

La funzione di vigilanza collaborativa e la legittimazione ad agire in giudizio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 23-3-2020

Sussistente il pregiudizio grave ed irreparabile nel rischio di consolidamento di posizioni pregiudizievoli - e potenzialmente irreversibili - per le pubbliche amministrazioni e per l'intero sistema degli appalti pubblici, tale da consolidare la legittimazione ANAC ai sensi dell'art. 211 D.Lgs. n. 50/2016. Le previsioni normative contenute nell'alveo del disposto legale appena citato conferiscano ad A.N.A.C. una legittimazione straordinaria ed eccezionale in ragione della funzione (vigilanza e controllo sugli appalti pubblici) che le è assegnata dalla Legge. La previsione di cui all'articolo 211, comma 1-quater, del D.Lgs. 50/2016 onera la stessa A.N.A.C. di individuare con proprio regolamento i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter.

GUIDA ALLA LETTURA

La legittimazione “speciale” di Anac nel sistema della tutela giurisdizionale in materia di controversie sui contratti pubblici si inserisce in un quadro normativo più ampio che vede i suoi albori nelle previsioni di cui alle tre direttive del 2014 in materia di Contratti Pubblici. In tal senso, risulta interessante il richiamo operato dal considerando n. 122 della Direttiva 2014/24/UE alla Direttiva n. 89/66/CEE. Quest'ultima direttiva stabilisce che determinate procedure di ricorso: “siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del Diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso”. Nel prosieguo del citato considerando n. 122 della Direttiva 2014/24/UE è precisato inoltre che “Tuttavia, i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente. Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali,

autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit”.

Si combina l'esigenza di assicurare l'attuazione concreta delle Direttive del 2014 (2014/23UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE) salvaguardando il diritto alla tutela giurisdizionale ma anche la possibile soluzione precontenziosa.

Sul punto, è importante ricordare quanto definito dall'art. 2, par. 9 della Direttiva 2007/66/UE “che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici”, che, con riferimento agli organi a cui fare riferimento per un ricorso per garantire il rispetto del diritto sostanziale dei contratti pubblici, prevede: “Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni sono sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di ricorso competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 del trattato e che sia indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso”.

L'art. 213 del D.Lgs. n. 50/2016 affida ad ANAC la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, oltre a prevedere, con una apposita norma di chiusura, che “resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”.

In tale contesto, si inserisce il potere espresso dall'art. 211 del Codice dei Contratti Pubblici. Esso, a seguito del correttivo intervenuto sul Codice dei Contratti pubblici, introduce nuovi poteri attribuiti all'Autorità.

Infatti, con i commi 1-bis e 1-ter dell'art. 211 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, aggiunti dall'art. 52-ter del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, «(...) si è in presenza di un peculiare strumento di vigilanza collaborativa (con le stazioni appaltanti) che si coniuga con i più generali poteri di vigilanza e controllo (delineati dall'art. 213 del Codice) per assicurare - quanto più possibile - il pieno ed effettivo rispetto dei principi su cui sono imperniati gli appalti pubblici: se ciò risulta di pregnante evidenza quanto alla previsione di cui all'art. 211, comma 1-ter, ad identiche conclusioni può giungersi anche con riferimento alla previsione di cui al comma 1-bis, non potendo escludersi che anche il ricorso diretto, sia pur con una modalità più incisiva di quello mediato con il parere motivato, costituisca una forma di vigilanza collaborativa ai fini della tutela dell'interesse pubblico alla legittimità ed alla legalità dell'azione amministrativa in materia di procedure relative all'affidamento di contratti pubblici, che si ritiene violata. Sotto altro concorrente profilo non sembra potersi ragionevolmente negare che il potere di cui si discute, anche per la sua collocazione sistematica (parte IV, Disposizioni finali e transitorie; capo II, Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale; sub art. 211, rubricato “Pareri di precontenzioso dell'ANAC”) abbia finalità latu sensu deflative del contenzioso, in particolare con riguardo alla previsione di cui al comma 1-ter^[1]».

Il potere di impugnare i bandi, di cui al citato art. 211 comma 1-ter del Codice dei Contratti Pubblici, è stato per la prima volta impiegato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, a seguito dell'emissione di un parere motivato nel quale sono stati indicati specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è stato trasmesso alla stazione appaltante, ma considerato che la stessa stazione appaltante non si è conformata nei termini assegnati da ANAC, l'Autorità ha presentato ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo.

L'iter procedurale compiuto da ANAC - ex art. 211, comma 1-ter del Codice – rappresenta, quindi, il presupposto utile per sollecitare un eccezionale potere di autotutela della stazione appaltante, rappresentando quindi una forma di vigilanza collaborativa per tutelare un interesse pubblico, quale strumento di vigilanza collaborativa ai fini della tutela dell'interesse pubblico.

La Sentenza del Tar Lombardia in commento ripercorre quanto sopra delineato, fino al concretizzarsi del ricorso innanzi al giudice da parte dell'Autorità, quale extrema ratio a tutela dell'interesse pubblico e per sanare la divergenza tra due soggetti pubblici: l'autorità e la stazione appaltante.

In particolare, l'Autorità nazionale anticorruzione ha riscontrato gravi violazioni alle previsioni del Codice dei contratti pubblici in relazione alla “Procedura Aperta per l'affidamento di una o più Convenzioni Quadro, della durata di 18 mesi, e ulteriori successivi 18 mesi in opzione, ai sensi dell'articolo 60 del D. Lgs. n. 50/2016, interamente telematica ai sensi dell'articolo 58 del D. Lgs. 50/2016 con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016 per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori smart city per gli Enti associati ASMEL. CIG: 7998175ECB”, contestando diverse violazioni, e, tra le altre, il difetto di qualificazione di ASMEL, considerato che la stessa non possiede i requisiti per bandire una gara per la stipula di convenzioni quadro per l'acquisizione di forniture a favore di pubbliche amministrazioni.

Ritenendo la violazione delle norme, ANAC ha proceduto, preventivamente, a segnalarle ad Asmel s.c. a r.l. con parere motivato del 23 agosto 2019, assegnando il termine di cinque giorni dalla ricezione per conformarvisi.

A seguito del mancato riscontro al parere emesso, l'Autorità ha adito il Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti.

