

Ai Sig.ri  
Sindaci/Presidenti degli Enti Soci  
Segretari/Direttori generali  
Responsabili UTC/Gare e contratti

**Oggetto: Il Codice appalti, un manuale di enigmistica giuridica. A risposte multiple.**

Fu il giurista Massimo S. Giannini, già Ministro della PA, a definire la normativa sugli appalti "un manuale di enigmistica giuridica". Poi, con l'avvento di ANAC, è sorta la necessità di aggiungere "a risposte multiple".

La Sentenza del Consiglio di Stato n. 3538/2021, del 6 maggio us, mette a nudo il motivo di questa necessità. Il Giudice ha accolto in appello le ragioni di ANAC e ha annullato la Sentenza del TAR Campania, che aveva respinto, definendolo infondato, il ricorso dell'Autorità avverso una gara bandita dal Comune di Vairano Patenora (CE). **Unico motivo del ricorso, il corrispettivo (1%) in capo all'aggiudicatario per i servizi di committenza ausiliaria.**

La legittimità del corrispettivo è da anni al centro di polemiche alimentate dalla stessa Autorità, che ha espresso sul punto ben 8 pronunce a risposte multiple, dal 2012 al 2018:

|                             |                              |                  |                           |                            |                             |                               |                              |
|-----------------------------|------------------------------|------------------|---------------------------|----------------------------|-----------------------------|-------------------------------|------------------------------|
| <a href="#">PC 140/2012</a> | <a href="#">CI 21.7.2014</a> | PC 17.12.2014    | <a href="#">PC 3/2015</a> | <a href="#">PC 53/2015</a> | <a href="#">PC 247/2017</a> | <a href="#">CI 13.10.2017</a> | <a href="#">PC 1123.2018</a> |
| <b>Legittimo</b>            | <b>Illegittimo</b>           | <b>Legittimo</b> | <b>Illegittimo</b>        | <b>Legittimo</b>           | <b>Illegittimo</b>          | <b>Legittimo</b>              | <b>Illegittimo</b>           |

Tabella linkabile (PC = Pronuncia di Consiglio, CI = Conclusioni Istruttorie)

**Ognuna smentisce la precedente e senza mai un rigo di argomentazione a sostegno del cambio di opinione. Insomma, il tipico "qui lo dico e poi lo nego" di un'Autorità autoritaria, ma non autorevole (1).** Dal 2019, ANAC si è espressa, poi, sempre per l'illegittimità. Fino a costituirsi, "serialmente" avanti al TAR, ad inizio 2020, con gli eccezionali poteri che la legge le conferisce nel caso ravveda *gravi violazioni* al Codice Appalti. Tanto gravi non sono, viste le ripetute incertezze manifestate e visto che i ricorsi sono partiti solo dopo oltre 4500 gare di Comuni ASMELE con il corrispettivo. Per ANAC però i Comuni sono rei di un presunto delitto di "lesa Autorità". Non si sono adeguati all'altalena delle pronunce "qui lo dico e poi lo nego" e nemmeno a quelle coerenti dal 2019 in poi. Essi rispettano una precisa gerarchia: Leggi, Consiglio di Stato, TAR. Dopo viene ANAC, che deve pur farsene una ragione.

I fatti sono noti. A settembre 2012, con delibera n. 140, l'Autorità si pronuncia per la legittimità del corrispettivo in capo all'aggiudicatario. A marzo 2013, partono le gare dei Comuni ASMELE, che si adeguano, convinti dell'autorevolezza dell'Autorità. Ad aprile 2014, CONSIP tuona che il corrispettivo viola l'art. 23 della Costituzione (nessuna "gabella" può essere imposta, senza una legge che la prescriva) e, nel luglio successivo, ANAC ci contesta l'illegittimità. Otteniamo di essere ascoltati dal Consiglio dell'Autorità, che il 17 dicembre accoglie le nostre motivazioni in ragione della Sentenza n. 3042/2014 del Consiglio di Stato. Essa sancisce la legittimità del corrispettivo, che non lede l'art. 23 della Costituzione perché **non imposto alla generalità dei concorrenti, ma al solo aggiudicatario**. Che, di fatto, lo ribalta al Comune, perché nell'offerta deve tener conto di ogni costo da sostenere dopo l'aggiudicazione. Non basta. Il Giudice sancisce anche che il corrispettivo rientra tra i costi previsti dall'art. 16 bis del R.D. 2240/1923, aggiunto dalla legge 790/1970, che legittima l'imposizione in capo all'aggiudicatario dei costi necessari all'espletamento della gara. In pratica, indica la norma che giustifica il corrispettivo. Quella

