

Csti di gestione delle gare telematiche ASMEL: il TAR Lombardia ne conferma l'illegittimità

10 Febbraio 2020

Il TAR Lombardia - Milano, sez. II, il 3 febbraio u.s., con sentenza n. 240/2020, ha (tra le altre statuizioni) **ribadito l'illegittimità delle clausole dei bandi che pongano, a carico dell'aggiudicatario, il pagamento di un determinata somma a titolo di corrispettivo**, in favore di ASMEL, **nell'ambito delle gare telematiche** svolte sulla piattaforma di e-*procurement* appartenente a quest'ultima, Asmecom. Nel caso di specie, peraltro, si trattava di una somma particolarmente consistente (80,000 Euro oltre IVA).

Nella vicenda in esame, è stata l'ANAC ad aver proposto impugnazione avverso un bando di gara avente ad oggetto una procedura aperta per l'affidamento di una o più Convenzioni Quadro (della durata di 18 mesi, con ulteriori successivi 18 mesi in opzione), per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori *smart city* per gli Enti associati ASMEL.

Infatti, in questo caso, il soggetto aggiudicatore era la stessa ASMEL - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali.

La pronuncia segue l'adozione dell'**ordinanza cautelare 2 novembre 2019, n. 1446**, emessa dal TAR nell'ambito dello stesso giudizio, in cui **veniva già riconosciuta la sussistenza del *fumus in ordine alle richieste avanzate dall'ANAC*** all'interno del ricorso.

Ora, con questa pronuncia di merito, il Tribunale lombardo non soltanto conferma e spiega quanto aveva già lasciato intendere in sede cautelare, ma **si pone in totale continuità** (per il profilo che qui maggiormente interessa) **con quanto già statuito dal TAR Lecce, nella sentenza n. 1664, del 31 ottobre 2019**, che i Giudici milanesi citano più volte espressamente.

Il contenzioso innanzi al Tar Lecce, lo si ricorda, è stata promosso, tra gli altri, in qualità di ricorrenti, da ANCE e ANCE Lecce

Con il provvedimento in commento, quindi, il TAR Milano **accoglie integralmente le richieste mosse dall'ANAC, la quale, nel proprio ricorso, aveva evidenziato la contrarietà all'articolo 23 della Costituzione e all'articolo 41, comma 2-bis, del Codice dei contratti pubblici**, del disciplinare di gara, laddove impone ai concorrenti di corredare l'offerta di un **atto unilaterale d'obbligo mediante il quale impegnarsi**, in caso di aggiudicazione, a versare ad ASMEL la rilevante somma di 80,000 Euro oltre IVA, "*indipendentemente dal plafond assegnato*".

In particolare, la pronuncia in commento sancisce chiaramente che **"Simile corrispettivo sembra concretare - in assenza di espressa copertura legislativa specifica - una violazione di legge (art. 41, comma 2 bis del Decreto Legislativo n. 50/2016 e art. 23 della Costituzione)"**, richiamando esplicitamente, come anticipato, la citata sentenza del TAR leccese.

In aggiunta a tale, fondamentale conferma, tuttavia, il TAR lombardo confuta un ulteriore argomento difensivo dedotto da ASMEL quale giustificativo dell'addebito economico in parola, ossia la sussistenza di una previsione legislativa generale nell'articolo 16-bis del R.D. 18 novembre 1923, n.

2440, (secondo cui “le spese di copia, stampa, carta bollata e tutte le altre inerenti ai contratti sono a carico dei contraenti con l’amministrazione dello Stato”).

Nel novero di tale disposizione, secondo il TAR, **non può essere ricompreso l’onere di gestione delle piattaforme telematiche di negoziazione**, “sia per la consistenza dell’importo, che non è neppure rapportato alle spese, sia perché **l’applicazione di tale normativa non necessiterebbe di un atto unilaterale d’obbligo** che, evidentemente, mira **al fine ulteriore e diverso della remunerazione per l’attività svolta nell’interesse dei Comuni aderenti**”.

Pertanto, la riserva di legge che l’art. 23 della Costituzione richiede non può dirsi soddisfatta, con conseguente persistenza nella violazione sia di quest’ultima norma, sia dell’art. 41 del Codice dei contratti pubblici.