La Seconda Sezione del Tar Lombardia ha ritenuto sussistente il pregiudizio grave ed irreparabile che A.N.A.C. ha individuato nel rischio di “consolidamento di posizioni pregiudizievoli - e potenzialmente irreversibili - per le pubbliche amministrazioni e per l'intero sistema degli appalti pubblici”, stabilendo che “non sussiste la legittimazione di Asmel all'espletamento delle funzioni di centrale di committenza per l'affidamento di convenzioni quadro”. Dal momento che il servizio svolto “è specificamente remunerato dagli aggiudicatari”, infatti, “deve escludersi che l'Associazione intenda operare per conto degli associati senza alcuna finalità di lucro”. Di conseguenza deve parimenti escludersi che essa

“operi nel caso di specie come organismo di diritto pubblico”.

Inoltre, il Giudice Amministrativo di primo grado ha sottolineato come “le previsioni normative contenute nell’alveo del disposto legale appena citato conferiscano ad A.N.A.C. una legittimazione straordinaria ed eccezionale in ragione della funzione (vigilanza e controllo sugli appalti pubblici) che le è assegnata dalla Legge (Consiglio di Stato, Commissione speciale del 4 aprile 2018, parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018). La previsione di cui all’articolo 211, comma 1-quater, del D.Lgs. 50/2016 onera la stessa A.N.A.C. di individuare con proprio regolamento “i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter”.

La legittimazione ad agire di A.N.A.C. si è concretizzata attraverso l’adozione della delibera autorizzativa, in linea con quanto ritenuto dal Consiglio di Stato nel parere reso e già citato in merito al Regolamento sull’esercizio dei poteri di cui all’art. 211 commi 1-bis e 1-ter del D.Lgs. 50/2016: “ogni qualvolta l’Autorità, nel rispetto delle previsioni di legge e di regolamento, eserciterà in concreto quei poteri di azione eccezionalmente attribuiti dovrà concretamente motivare la relativa decisione” (Consiglio di Stato, Commissione speciale del 4 aprile 2018, parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018).

[\[1\]](#) Cfr. il Parere reso dal Consiglio di Stato, Sezione affari normativi – Commissione Speciale n. 1119 del 26 aprile 2018 sul Regolamento Anac sull’esercizio dei poteri di cui all’art. 211 commi 1-bis e 1-ter del D.Lgs. 50/2016. Sulla base di quanto previsto dalla legge delega, con l’art. 211, comma 1-quater, del D.Lgs. n. 50/2016 si prescrive che «L’ANAC, con proprio regolamento, (ha) individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter».

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2031 del 2019, proposto da

A.N.A.C. - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata ex lege presso gli uffici dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Milano, ubicati in Milano, via Freguglia, 1;

contro

- Asmel - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti locali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Berruti e Marco A. Monaco, con domicilio eletto presso l'avvocato Marco A. Monaco, con studio ubicato in Milano, via Agnello, n. 12;

- Asmel Consortile s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

- Comune di Olgiate Olona, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 9 del 7 agosto 2019 e sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. S-151 del 7 agosto 2019 avente ad oggetto "Procedura Aperta per l'affidamento di una o più Convenzioni Quadro, della durata di 18 mesi, e ulteriori successivi 18 mesi in opzione, ai sensi dell'articolo 60 del D. Lgs. n.

50/2016, interamente telematica ai sensi dell'articolo 58 del D. Lgs. 50/2016 con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016 per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori smart city per gli Enti associati ASMEL. CIG: 7998175ECB”;

- di “tutti gli altri documenti di gara e, in particolare, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico, dello schema di convenzione quadro e di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato, conseguente e/o attuativo”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asmel - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti locali;

Visti i decreti monocratici n. 1277/2019 e n. 1370/2019;

Vista l'ordinanza collegiale n. 2182/2019 della Sezione;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1446/2019 della Sezione;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2020 il dott. Lorenzo Cordi' e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Autorità nazionale anticorruzione (nel prosieguo indicata anche come “l'Autorità” o come “A.N.A.C.” o, in ultimo, come “la ricorrente”) propone ricorso ex articolo 211, comma 1-bis e comma 1-ter, del D. Lgs.18 aprile 2016 n. 50, chiedendo l'annullamento: a) del bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 9 del 7 agosto 2019 e sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. S-151 del 7 agosto 2019 avente ad oggetto

“Procedura Aperta per l'affidamento di una o più Convenzioni Quadro, della durata di 18 mesi, e ulteriori successivi 18 mesi in opzione, ai sensi dell'articolo 60 del D. Lgs. n. 50/2016, interamente telematica ai sensi dell'articolo 58 del D. Lgs. 50/2016 con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016 per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori smart city per gli Enti associati ASMEL. CIG: 7998175ECB”; b) di “tutti gli altri documenti di gara e, in particolare, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico, dello schema di convenzione quadro e di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato, conseguente e/o attuativo”.

2. In punto di fatto, l'Autorità nazionale anticorruzione deduce di riscontrare gravi violazioni alle previsioni del Codice dei contratti pubblici in relazione alla procedura indicata sub 1. Le segnala ad Asmel s.c. a r.l. con parere motivato del 23 agosto 2019 (documento n. 7 delle produzioni di A.N.A.C.), con il quale assegna, inoltre, il termine di cinque giorni dalla ricezione per conformarsi (nota di trasmissione del 23 agosto 2019 prot. n. 66849; documento n. 8 delle produzioni di A.N.A.C.). L'invito di A.N.A.C. rimane senza riscontro e, per questo, l'Autorità adisce l'intestato Tribunale per sentire annullare gli atti indicati in epigrafe.

3. L'Autorità articola quattro motivi di ricorso.

3.1. Con il primo motivo (rubricato: “Difetto di qualificazione della stazione appaltante - Violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 5, 17, 37,38,39, 42 e 213 comma 16 del D. Lgs. n. 50/2016, incompetenza, arbitrarietà, violazione della l. n. 136/2010, del d.P.C.M. 30 giugno 2011 e 11 novembre 2014, violazione del D.l. n. 66/2014, convertito in L. n. 89/2014, violazione della riserva della titolarità e dell'esercizio del potere amministrativo in capo alle pp.aa. ed ai soggetti ad esse equiparati dall'ordinamento giuridico”), l'Autorità censura i provvedimenti impugnati evidenziando come: a) non sia chiaro “nel bando di gara quali siano i ruoli, le funzioni e i compiti attribuiti ad Asmel Associazione e ad Asmel Consortile e tale circostanza costituisce essa stessa una grave violazione delle norme del codice dei contratti pubblici, e in particolare dell'art. 71 del d. lgs. 50/2016, che, attraverso il richiamato all'allegato XIV, lett. c, impone che nei bandi di gara siano indicati chiaramente il nome e il tipo di amministrazione aggiudicatrice e se questa è una centrale di committenza” (foglio 6 del ricorso introduttivo); b) sia Asmel Associazione che Asmel consortile non posseggano i requisiti per bandire una gara per la stipula di convenzioni quadro per l'acquisizione di forniture a favore di pubbliche amministrazioni.

