ASMEL non è una centrale di committenza: altra conferma del Consiglio di Stato

24 Novembre 2020

1. ***Premessa***

Con la sentenza **n. 6975, pubblicata l'11 novembre 2020**, la sezione V del Consiglio di Stato si è nuovamente pronunciata in merito alle procedure di gara centralizzate gestite da ASMEL S.c. a r.l., e ne ha **confermato l'illegittimità per insussistenza dei requisiti di Centrale di committenza** in capo a quest'ultima.

Nello specifico, il Supremo Consesso ha sconfessato l'impugnata sentenza di primo grado (la n. 5825/2019 del TAR Campania), che aveva dichiarato inammissibile il ricorso di un operatore economico con il quale quest'ultimo aveva chiesto l'annullamento di un bando ASMEL al quale aveva interesse a partecipare (relativo ad un affidamento di una concessione di lavori pubblici in *project financing*).

L'inammissibilità era stata dichiarata dai giudici campani per la carenza di legittimazione a ricorrere dell'impresa, dovuta alla mancanza dei requisiti di ammissione alla gara (in particolare, alla mancanza del "contratto di punta", relativo alla gestione del servizio cimiteriale nell'ultimo triennio, affine a quello oggetto dell'intervento; sul punto, l'impresa aveva lamentato l'assenza, tra le previsioni del bando, della facoltà prevista dall'art. 95, comma 2, del DPR n. 207/2010, che avrebbe consentito di integrare ugualmente tale requisito tramite dimostrazione di un fatturato medio annuo e capitale sociale in misura superiore a quella minima prevista).

La ricorrente, peraltro, aveva contestato, già in primo grado, **anche l'illegittimità della clausola che richiede ai concorrenti di sottoscrivere un atto di impegno a versare i ben noti "oneri di committenza"** in caso di aggiudicazione, nonché **l'assenza della qualifica di Centrale di committenza** in capo ad ASMEL Consortile.

In virtù di quest'ultimo motivo, in particolare, l'impresa aveva **contestato in radice la legittimità dell'intera gara**, chiedendo per l'effetto l'annullamento del bando.

Tali profili, tuttavia, non sono stati valutati nel merito dal TAR territoriale – in quanto ritenuti assorbiti dal giudizio d'inammissibilità del ricorso – e, pertanto, sono stati successivamente riproposti dinnanzi al Consiglio di Stato.

2. ***La decisione del Consiglio di Stato***

I Giudici di legittimità, quindi, hanno prioritariamente valutato l'effettiva ammissibilità del ricorso di primo grado, accogliendo in pieno le ragioni dell'impresa appellante: la clausola che prevedeva il necessario possesso del solo contratto di punta è da considerarsi immediatamente escludente, ed il bando di gara avrebbe dovuto prevedere la possibilità, per gli aspiranti concessionari, di qualificarsi dimostrando il possesso dei requisiti "alternativi" previsti dal citato art. 95, comma 2, del vigente Regolamento, che l'impresa aveva concretamente provato di possedere, potendo, quindi, partecipare alla gara.

Alla luce dell'ammissibilità del ricorso, quindi, il Consiglio di Stato ha proceduto ad analizzare anche la questione **– prioritaria, in quanto avente carattere pregiudiziale –** relativa alla sussistenza dei requisiti perché ASMEL Consortile S.c.a r.l. possa essere considerata una centrale di committenza.

