

Lì, 29 febbraio 2016

FAQ a seguito della Sentenza Tar Lazio Asmel/Anac del 22 febbraio 2016

Pubblichiamo di seguito le risposte ai quesiti pervenuti in merito alla recente sentenza del TAR che ha respinto il ricorso ASMEL per l'annullamento della delibera ANAC n. 32/2015 del 30 aprile 2015. Essa aveva stabilito che Asmel consortile **non risponde ai modelli organizzativi indicati dall'art. 33 comma 3-bis del d.lgs. 163/06** e pertanto **non può essere inclusa tra i soggetti aggregatori**, né può considerarsi **legittimata ad espletare attività di intermediazione negli acquisiti pubblici**, peraltro **senza alcun limite territoriale definito**.

La sentenza afferma (punto 3): **Il motivo di ricorso sub II (Violazione di legge con riguardo all'art. 33, comma 3 bis, D.lgs. n. 163 del 2006) rappresenta il punto nevralgico del ricorso**. Ma che alla data del **30 aprile 2015**, era vigente una diversa formulazione della norma. Ne deriva che: **È pertanto a questa formulazione del comma 3 bis (e non all'attuale, entrata in vigore lo scorso 1 novembre 2015) che si deve fare riferimento per valutare la corrispondenza del sistema Asmel al modello legale e, conseguentemente, per sindacare la legittimità dell'esercizio del potere di sua spettanza da parte dell'ANAC, come espressosi nel provvedimento impugnato**. Ciò comporta (punto 3.10) che: **In conclusione sul punto: l'inconfigurabilità di un controllo pubblico dominante in mano ai singoli enti locali (piccoli comuni) aderenti, esclude la sussistenza di un organismo di diritto pubblico e, quindi, la stessa possibilità di individuare nella Asmel una "amministrazione aggiudicatrice", con conseguente impossibilità, per essa, di operare come "centrale di committenza". Il motivo sub II, pertanto, deve essere respinto**.

In sostanza, il Giudice ha stabilito la legittimità della deliberazione ANAC alla data del 30 aprile 2015 e sulla base di detta motivazione ha respinto il ricorso di ASMEL, che ne chiedeva l'annullamento.

Dopo il 1 novembre, però, è entrata in vigore la nuova formulazione della norma e, in aggiunta, dall'11 novembre successivo, il controllo pubblico dei Comuni si esplica direttamente e non per il tramite di ASMEL Associazione (vedi FAQ 2).

Sulla base della Sentenza, pertanto, Asmel Consortile opera legittimamente oggi come amministrazione aggiudicatrice e come centrale di committenza, ma non può ancora bandire gare in forma aggregata, modello Consip.

FAQ

1. Alla luce della Sentenza del TAR del 22 febbraio scorso, su cosa si basa la legittimità delle gare in corso e di quelle da indire?

La sentenza, come detto, respinge il ricorso sancendo la legittimità della delibera ANAC 32/2005, ed impone, pertanto, ad ASMEL di rispettarla. Ma è esattamente

quanto già fatto dalla società sulla base della [mozione](#) approvata nelle **assemblee di giugno scorso**, che la ha impegnata ad astenersi dall'indire nuove gare aggregate, modello Consip, in attesa della conclusione dell'iter giudiziario (di cui la Sentenza in oggetto, rappresenta solo una tappa). Da allora, le gare ASMECOMM sono tutte con RUP e CIG del Comune e basano la loro legittimazione sul ruolo di amministrazione aggiudicatrice del Comune che nessuna norma ha sinora abolito. Nemmeno dopo il 1 novembre 2015. A partire da detta data, infatti, dette amministrazioni aggiudicatrici, se non capoluogo, effettuano acquisti ed appalti attraverso una delle forme indicate dal comma 3-bis, art. 33 del Codice, tra cui il ricorso *ad apposito accordo consortile ed avvalendosi dei competenti uffici*.

Al riguardo, la [determinazione ANAC n. 11 del 23 settembre 2015](#) recante "*Ulteriori indirizzi interpretativi sugli adempimenti ex art. 33, comma 3-bis*", al punto 4, individua tre modalità organizzative. In estrema sintesi:

1. Gare con RUP e CIG in capo al Comune,
2. Gare con RUP e CIG in capo alla Centrale,
3. Gare aggregate, modello Consip.

La legittimità delle gare in corso e di quelle da indire deriva perciò dal fatto che ASMEL Consortile si è diligentemente limitata ad operare con la prima di dette opzioni espressamente individuata dalla determinazione ANAC, come modalità attuativa del comma 3-bis. E rinviando alla conclusione dell'iter giudiziario avviato, la possibilità di poter allargare la propria operatività anche alle opzioni 2 e 3.

2. Dopo la sentenza del TAR, Asmel Consortile come può garantire il rispetto dell'obbligo di centralizzazione degli appalti?