3.2. Con il secondo motivo (rubricato: “Violazione dell'art. 41, comma 2-bis, del decreto legislativo n. 50/2016 e dell'art. 23 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 59, comma 3, d. lgs. n. 50/2016”), l'Autorità lamenta la contrarietà alle previsioni di cui all'articolo 23 della Costituzione e all'articolo 41, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 50/2016 del punto 3.2.5 del disciplinare di gara che impone di corredare l'offerta di un atto unilaterale d'obbligo con il quale i concorrenti si impegnano “a versare ad ASMEL – Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali, prima della stipula della convenzione quadro, il corrispettivo di € 80.000,00 (ottantamila/00) oltre IVA, indipendentemente dal plafond assegnato”. Obbligazione che costituisce elemento essenziale dell'offerta.

3.3. Con il terzo motivo di ricorso (rubricato: “Violazione dei principi di concorrenza, della par condicio dei potenziali partecipanti alla gara, di ragionevolezza e di tutti i principi richiamati dall’art. 1 del d. lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell’art.83, comma 1, lett. b) e c), 4 e 5, del d. lgs. n. 50/2016. Violazione dell’art.1, comma 1, lett. r) e z) della legge n. 11 del 2016 e dell’art.58 della Direttiva 2014/24/UE. Illogicità ed incongruità manifeste”), A.N.A.C. deduce la mancanza di chiarezza delle clausole di cui ai punti 3.2.2 e 3.2.3 del bando che attribuirebbero alla stazione appaltante un’eccessiva discrezionalità nella selezione dell’aggiudicatario.

3.4. Con il quarto motivo (rubricato: “Violazione dei principi di concorrenza, del favor participationis, della par condicio dei potenziali partecipanti alla gara, di ragionevolezza e di tutti i principi richiamati dall’art. 1 del d. lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell’art. 79, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016; illogicità e incongruità manifeste sotto altro diverso profilo”), A.N.A.C. lamenta l’eccessiva ristrettezza del termine di presentazione delle offerte che impedirebbe agli operatori la formulazione di un’offerta adeguata e consapevole anche tenuto conto dell’elevato valore della gara.

4. A.N.A.C. chiede la concessione di misure cautelari monocratiche al fine di evitare il “consolidamento di posizioni pregiudizievoli - e potenzialmente irreversibili - per le pubbliche amministrazioni e per l’intero sistema degli appalti pubblici”. Istanza respinta con decreto presidenziale n. 1277/2019 nel quale si evidenzia che, “alla luce della prossima celebrazione dell’udienza camerale nella quale la Sezione si pronuncerà sull’istanza cautelare ordinaria, le circostanze addotte inducono ad escludere che nel breve periodo di tempo residuo possano prodursi effetti irreversibilmente pregiudizievoli per l’interesse azionato”.

5. In data 7 ottobre 2019 si costituisce in giudizio Asmel - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali chiedendo di dichiarare il ricorso inammissibile o, comunque, infondato. In data 11 ottobre 2019 la parte resistente deposita articolata memoria difensiva con la quale eccepisce, in primo luogo, l’inammissibilità del ricorso per difetto dei presupposti di cui all’articolo 211 del D.Lgs. n. 50 del 2016, come interpretato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Asmel associazione deduce, inoltre, la carenza di fumus boni iuris e l’insussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare richiesta dall’Autorità.

6. All’esito dell’udienza in camera di consiglio del 15 ottobre 2019 la Sezione adotta l’ordinanza collegiale n. 2182/2019 con la quale dispone incumbenti istruttori. In particolare, la Sezione evidenzia come l’Associazione Asmel eccepisca l’inammissibilità del ricorso per mancanza di una condizione dell’azione costituita dall’omessa produzione in giudizio della delibera motivata del Consiglio dell’Autorità che decide l’esercizio del potere di ricorso ex articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del D.Lgs. n. 50 del 2016. La Sezione, preso atto del deposito, in data 14 ottobre 2019, di un estratto del verbale n. 23 del 4 settembre 2019 e di un estratto del verbale n. 24 del 18 settembre 2019, dichiara la produzione documentale (ritenuta tardiva dall’Associazione resistente) ammissibile trattandosi di documenti: a) versati in giudizio a seguito dell’eccezione formulata dalla parte resistente e, come tali, conseguenza dello svolgimento dialettico del processo; b) afferenti, in ogni caso, alla capacità processuale della parte e, come tali, non soggetti a preclusioni processuali. La Sezione dispone, inoltre, il

deposito “di copia integrale delle delibere autorizzative del potere (salvo l’oscuramento con appositi omissis delle sole parti che risultino coperte per legge da segreto)”, ritenendo l’acquisizione di tali documenti necessaria al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per la legittimazione straordinaria ed eccezionale assegnata ad A.N.A.C., stante le argomentazioni esposte dal Consiglio di Stato (Commissione speciale del 4 aprile 2018) nel parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018.

7. In adempimento dell’incombente istruttorio disposto dalla Sezione, l’Autorità deposita in giudizio: a) copia del verbale n. 23 del 4 settembre 2019, corredato della relazione dell’Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali, del parere del Presidente A.N.A.C. e di una relazione integrativa dell’Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali; b) copia del verbale n. 24 del 18 settembre 2019, corredato di un “appunto per il Consiglio” e della bozza del ricorso giurisdizionale.

7.1. Con ordinanza n. 1446/2019 la Sezione accoglie la domanda cautelare formulata da A.N.A.C. evidenziando, in primo luogo, come la documentazione prodotta in giudizio provi la sussistenza della capacità processuale della ricorrente all’esercizio di un atto espressivo della legittimazione straordinaria ed eccezionale conferita e supportato (anche per relationem agli ulteriori documenti acclusi ai verbali) da un idoneo impianto motivazionale, come richiesto dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato richiamato al punto 6 della presente sentenza.