Peraltro, val la pena notare che il TAR ammette espressamente che le somme versate dagli aggiudicatari devono “considerarsi come una parte certamente non irrilevante del finanziamento dell’attività specifica” svolta da ASMEL.

L’altro aspetto toccato dalla sentenza in commento è relativo alla stessa **legittimazione di ASMEL ad operare quale Centrale di committenza** in favore dei Comuni consorziati. Infatti, rilevano i Giudici amministrativi, sebbene ASMEL ritenga di avere natura di organismo di diritto pubblico, essa è **priva dei requisiti** per potersi qualificare come tale. Ed infatti:

- la natura di organismo di diritto pubblico impone, in primo luogo, la sottoposizione dell’organismo stesso alle regole di evidenza pubblica, nell’esercizio della propria attività amministrativa tipica; invece, ASMEL non invoca tale istituto “ritenendo che a sé si applichi la regolazione pubblicistica, giacché **si tratta di regole che trovano piuttosto applicazione per gli associati di ASMEL**”, ossia soggetti per i quali le regole dell’evidenza pubblica **operano già ex se**;
- non sarebbe possibile rilevare, poi, la sussistenza del **requisito dell’influenza pubblica dominante**, intesa dal Tribunale come “il legame che unisce l’organismo di diritto pubblico a un’altra amministrazione aggiudicatrice, sia essa lo Stato, un’amministrazione territoriale o un altro organismo di diritto pubblico”. Ciò, rilevano i Giudici milanesi, in quanto sembrerebbe difficile rinvenire alcuno degli indici sintomatici di tale influenza (finanziamento maggioritario operato da altri soggetti pubblici; gestione soggetta al controllo di questi ultimi – c.d. “controllo di gestione”; ingerenza dello Stato o di altro ente pubblico nella nomina di un quorum qualificato – più della metà – dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza), per via, sostanzialmente, dell’**elevato numero di soggetti associati**, che “rende non predicabile un sostanziale ed effettivo controllo da parte di alcuno dei soggetti coinvolti nell’associazione”;
- da ultimo, sarebbe altrettanto difficoltoso rilevare il cd “requisito teleologico”, ossia l’esercizio, in via prioritaria, di un’attività diretta a soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale. Infatti, a parere del Tribunale, **deve escludersi che ASMEL “intenda operare per conto degli associati senza alcuna finalità di lucro**”, e ciò proprio in quanto **il servizio da quest’ultima svolto è “specificamente remunerato dagli aggiudicatari**”.

Pertanto, conclude sul punto il TAR, deve escludersi che ASMEL “operi nel caso di specie come organismo di diritto pubblico e, quindi, che Asmel Associazione sia munita di legittimazione a svolgere le funzioni di centrale di committenza”.

Le conclusioni raggiunte dalla sentenza in commento rappresentano **un'ulteriore ed autorevole conferma di quanto** – ormai, da tempo – **sostenuto da ANCE**. In particolare, l'Associazione si è sempre battuta, presso tutte le autorità competenti, per far rilevare e dichiarare l'illegittimità di qualsiasi addebito a danno degli aggiudicatari delle gare, trovando sempre riscontri positivi, sia presso l'ANAC, sia in sede giurisdizionale.

Inoltre, **non può non essere evidenziato il ruolo dell'ANAC**, che, in questa vicenda, ha deciso di “scendere in campo” in prima persona, prima, inoltrando ad ASMEL un parere ex art. 211, comma 1-ter, del Codice dei contratti pubblici (nel quale venivano rilevate le criticità sopra esposte) e, in seguito, a causa dell'inottemperanza di ASMEL alle prescrizioni di tale provvedimento, impugnando direttamente il bando, in applicazione, stavolta, dell'art. 211, comma 1-bis, dello stesso D.lgs. n. 50/2016.

Poteri, questi, sinora utilizzati dall'Autorità con oculata parsimonia.

Pertanto, la scelta dell'ANAC di esercitarli proprio in questo caso, rivela certamente una **decisa presa di posizione dell'Autorità** di vigilanza sulla tematica dei costi di gestione delle gare telematiche, oltre all'**elevatissima urgenza del problema**.

Infine, il TAR, accogliendo il ricorso dell'ANAC, conclude annullando il bando, unitamente a tutti gli altri documenti di gara e gli altri atti comunque connessi.