Più precisamente la Sentenza sancisce, come detto, che *l'inconfigurabilità di un controllo pubblico dominante in mano ai singoli enti locali (piccoli comuni) aderenti, esclude la sussistenza di un organismo di diritto pubblico e, quindi, la stessa possibilità di individuare nella Asmel una "amministrazione aggiudicatrice", con conseguente impossibilità, per essa, di operare come "centrale di committenza"*. Siamo fieramente in disaccordo, ma le sentenze non si commentano, si rispettano. Noi l'abbiamo già fatto e precisamente dall'11 novembre scorso. Infatti, come noto, la tesi che Asmel Consortile non fosse un Soggetto pubblico era già stata espressa nell'Ordinanza dello stesso Tar che ci aveva negato la sospensiva. Il Consiglio di Stato aveva poi ribaltato l'Ordinanza, concedendoci la sospensiva e rinviandoci al TAR per il giudizio di merito. Prudente dunque è stata la scelta di Asmel Associazione di uscire dalla Consortile, l'11 novembre scorso, anche in considerazione che la fase di start up, era ormai conclusa con successo.

A seguito di ciò, Asmel Consortile è oggi un Soggetto interamente pubblico ed in house, perché direttamente ed esclusivamente partecipato dagli Enti pubblici affidanti, escludendo ogni lesione dei principi di concorrenzialità. E, dunque rispettando alla lettera quanto prescritto dal punto 3.2 *Utilizzo delle società in house quale organo operativo* della citata [determinazione ANAC n. 11/2015](#).

Asmel Consortile è, però, tuttora una Centrale "a sovranità limitata". In attesa che ANAC prenda atto della mutata situazione in termini di fatto e di diritto, permane, come detto in risposta alla FAQ 1, l'impossibilità di indire gare in forma aggregata e occorre rivolgersi di nuovo al Consiglio di Stato per l'affermazione dei nostri diritti.

Peraltro, come indirettamente ammette la stessa sentenza del TAR Lazio, il modello ASMEL è perfettamente in linea con le Direttive europee che saranno recepite nel nuovo Codice degli Appalti in vigore dal prossimo 19 aprile.

3. Con la Circolare del 23 febbraio scorso, veniva indicata la necessità per i Comuni di divenire Soci di Asmel Consortile. Cosa comporta e con quali oneri a carico dei Comuni?

L'adesione del Comune comporta l'accettazione dello Statuto della Consortile e l'acquisizione del controllo della società, secondo la formula del "controllo analogo" caratteristica essenziale delle società "in house". Il Consiglio di amministrazione della società ha deliberato un aumento del capitale sociale che può essere sottoscritto dai Comuni interessati con il versamento di una quota pari a 15 centesimi di euro per abitante. Si tratta di una spesa "una tantum", che la Società non vuole considerare come mero adempimento ma come opportunità virtuosa. Infatti, l'aumento di capitale potrà consentire investimenti utili ad aumentare l'efficacia e l'efficienza della propria azione, ad esempio con l'implementazione di una piattaforma telematica proprietaria in grado di ridurre la fee a carico degli aggiudicatari.

4. Come conciliare i tempi per l'eventuale adesione ad Asmel Consortile con quelli legati alle gare in corso e quelle in preparazione.

La disciplina delle società in house indica nell'80% il limite di fatturato da realizzare con gli Enti pubblici soci. Resta perciò ampio margine per conciliare detti tempi. In concreto, ciò comporta che gli Enti con gare in corso o in preparazione avranno tutto il tempo per procedere alla formalizzazione dell'adesione. Mentre quelli che attualmente non hanno gare in corso o "in lavorazione" dovranno preventivamente procedere alla adesione in modo da evitare il rischio che la Società a fine anno presenti una percentuale di affidamenti da Enti non ancora Soci superiore al 20%.

In sostanza, attualmente tutti gli Enti sono legittimati ad operare con Asmel Consortile in quanto aderenti *all'apposito accordo consortile*. Dopo la sentenza, devono legarsi **anche** con la comune partecipazione alla società in house Asmel Consortile. Ovviamente, nelle more, le determine a contrarre di Comuni, aderenti all'accordo e in procinto di divenire soci, sono legittimate dalla riserva del 20% di cui sopra.

5. Come affrontare gli eventuali rischi di impugnativa e/o di soccombenza, per le gare in corso, a seguito della Sentenza del TAR?

Nessun rischio. Innanzitutto, con la determina a contrarre, l'Ente ha affidato ad Asmel Consortile legittimamente i servizi di committenza sulla base dell'accordo consortile in essere. Detti servizi sono, peraltro, esattamente regolamentati dalla determinazione 11/2015 (v. FAQ 1) oltre che legittimati con la [Sentenza definitiva TAR Campania n. 822/2015](#). Riguardo poi al tema della concorrenzialità, si evidenzia che gli affidamenti, generalmente di importo inferiore ai 40mila euro, sono in ogni caso effettuati dall'11 novembre a una società in house (v. FAQ 2). Quanto agli eventuali oneri legati a impugnativa o soccombenza dei Soci derivanti da eventuali irregolarità o illegittimità in capo alla società, essa li assume a proprio carico.

6. Quale ruolo assume il Comune di Caggiano con la nuova configurazione della Società consortile?



Il programmato aumento di capitale e l'ingresso di nuovi Soci, comporterà la conseguente "diluizione" della quota in capo al Comune "capofila" Caggiano. In pratica, esso dall'attuale partecipazione al 51%, vedrà scendere detta percentuale in misura proporzionale alle acquisizione di quote in capo agli altri Enti aderenti. In un'ottica di perseguimento dell'interesse pubblico attraverso il principio del controllo analogo, il valore della partecipazione ha scarsa incidenza potendosi per certi versi paragonare le società in house a quelle cooperative.