7.2. La Sezione ritiene, inoltre, sussistente il fumus boni iuris in relazione al primo motivo di ricorso evidenziando che: a) “la gara in esame non è riconducibile al disposto normativo di cui all’articolo 3, comma 1, lettera cccc), n. 1, del D.Lgs. n. 50/2016 che indica tra gli strumenti d’acquisto le Convenzioni quadro di cui all’articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori, non essendo né Asmel Associazione né Asmel consortile iscritte nell’elenco istituito ai sensi dell’articolo 9 del d.l. 24 aprile 2014 n. 66, convertito in l. 23 giugno 2014 n. 89”; b) l’Associazione Asmel non è riconducibile al novero delle amministrazioni aggiudicatrici che la previsione di cui all’articolo 3, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 50/2016 indica nelle amministrazioni dello Stato, negli enti pubblici territoriali, negli altri enti pubblici non economici, negli organismi di diritto pubblico, nelle associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti, e, di conseguenza, deve ritenersi precluso lo svolgimento del ruolo di centrale di committenza come definita dalla previsione di cui all’articolo 3, comma 1, lettera i) del D.Lgs. n. 50/2016; c) pur volendo ipotizzare la conferibilità di tale funzione, non sarebbe asseribile in concreto la possibilità di svolgimento del ruolo di centrale di committenza stante il mancato rispetto della procedura ad evidenza pubblica necessaria in tale ipotesi.

7.3. La Sezione ritiene, inoltre, provvisto di adeguato fumus boni iuris il secondo motivo di ricorso richiamando recente giurisprudenza sulla questione (T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, sez. III, ordinanza 29 maggio 2019, n. 328; T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, sez. III, 31 ottobre 2019, n. 1664, relativa alla medesima controversia).

7.4. In ultimo, la Sezione ritiene sussistente il pregiudizio grave ed irreparabile che A.N.A.C. individua nel rischio di “consolidamento di posizioni pregiudizievoli - e potenzialmente

irreversibili - per le pubbliche amministrazioni e per l'intero sistema degli appalti pubblici”.

8. In vista dell'udienza pubblica del 10 gennaio 2020 le parti depositano documenti e memorie difensive. All'udienza pubblica del 10 gennaio 2020 la causa è trattenuta in decisione dopo la discussione dei difensori delle parti.

9. Preliminarmente il Collegio ritiene necessario ribadire la completezza della documentazione prodotta da A.N.A.C. in adempimento dell'incombente istruttorio assegnato all'Autorità con ordinanza n. 2182/2019 della Sezione e la conseguente ricorrenza dei presupposti previsti per l'esercizio del potere di impugnazione ex articolo 211, comma 1-bis e 1-ter, del D.lgs. n. 50/2016.

9.1. Sul punto si evidenzia come le previsioni normative contenute nell'alveo del disposto legale appena citato conferiscano ad A.N.A.C. una legittimazione straordinaria ed eccezionale in ragione della funzione (vigilanza e controllo sugli appalti pubblici) che le è assegnata dalla Legge (Consiglio di Stato, Commissione speciale del 4 aprile 2018, parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018). La previsione di cui all'articolo 211, comma 1-quater, del D.Lgs. 50/2016 onera la stessa A.N.A.C. di individuare con proprio regolamento “i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter”. Il Consiglio di Stato ritiene che “ogni qualvolta l'Autorità, nel rispetto delle previsioni di legge e di regolamento, eserciterà in concreto quei poteri di azione eccezionalmente attribuiti dovrà concretamente motivare la relativa decisione” (Consiglio di Stato, Commissione speciale del 4 aprile 2018, parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018). Pertanto, dall'impianto argomentativo del parere del Consiglio di Stato emerge come la motivazione espressa dal Consiglio dell'A.N.A.C. costituisca un requisito necessario dell'autorizzazione all'esercizio del potere. Nella prospettiva del Consiglio di Stato, la delibera autorizzativa risulta necessaria al fine di comprendere compiutamente la ragioni a sostegno dell'atto espressivo della legittimazione straordinaria ed eccezionale conferita all'Autorità. Simile delibera assume, quindi, precipua rilevanza processuale e, per tale ragioni, non è assimilabile alla deliberazione dell'organo statale competente a promuovere la lite che attiene, invece, al rapporto interno tra l'Amministrazione e l'Avvocatura dello Stato (cfr., ex multis, Cassazione civile, sez. III, 26 luglio 1997, n. 7011, Cassazione civile, Sezioni unite, 28 ottobre 1995, n. 11296).

9.2. Nel caso di specie, l'Autorità provvede a depositare in giudizio: a) copia del verbale n. 23 del 4 settembre 2019, corredato della relazione dell'Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali, del parere del Presidente A.N.A.C. e di una relazione integrativa dell'Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali; b) copia del verbale n. 24 del 18 settembre 2019, corredato di un “appunto per il Consiglio” e della bozza del ricorso giurisdizionale. Tale documentazione prova la sussistenza della capacità processuale di A.N.A.C. all'esercizio di un atto espressivo della legittimazione straordinaria ed eccezionale conferita all'Autorità e supportato (anche per relationem agli ulteriori documenti acclusi ai verbali) da un idoneo impianto motivazionale, come richiesto dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato. Infatti, dalla documentazione in esame si evincono le ragioni fattuali a sostegno dell'intervento di A.N.A.C. e sono, altresì, indicati i presupposti giuridici su cui si fonda l'azione che verranno esaminati analiticamente nell'ambito della trattazione dei singoli motivi di ricorso.

10. Entrando in medias res, occorre procedere ad esaminare il primo motivo di ricorso con il quale l'Autorità deduce, in sostanza, la non legittimazione di Asmel Associazione e di Asmel consortile ad esplicitare il ruolo di centrale di committenza.