<sup>1</sup> Si contano a decine le affermazioni ANAC di tal fatta. Esemplificativa la seguente: «**Pertanto, come ben rilevato dall'Anac, per poter acquisire la qualifica di centrale di committenza o di soggetto aggregatore, occorre che il soggetto sia non solo iscritto all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, ma anche all'elenco dei soggetti aggregatori**». È scolpita nella Sentenza 6787/2020 del Consiglio di Stato, ma ANAC presto la smentirà. Infatti, per essere inserita nell'elenco citato occorre che la Centrale di committenza sia selezionata dall'Autorità. Ma se essa deve attingere dall'elenco, allora gira a vuoto e rischia di essere sostituita.

richiamata da ANAC con delibera 140/2012, invece, è una norma che giustifica solo CONSIP. Una norma “ad personam”, meglio “ad CONSIP”, che infatti sostiene: “La norma è mia e la gestisco io”.

A febbraio successivo, ANAC cambia di nuovo posizione, con l'Atto di segnalazione a Governo e Parlamento n. 3/2015. Si adegua però alla tesi CONSIP e smentisce la Sentenza 3042/2014. **Si pone un gradino più in alto del Consiglio di Stato** e sostiene, senza remore, sia la violazione dell'art. 23 della Costituzione, sia l'insussistenza del richiamo all'art. 16 bis del R.D. 1923. Chiede così al legislatore, il varo di una norma che vieti l'applicazione del corrispettivo per l'uso delle piattaforme telematiche, *salvo diversa previsione di legge*. Quindi, divieto per tutti, salvo che per CONSIP. Il Parlamento accoglierà la richiesta con il “Correttivo” al Codice del 2017, ma senza la clausola pro CONSIP. Una mezza vittoria per ANAC che però determina un freno all'affermazione delle gare on line che diventeranno obbligatorie a partire da ottobre 2018.

Quindi, ancora incertezza fino a dicembre 2018, con quattro pronunce ANAC, altalenanti come le prime quattro. A fronte di posizioni tanto mutevoli, i Comuni ASME tengono fede alla Sentenza 3042/2014 del Consiglio di Stato, pur sempre il massimo Organo della Giustizia amministrativa e continuano ad applicare il corrispettivo, epurato dal costo delle piattaforme. Una scelta confortata, poi, da altre due Sentenze del Consiglio di Stato, 3173/2020 e 2276/2021, secondo le quali il corrispettivo ASME non inficia la regolarità della gara.

Il 6 maggio, come detto, con Sentenza 3538, invece, il Consiglio di Stato sancisce che il corrispettivo inficia la gara. ANAC ottiene dal Giudice un cambio di posizione a 180° rispetto alle Sentenze 3173/2020, 2276/2021 e 3042/2014. Le Sentenze non si commentano, si rispettano. Ma ognuna fa storia a sé e occorre ora che si formi una giurisprudenza consolidata sul punto.

Di certo, rappresentiamo oltre 1560 Enti pubblici, che chiedono solo certezza del diritto. Presenteremo, quindi, nella prossima Udienza per i ricorsi “seriali”, formale richiesta per ottenere dal Consiglio di Stato una pronuncia in Adunanza plenaria sull'argomento.

Quale che sia la decisione, siamo pronti ad adeguarci. Non potrebbe essere altrimenti perché i Comuni ASME hanno costituito una struttura divenuta un solido punto di riferimento nell'applicazione del “manuale di enigmistica giuridica”. Oltre ad essere stata individuata, a Maastricht, come best practice di rilievo europeo nell'innovazione e nella digitalizzazione delle procedure. Abbiamo sempre rispettato la gerarchia citata, riuscendo anche a conformarci alle prescrizioni ANAC, pure quando pleonastiche o fonte di appesantimento procedurale.

In ogni caso, **se sarà confermata l'illegittimità del corrispettivo in capo all'aggiudicatario, non ci faseremo il capo. Basterà una modifica regolamentare per ridurre, da tre a due, le opzioni per l'applicazione del corrispettivo, eliminando quella in capo all'aggiudicatario.**

Cordiali saluti e buon lavoro.

IL CONSIGLIERE DELEGATO AI RAPPORTI ISTITUZIONALI

Francesco Pinto

