna della PEC trasmessa nei termini. Il Presidente ne prende atto, ma ribadisce la necessità di documentarsi ai fini delle proprie determinazioni e congeda la Centrale. Che lascia la riunione convinta del superamento anche delle contestazioni non discusse. Infatti, la tesi sui limiti all'operatività territoriale non era supportata da alcuna norma e quella sulla presenza di privati, era stata inoppugnabilmente fugata con la consegna, in quella sede, della documentazione attestante l'esclusiva presenza di Enti pubblici nella compagine sociale.

Il 25 febbraio successivo, infatti, con [determinazione n. 3/2015](#), ANAC conferma l'assenza di limiti territoriali per le Centrali, in quanto *non si ravvisano elementi normativi che limitino territorialmente la formazione delle unioni di comuni ovvero degli accordi consortili tra gli stessi*.

Lo stesso giorno, poi, ANAC con l'Atto di Segnalazione 3/2015 sollecita un intervento legislativo *con cui sia espressamente previsto il divieto, salvo diversa previsione di legge, di porre le spese di gestione della procedura [...] riferite all'utilizzo di piattaforme elettroniche [...] a carico dell'aggiudicatario della procedura di gara*. In pratica, sollecita una norma che vieti agli altri il corrispettivo consentito a CONSIP. Tuttavia, si tratta di segnalazione, non di decisione.

Il 22 aprile, infatti, con [delibera 53/2015](#), conferma la legittimità del corrispettivo ASMEL.

Il 30 aprile, però, con [delibera 32/2015](#), inaspettatamente riprende tutte le contestazioni mosse con le risultanze istruttorie, tranne quella sul corrispettivo. I Soci, all'unanimità, si esprimono per l'impugnativa della pronuncia, rispettandone, nelle more, le prescrizioni, con l'erogazione dei soli servizi ausiliari, che, pertanto, mai vengono contestati da ANAC. La delibera contesta alla Centrale una presunta mancata rispondenza al comma 3-bis, art. 33 del vecchio Codice. Ma, meno di sei mesi dopo, il nuovo Codice abroga la norma e con l'art. 37, comma 4, legittima pienamente l'azione di ASMEL Consortile. Va anche rimarcato che, con successive pronunce, ANAC smentisce tutte le contestazioni mosse alla Centrale. In ogni caso, l'impugnativa determina un lungo contenzioso giudiziario, che dovrebbe concludersi con l'Udienza fissata a maggio 2021, avanti al Consiglio di Stato.

Quanto al corrispettivo, ANAC si è espressa in modo ondivago, fino a dicembre 2018, con ben otto pronunce, ognuna di segno opposto alla precedente. Salvo caratterizzarsi, dal 2019 in poi, con plurime pronunce di egual segno: l'illegittimità del corrispettivo. Una posizione in netto contrasto con quanto sancito, dal Consiglio dell'Autorità, il 17 dicembre 2014: ANAC è tenuta ad adeguarsi alle pronunce del massimo Organo della Giustizia amministrativa. La Centrale mantiene invece la scelta sul pieno rispetto della Sentenza [3042/2014](#). Ribadendo che, se e quando dovesse intervenire nuovo e diverso orientamento del Consiglio di Stato, sarà pronta ad adeguarsi. Una posizione coerente e inoppugnabile, cui segue una dura reazione di ANAC.

Tranne questa posizione, obbligata dalla necessaria coerenza verso gli aggiudicatari, la Società si impegna **nell'adesione unilaterale** ad ogni pronuncia ANAC. La quale decide di riconoscere il ruolo di Centrale di committenza ad altra struttura consortile operante con le nostre stesse caratteristiche, a patto di modifica statutaria per eliminare la presenza di privati e ASMEL Consortile approva la stessa modifica, malgrado l'assenza di privati. Decide poi che le Centrali debbano operare necessariamente "in house", malgrado il contrasto con la norma UE e la Società approva le necessarie modifiche statutarie.