11. Il motivo è ammissibile e fondato.

11.1. In primo luogo, il Collegio non condivide l'eccezione di inammissibilità formulata dalla difesa di Asmel Associazione e ribadita nel corso della discussione finale. Come spiegato nell'ordinanza cautelare n. 1446/2019, la censura di A.N.A.C. va ricondotta nell'alveo di cui all'articolo 211, comma 1-bis, D.Lgs. n. 50/2016 e di cui all'articolo 3, comma 2, lettera e) del Regolamento A.N.A.C. (allegato 1 di parte ricorrente). Tale disposizione consente all'Autorità di esercitare il potere di impugnazione conferito dalla previsione primaria nel caso di contratti di rilevante impatto, intesi, ex aliis, come quelli aventi ad oggetto lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro. La procedura di gara all'attenzione del Collegio è volta all'affidamento di una o più convenzioni quadro, della durata di 18 mesi, e ulteriori successivi 18 mesi in opzione, per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori "smart city" per gli Enti locali associati ad Asmel. Il valore dell'appalto è pari ad euro 831.320.954,55, oltre I.V.A. Di conseguenza, pare evidente la rilevanza della gara e la conseguente legittimazione dell'Autorità ad investire il Giudice amministrativo della verifica di legittimità dell'operato di Asmel associazione e di Asmel consortile.

12. Nel merito, le doglianze di A.N.A.C. sono fondate e non superate dalla documentazione prodotta in giudizio e dalle argomentazioni svolte da Asmel Associazione negli scritti difensivi finali.

13. In primo luogo, si osserva come la gara in esame non risulti, in parte qua, conforme alla previsione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera cccc), n. 1, del D.Lgs. n. 50/2016 che indica tra gli strumenti d'acquisto le Convenzioni quadro di cui all'articolo 26 della Legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da Consip s.p.a. e dai soggetti aggregatori, non essendo né Asmel Associazione né Asmel consortile iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9 del d.l. 24 aprile 2014 n. 66, convertito in l. 23 giugno 2014 n. 89. Lo conferma la stessa memoria difensiva dell'11 ottobre 2019 di Asmel Associazione che, al foglio 17 della suddetta memoria, spiega il rimando al nomen iuris "convenzione quadro" come non diretto a richiamare "il portato normativo che si riferisce alle prerogative di Consip S.p.A. ed ai soggetti aggregatori", ritenendosi, comunque, legittimata all'indizione della gara in quanto amministrazione aggiudicatrice. Un rilievo che, invero, non coglie nel segno dovendosi verificare, alla luce degli elementi della gara, se Asmel Associazione ed Asmel consortile siano legittimate ad agire quali centrali di committenza per simili procedure di affidamento. Quesito che riceve risposta negativa ove si consideri che la procedura ha ad oggetto, come correttamente dedotto dall'Autorità, proprio l'affidamento di convenzioni quadro con le quali le imprese prescelte si impegnano ad accettare ordinativi di fornitura alle condizioni previste. Affidamento che presenta, quindi, le caratteristiche strutturali e tipologiche delle convenzioni di cui all'articolo 26, comma 1, della L. 23 dicembre 1999 n. 488. Anche nel caso di specie, si è dinanzi, infatti, ad un pactum de modo contrahendi, ossia

ad un contratto “normativo” dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel “vincolare” la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti (cfr., per simile configurazione dell’accordo quadro, Corte dei Conti per la Campania, Sez. Contr., deliberazione 6 giugno 2018, n. 77; v., inoltre, il parere di A.N.A.C. n. 213/2013; cfr., nella giurisprudenza della Sezione, T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 24 gennaio 2020, n. 174). Non sussiste, quindi, la legittimazione di Asmel Associazione o Asmel consortile all’espletamento delle funzioni di centrale di committenza per l’affidamento di convenzioni quadro.

14. Pur volendo aderire alla prospettiva di parte resistente (che, come spiegato, svuota di sostanziale contenuto il richiamo al nomen iuris “convenzione quadro”), non risultano, in ogni caso, condivisibili le argomentazioni Asmel Associazione al fine di sostenere la propria natura di organismo di diritto pubblico e, quindi, la riconducibilità al novero delle Amministrazioni aggiudicatrici che la previsione di cui all’articolo 3, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 50/2016 indica nelle Amministrazioni dello Stato, negli enti pubblici territoriali, negli altri enti pubblici non economici, negli organismi di diritto pubblico, nelle associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

14.1. Osserva il Collegio come Asmel Associazione costituisca un’associazione non riconosciuta costituita ai sensi dell’articolo 36 c.c. con scrittura privata autenticata del 2 maggio 2010 dal Consorzio Asmez, da Asmenet Campania Società Consortile a r.l., da Asmenet Calabria Soc. Consortile a r.l. e dall’Associazione nazionale dei piccoli Comuni d’Italia. Di tale associazione fanno parte, oltre all’Associazione nazionale dei piccoli Comuni e ai Comuni che vengono ammessi ai sensi dell’articolo 3, comma 1, dello Statuto (allegato 10 delle produzioni di A.N.A.C.), una serie di soggetti formalmente privati tra cui, originariamente, il Consorzio Asmez a cui partecipano, per una quota pari al 30 per cento, due società private (la Selene service s.r.l. e Abacotelematica s.r.l.).

14.2. La presenza di soggetti privati è messa in rilievo dall’ordinanza cautelare n. 1446/2019 che nota come la resistente non offra “alcuna ulteriore evidenza per provare l’assunto della partecipazione pubblica totalitaria degli ulteriori soggetti formalmente privati che compongono l’associazione sia come soci fondatori che come soci ordinari (atteso che, nell’elenco allegato alla produzione documentale di parte resistente, compaiono cinque società a responsabilità limitata e quattro società per azioni)”.

14.3. In ragione di tale rilievo Asmel associazione deduce nella fase di merito ulteriori circostanze, depositando, altresì, documenti che offrirebbero la prova della presenza pubblica totalitaria. Il riferimento è, in primo luogo, alla partecipazione del Consorzio Asmez. Difatti, Asmel Associazione deposita: a) il recesso del Consorzio Asmez dall’associazione Asmel, con relativa certificazione di conformità all’originale sottoscritta in forma notarile (documento n. 12 di parte resistente); b) la delibera dell’associazione Asmel che prende atto ed accoglie il suddetto recesso (documento n. 13 di parte resistente); c) l’elenco degli associati ad Asmel, estratto dal libro associati, unitamente alle quote sottoscritte e versate da ogni ente, con relativa autentica notarile da cui si evincerebbe il sopravvenuto venir meno del Consorzio Asmez dalla compagine associativa (documento n. 14 di parte resistente). In secondo luogo, Asmel consortile produce in giudizio l’elencazione degli associati non rientranti tra gli enti

locali (documento 15 di parte resistente), nonché l'insieme di visure camerali e degli statuti dei soggetti formalmente privati (documenti nn. 22 e 23 di parte resistente) che comproverebbero la partecipazione pubblica totalitaria.