E che ASMEL abbia operato, di fatto, a tale titolo risulta evidente – hanno osservato i giudici – anche dalla formulazione delle predette clausole della legge di gara che prescrivono la produzione dell'atto unilaterale d'obbligo per il versamento degli "oneri di committenza" in caso di aggiudicazione; somme, queste, che avrebbero dovuto essere versate, prima della stipula del contratto, alla "*Centrale di Committenza "Asmel Consortile S. c. a r.l.".*

A tal riguardo, **i massimi giudici amministrativi hanno allora negato ad ASMEL il suddetto ruolo**, concordando, anche in tal caso, con le argomentazioni dell'impresa appellante. Quest'ultima, dopo aver ricordato che ad ASMEL non erano già stati riconosciuti, in un primo momento, i requisiti di cui all'art. 33, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006 nonché la qualifica di soggetto aggregatore *ex* art. 9 del d.l. n. 66/2014, aveva poi rilevato che, ad oggi, la stessa continuerebbe "*a non possedere neppure le caratteristiche del modello organizzativo previsto dall'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 per la costituzione di centrali di committenza da parte dei comuni, continuando ad avere (nonostante l'intervenuta estromissione dei soci privati) una sostanziale natura privatistica, in quanto società di diritto privato costituita da altre associazioni (ASMEL Campania ed ASMEL Calabria)*".

Al contrario, per l'ordinamento italiano le centrali di committenza sono costituite da:

- enti pubblici (province e città metropolitane), ovvero
- forme associative di enti locali, quali "l'unione di comuni" o anche il consorzio di comuni, sorte a seguito di accordi ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000 (Testo Unico degli Enti Locali, cd TUEL).

Inoltre, anche ammettendo il ricorso a soggetti privati per l'esercizio delle funzioni di committenza, questi dovrebbero comunque essere organismi *in house*, e la loro attività dovrebbe essere limitata al territorio dei comuni fondatori.

Ciò, mentre ASMEL non potrebbe rientrare neppure in quest'ultima categoria, in quanto mancherebbero:

- il requisito del controllo analogo, essenziale ai fini della configurazione di un soggetto *in house*;
- limiti territoriali definiti per l'esercizio dell'attività di committenza, dal momento che ASMEL opera a livello nazionale.

A fondamento delle proprie conclusioni, il Consiglio di Stato ha richiamato la sentenza C 3/19 (ASMEL Soc. cons. a r.l vs. ANAC) della Corte di Giustizia UE (per approfondimenti, vedi **NEWS ANCE ID 40643 dell'11 Giugno 2020)**, secondo la quale le norme di diritto interno che prescrivono **modelli di organizzazione di centrali di committenza aventi natura esclusivamente pubblica**, senza la partecipazione anche di privati, e **limitano l'ambito di operatività territoriale** delle centrali di committenza ai rispettivi territori degli enti locali "fondatori" sono conformi all'ordinamento comunitario.

Infine, quanto alla tematica della legittimità degli oneri di committenza a carico degli aggiudicatari, il Consiglio di Stato ha deciso di non valutarla nel merito, ritenendola assorbita dalla questione pregiudiziale della negazione del ruolo di centrale di committenza di ASMEL Consortile, che ha portato all'annullamento dell'intera procedura di gara.

La sentenza, laddove sancisce l'inidoneità di ASMEL a svolgere il ruolo di centrale di committenza, si inserisce nel solco di diverse altre pronunce sul tema, sia da parte dei Giudici amministrativi che dell'ANAC (delibere ANAC n. 32/2015 e n. 179/2020, vedi **NEWS ANCE ID 39818 del 30 APRILE 2020)**; TAR Lazio – Roma, sent. n. 2339/2016; TAR Lombardia – Milano, sent. n. 240/2020, vedi **NEWS ANCE ID 38422 del 6 febbraio 2020)**; Consiglio di Stato, n. 6787/2020, vedi **NEWS ANCE ID N. 42271 del 5 Novembre 2020**), oltre che – come riportato dallo stesso Consiglio di Stato – della menzionata sentenza C 3/19 della Corte di Giustizia comunitaria.

In conclusione, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del TAR Campania, accogliendo il ricorso di primo grado ed annullando – come richiesto dall'impresa ricorrente – l'intera procedura di gara, **illegittima poiché demandata alla gestione di un soggetto che non poteva rivestire la posizione di centrale di committenza.**

Si allega la sentenza in commento.

42557-CdS 6975_2020.pdfApri