Ciò malgrado, ANAC, avvalendosi dei poteri eccezionali conferitile dall'art. 211 del Codice, nei casi in cui rilevi gravi violazioni di legge, decide di contrastare diverse gare ASMEL sostenendo che il corrispettivo avrebbe leso il principio di concorrenza e contraddicendo clamorosamente quanto sancito dalla ripetuta Sentenza 3042/2014. La prima impugnativa giunta a conclusione è quella del Comune di Vairano, che si è visto notificare, a gennaio scorso, un Parere, approvato in Consiglio dall'Autorità, che contestava una "grave violazione di legge", il principio di concorrenza. Sono stati concessi 20 giorni per controdedurre o adeguarsi al Parere. Il Comune non si è adeguato, forte del Parere opposto espresso da ASMEL Consortile. L'Autorità si è costituita avanti al TAR Campania, che il 23 settembre scorso, ha dichiarato infondato il

ricorso, allineandosi alla recente Sentenza 3173 del Consiglio di Stato, la quale ha confermato che il corrispettivo non può inficiare la regolarità di una gara, essendo imposto in capo al solo aggiudicatario e non alla generalità dei concorrenti.

Emblematico il commento del Sindaco di Vairano: *«Con questa sentenza si chiude l'ennesimo tentativo di boicottaggio dell'azione amministrativa, naturalmente con un aggravio di spese per i contribuenti, con il rammarico che noi amministratori dobbiamo combattere anche contro organi istituzionali, che dovrebbero, credo, sostenere il loro operato e non ostacolarlo»*. Un commento che esprime un *sentiment* diffuso tra i Soci, che, consci di aver raggiunto con la Centrale ragguardevoli e meritori risultati nel tormentato settore degli appalti, vedono la massima Autorità del settore impegnata da anni a contrastarla con le tante argomentazioni riportate nella delibera 32/2015. A cui ha poi aggiunto quella sul corrispettivo, malgrado la palese contraddizione con quanto sancito dal Consiglio di Stato.

Il quale, in merito alla delibera 32/2015, si pronuncerà all'esito dell'Udienza di maggio prossimo portando chiarezza su una vicenda che si trascina da troppo tempo.

Nel frattempo, vanno segnalate le recenti Sentenze del Consiglio di Stato, la n. 6787 e 6975, che hanno annullato due gare espletate con l'ausilio di ASMELE Consortile. Entrambe le Sentenze affermano l'illegittimità del ruolo di Centrale di Committenza, che essa avrebbe assunto, Nella seconda, viene anche affermata la illegittimità del corrispettivo, ma riferito a fattispecie diversa da quella da noi applicata per la copertura dei servizi di committenza ausiliaria. Entrambe, ad avviso dei nostri difensori, basate su errori in fatto e dunque sanabili con richiesta di revocatoria.

In entrambe le due gare, infatti, ASMELE Consortile non ha svolto il ruolo di Centrale di committenza, limitandosi, come sempre, alle sole attività di committenza ausiliaria, come emerge dagli atti di gara.

Esattamente come nelle 5200 gare già pubblicate ed espletate, senza intoppi, nel pieno rispetto delle pronunce del Consiglio di Stato. Peraltro, l'art. 39 comma 2 del nostro Codice parla chiaro. I servizi da noi forniti possono essere affidati a Centrali di committenza, ma anche a Società di committenza ausiliaria presenti sul mercato. Le quali, per prassi, vengono definite Centrali di committenza ausiliaria. Nessun equivoco si può determinare quando emerge che la Stazione appaltante bandisce con proprio RUP e proprio CIG.

Quanto al corrispettivo, il Codice in nessuna parte vieta l'applicazione di un corrispettivo in capo all'aggiudicatario. Anzi lo riconosce espressamente con l'art. 41 comma 2bis, che esprime divieto solo per l'uso delle piattaforme telematiche.

ⁱ Con 1612 Soci, ASMELE Consortile rappresenta oggi la più grande Centrale di committenza italiana, unica certificata ISO 37001, lo standard europeo, che attesta il pieno rispetto della normativa anti corruzione. Vanta la pubblicazione di oltre 5200 gare, un transato di 4,7 miliardi di euro e risparmi per i Soci di oltre 500 milioni. A novembre scorso, si è vista insignita, a Maastricht, unica Centrale in Europa, dell'EIPA BEST PRACTICE CERTIFICATE, attribuito agli Enti pubblici distintisi nella digitalizzazione e innovazione della PA.