14.4. Dalla documentazione depositata in giudizio Asmel Associazione ritiene provati i presupposti per potersi configurare come organismo di diritto pubblico e, quindi, come Amministrazione aggiudicatrice. Osserva Asmel Associazione: a) di essere partecipata da soggetti esclusivamente pubblici (fogli 2 e 3 della memoria conclusiva); b) di avere, in ogni caso, soggettività giuridica pur essendo un'associazione non riconosciuta, dovendosi intendere il requisito secondo le indicazioni del diritto dell'Unione europea (fogli 4-7); c) di possedere il requisito dell'influenza pubblica dominante da desumere in ragione della ricorrenza del finanziamento pubblico maggioritario ("con particolare riguardo al fatto che il Fondo patrimoniale dell'associazione è costituito esclusivamente dalle quote associative da parte degli enti all'atto dell'ammissione e dalle quote associative annuali a carico dei soci per il raggiungimento dell'economicità di gestione e che nessun privato concorre al finanziamento della stessa"; foglio 7 della memoria difensiva finale) e dall'attribuzione alla "mano pubblica" dell'individuazione della totalità dei componenti del Consiglio nazionale, "organo a cui compete l'amministrazione ordinaria e straordinaria dell'Associazione, nominato dall'Assemblea degli associati" (foglio 7 della memoria difensiva finale); d) di possedere il requisito c.d. teleologico stante l'attività esercitata. In quanto organismo di diritto pubblico Asmel Associazione si ritiene legittimata a svolgere il ruolo di centrale di committenza per l'insieme degli enti locali associati.

15. Ritiene il Collegio che le deduzioni di Asmel impongano un preliminare constatazione sull'attuale struttura dell'associazione. Non si tratta, infatti, di una semplice unione o associazione di enti locali ma di una struttura "ibrida" che contiene in sé una serie di enti locali, un'associazione di Comuni e, in ultimo, una serie di soggetti formalmente privati ma con partecipazione pubblica totalitaria. Ed è proprio in considerazione di questa peculiare struttura che Asmel ritiene di poter agire quale centrale di committenza, non in quanto soggetto associativo di enti locali ma in quanto ex se un organismo pubblico che, in tale prospettiva, potrebbe assolvere le funzioni delle centrali di committenza. Non si tratta, inoltre, di un soggetto che intende qualificarsi come organismo di diritto pubblico per sottoporre le proprie attività alle regole pubblicistiche ma per rivendicare il ruolo di player nel mercato degli affidamenti pubblici da svolgere per conto di altre amministrazioni.

16. Tale situazione impone un'analitica disamina della nozione di organismo di diritto pubblico. Figura che costituisce la principale espressione dell'approccio sostanziale e funzionale di matrice europea ove la soggettività pubblica risulta predicabile se e nella misura in cui sia svolta un'attività tipicamente amministrativa. E' da tale intuizione eidetica che germina, del resto, l'idea di una pubblica Amministrazione "a geometrie variabili" ove la forma giuridica diviene un dato irrilevante potendosi ipotizzare l'attribuzione di soggettività e poteri pubblicistici in relazione alle attività espletate. Tale impostazione trova fondamento nel diritto dell'Unione europea e, in particolare, nel c.d. principio dell'effetto utile (articolo 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea), in forza del quale la qualificazione non assume rilievo ex se ma è strumentale al fine della sottoposizione dell'ente ad una specifica disciplina, allo scopo di perseguire un determinato risultato e di rispondere alle specifiche esigenze tutelate dalla

disciplina stessa. Precipitato di quanto espresso è il principio della neutralità delle forme (cfr. articolo 106 T.F.U.E.) che sancisce la tendenziale irrilevanza ai fini classificatori della forma assunta, dovendosi aver riguardo ad indici di pubblicità dai quali sia possibile desumere la sostanziale natura pubblicistica dell'ente. Fenomeno, invero, non inedito nell'ordinamento italiano ove, nel tempo, si intersecano percorsi volti a ricondurre nell'alveo dei pubblici poteri soggetti formalmente privati (cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1938, n. 33, e Cassazione civile, Sezioni unite, 7 marzo 1940, n. 18) ma che, certamente, acquisisce nuovo vigore nel policromo mosaico giuridico che si compone con il diritto dell'Unione europea.

16.1. In particolare, la figura dell'organismo di diritto pubblico sorge come strumento di estensione delle regole sovranazionali dettate in materia di appalti e mira a superare i limiti applicativi altrimenti derivanti da un approccio meramente formale stante anche la pluralità di soggetti di varia natura operanti negli ordinamenti dei singoli Stati membri. Percorso non immediato né agevole, segnato dai numerosi interventi normativi che investono la materia, riferibili solo in modo cursorio nell'ambito della presente trattazione. Incentrando la disamina sulle principali tappe di simile evoluzione si nota come la prima Direttiva (71/305/CEE), pur individuando la necessità di eliminare le specifiche restrizioni presenti negli ordinamenti nazionali e di armonizzare le varie normative interne, contiene un elenco tassativo di persone giuridiche pubbliche destinatarie, come tali, delle regole sull'evidenza pubblica. Soluzione che non consente, tuttavia, l'applicazione di tali regole a soggetti formalmente privati anche se segnati da evidenti connotazioni pubblicistiche. Si perviene, quindi, ad un nuovo approccio nelle direttive di seconda e terza generazione e nelle discipline dettate in relazione ai settori originariamente esclusi dalle politiche di coordinamento (Cfr.: la Direttiva C.E.E. 22 marzo 1988, n. 88/255 che modifica la Direttiva 77/62 sugli appalti pubblici di forniture; la Direttiva C.E.E. 18 luglio 1989, n. 89/440, che modifica la Direttiva n. 71/305 sugli appalti pubblici di lavori; cfr., inoltre: l'articolo 1, lettera b), della Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/37 sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori; l'articolo 1, lettera b), della Direttiva C.E.E. 18 giugno 1992, n. 92/50 sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi; l'articolo 1, lettera b), della Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/36, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture; cfr., ancora, il Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione europea, adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996. Vedi, inoltre: Direttiva C.E.E. 17 settembre 1990, n. 90/531, sostituita dalla Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/38, sulle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti fornitori di servizi di trasporto o operanti nel settore delle telecomunicazioni, acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni; Direttiva C.E.E. 21 dicembre 1989, n. 89/665; Direttiva C.E.E. 25 febbraio 1992, n. 92/13, sulle procedure di ricorso). Mutuando spunti provenienti anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (C.G.U.E., 20 settembre 1988, in C-31/87; C.G.U.E., 24 novembre 1982, in C-249/81; C.G.U.E., 6 ottobre 1981, in C-246/80), il legislatore europeo introduce la nozione di organismo di diritto pubblico che viene confermata anche nelle successive direttive in tema di appalti (V.: articolo 1 della Direttiva C.E.E. 18 luglio 1989, n. 89/440; articolo 1 della Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/36; articolo 1 della Direttiva C.E.E. 14 giugno 1993, n. 93/37; articolo 1 della Direttiva C.E.E. 18 giugno 1992, n. 92/50; articolo 2 della Direttiva C.E. 3 marzo 2004, n. 2004/17).

16.2. I tratti essenziali della figura sono da ultimo confermati nelle direttive del 2014 e mutate

dall'ordinamento interno. E' il caso della previsione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), del D.Lgs. 50 del 2016 che definisce l'organismo di diritto pubblico come "qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

16.3. Come chiarito da costante giurisprudenza sia interna che eurounitaria, "i suddetti requisiti devono intendersi come cumulativi e di conseguenza la mancanza anche di uno solo di essi porta ad escludere lo status di organismo di diritto pubblico e alla disapplicazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici" (Cassazione, sezioni unite, 28 marzo 2019, n. 8673; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570; Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6835; Consiglio di Stato, sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7031; nella giurisprudenza della C.G.U.E. si veda, ex multis, la nota sentenza del 15 gennaio 1998, in C-44/96, relativa al caso "Mannesman"). Inoltre, "l'interpretazione di tali requisiti deve essere svolta adottando un approccio di tipo funzionale che consenta di perseguire gli obiettivi di non discriminazione e tutela della concorrenza che la disciplina degli appalti pubblici si pone di perseguire" (Corte di Giustizia 10 novembre 1998, in C-360/96; Id., 15 gennaio 1998, in C-44/96, Id., 5 ottobre 2017, in C-567/15).

16.4. La ricostruzione sin qui compiuta consegna un primo dato che appare di peculiare rilievo nella vicenda di Asmel Associazione. La figura dell'organismo di diritto pubblico e, in generale, l'approccio funzionalistico e teleologico del diritto dell'Unione mira ad evitare di sottrarre spazi di applicazione alla normativa che potrebbero comportare la sostanziale vanificazione degli obiettivi di non discriminazione e tutela della concorrenza su cui si basa il sistema delle procedure ad evidenza pubblica, e non mira, invece, ad effettuare il mero conferimento di funzioni e prerogative tipiche della pubblica amministrazione. In altri termini, l'invocazione della figura serve ad imputare allo specifico soggetto così qualificato il complesso delle regole pubblicistiche per l'attività propria che lo stesso svolge ma non anche ad edificare in capo allo stesso poteri amministrativi da esercitare per conto di altri soggetti pubblici (in difetto, come nel caso di specie, degli altri strumenti di conferimento di simili poteri). Infatti, nel caso di specie, Asmel associazione non invoca la figura ritenendo che a sé si applichi la regolazione pubblicistica, giacché si tratta di regole che trovano piuttosto applicazione per gli associati di Asmel e, in particolare, per i soggetti pubblici che potranno avvalersi della fornitura assicurata dalla gara. Soggetti per i quali già opera il diritto dell'Unione europea che non conquista, quindi, nuovi spazi applicativi in ragione di quel principio dell'effetto utile nell'applicazione del diritto dell'Unione invocato in apertura delle presenti notazioni ma diviene, sostanzialmente, il viatico per l'attribuzione ad un soggetto formalmente privato di una funzione pubblica esercitata in modo surrogatorio rispetto a quanto i singoli enti associati potrebbero già fare. Si assiste, in tal modo, ad una forma di autoipotesi della funzione amministrativa (per mutuare una formula di attenta dottrina) finalizzata non al raggiungimento degli scopi propri del diritto dell'Unione (che troverebbero realizzazione ove si trattasse di procedure di gara volte al soddisfacimento di esigenze proprie di Asmel) ma all'attribuzione di prerogative pubbliche.

Situazione che mette in discussione il principio che autorevole dottrina configura come condizionante ontologicamente l'esistenza stessa del diritto amministrativo. Il riferimento è a quel principio di legalità che governa non soltanto l'azione amministrativa ma prima ancora l'individuazione delle strutture cui tale potere risulta conferito

16.5. Le considerazioni esposte smentiscono, inoltre, le considerazioni che Asmel Associazione formula in relazione al requisito della personalità giuridica che sarebbe rinvenibile anche in capo ad un'associazione non riconosciuta. Asmel cita, a sostegno della tesi, una nota del Presidente A.N.A.C. ove si afferma testualmente: "l'interpretazione in senso ampio della nozione comunitaria di personalità giuridica, tale da comprendervi ogni forma di soggettività giuridica disciplinata negli ordinamenti europei, risulta quella davvero comunitariamente orientata, in quanto più conforme ai principi comunitari di non discriminazione, di neutralità delle forme e dell'effetto utile. Al contrario, un'interpretazione restrittiva del requisito comporterebbe un'indebita restrizione dell'ambito di applicazione soggettiva della normativa comunitaria, in contrasto con i chiari obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario". Ma, invero, proprio una simile prospettiva smentisce la tesi di Asmel. Difatti, non si tratta di ipotizzare in astratto la delineabilità della figura in relazione ad un'associazione non riconosciuta quanto di verificare se tale qualificazione sia davvero strumentale alla realizzazione dei principi di non discriminazione e del c.d. effetto utile. Situazione che, nel caso di specie, non si realizza in quanto la dedotta estensione del concetto di personalità giuridica è, come detto, strumentale al conferimento di funzioni pubblicistiche e non ad estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Inoltre, deve considerarsi che, come evidenziato dalla dottrina, la ratio del riferimento alla personalità giuridica riposa nella necessità di ricomprendere, nell'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici, entità che, attraverso l'autonoma personalità, risultano formalmente separate, giuridicamente distinte dalle amministrazioni tradizionali, quindi, meno agevolmente riconducibili ad esse, sia pur intese in un'accezione estensiva. In sostanza, il presupposto della personalità giuridica mira ad evitare possibili ostacoli applicativi del diritto dell'Unione maggiormente rinvenibili in relazione a soggetti formalmente distinti perché muniti della personalità giuridica. La previsione va, quindi, intesa come volta a consentire l'operatività di simile diritto pur se i soggetti (formalmente privati ma sostanzialmente pubblici) abbiano una loro personalità giuridica. Il punto centrale è, quindi, ancora una volta il dato sostanziale relativo alla necessità di consentire spazi di penetrazione al diritto dell'Unione altrimenti preclusi. Un'esigenza che, nel caso di specie, non sussiste per le ragioni già ampiamente spiegate.

16.6. Ulteriori conferme a quanto sin qui esposto si rinvencono procedendo nella disamina degli ulteriori requisiti dell'organismo di diritto pubblico. Disamina che, in base alle premesse teoriche tracciate, deve svolgersi con specifico riferimento alla situazione concreta e alle finalità per le quali si ipotizza simile qualificazione. Come già spiegato, la nozione "funzionale e cangiante" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660) di pubblica Amministrazione si traduce nella constatazione secondo cui uno stesso soggetto può avere la natura di ente pubblico (o, in generale, di soggetto pubblico) a certi fini e rispetto a certi istituti, e può, invece, averne un'altra ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. La componente teleologica risulta, quindi, fondamentale per verificare se la qualificazione sia davvero strumentale all'applicazione del diritto dell'Unione o, al contrario, sia il grimaldello per conferire funzioni pubbliche riservate in ambiti in cui una simile esigenza

non si riscontri.

16.7. Come anticipato in precedenza, Asmel Associazione ritiene di possedere il requisito dell'influenza pubblica dominante da desumere in ragione della ricorrenza del finanziamento pubblico maggioritario ("con particolare riguardo al fatto che il Fondo patrimoniale dell'associazione è costituito esclusivamente dalle quote associative da parte degli enti all'atto dell'ammissione e dalle quote associative annuali a carico dei soci per il raggiungimento dell'economicità di gestione e che nessun privato concorre al finanziamento della stessa"; foglio 7 della memoria difensiva finale) e dall'attribuzione alla "mano pubblica" dell'individuazione della totalità dei componenti del Consiglio nazionale, "organo a cui compete l'amministrazione ordinaria e straordinaria dell'Associazione, nominato dall'Assemblea degli associati".

16.8. Osserva il Collegio come l'influenza pubblica dominante costituisce, in sostanza, 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. Tale elemento risulta rinvenibile, alternativamente, laddove l'attività del soggetto sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure nel caso in cui la gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi o, da ultimo, nel caso in cui l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

16.9. In relazione al tema del finanziamento deve osservarsi come le deduzioni di Asmel Associazione non paiano conformi alla ratio intrinseca del requisito in esame. La previsione normativa (espressione di una complessa elaborazione in ambito eurounitario) mira a ricomprendere situazioni nelle quali si riscontri un legame di subordinazione o dipendenza finanziaria del soggetto all'entità pubblica, relativa all'attività complessivamente svolta e ad un periodo temporale significativo. Nel caso in esame si tratta, invece, di un'associazione che racchiude una pluralità di soggetti tenuti al versamento di quote associative. Vi è, quindi, una polverizzazione del contributo finanziario che rende non predicabile un sostanziale ed effettivo controllo da parte di alcuno dei soggetti coinvolti nell'associazione. In secondo luogo, deve considerarsi come una parte certamente non irrilevante del finanziamento dell'attività specifica in esame derivi dalle somme versate dall'aggiudicatario sul quale si appunta il secondo motivo di ricorso dell'Autorità, ritenuto sorretto da adeguato fumus boni iuris dall'ordinanza cautelare n. 1446/2019 e fondato dalla presente sentenza (cfr., infra, punti 20 e ss.).

16.10. Omologhe considerazioni valgono per il requisito dell'influenza dominante attuata mediante la designazione dei componenti dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza da parte dello Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. In ordine a tale requisito osserva il Collegio come la disposizione normativa in esame non effettui alcuna precisazione sullo strumento mediante il quale si esercita simile influenza puntando l'attenzione dell'interprete sul dato effettuale e, quindi, sull'idoneità di simili situazioni a ingenerare una reale e concreta influenza dell'Amministrazione sull'organismo. Ma, invero, proprio incentrando la disamina sugli aspetti sostanziali e non meramente formali si osserva come la pluralità di soggetti che compongono l'associazione si traduce nella non

predicabilità di una reale e concreta influenza da parte di alcuno di questi. L'elenco dei soggetti facenti parte dell'associazione si compone, infatti, di ben ventisei pagine e comprende una pluralità di enti tra cui anche un'associazione di comuni e soggetti formalmente privati. In simile contesto non pare seriamente asseribile la sussistenza di un controllo reale ed effettivo come imposto dal diritto dell'Unione. Né viene neppure dedotta la sussistenza di un controllo sulla gestione che, come evidenziato dalla dottrina, costituisce un elemento residuale volto ad indicare un intervento ab externo da parte delle amministrazioni tradizionali o di altri organismi di diritto pubblico sull'attività dell'ente. Figura che ricomprende tutte le possibili situazioni nelle quali l'attività dell'organismo sia eterodeterminata da parte dell'Amministrazione. E' il caso in cui l'ente operi secondo regole ed obiettivi eteronomamente imposti o sussistano poteri pubblici di approvazione dello statuto, di determinazione o codeterminazione dei prezzi di vendita dei prodotti, o, ancora, sussistano controlli di tipo amministrativo, di verifica della gestione economica dell'ente e dei relativi investimenti, accompagnati, inoltre, da poteri ispettivi e/o di scioglimento degli organi e di nomina di liquidatori in caso di gravi irregolarità, colpa grave nella gestione, carenza degli organi di vertice o dell'attività svolta, ecc. Situazioni che, come detto, non sono neppure dedotte e che, in ogni caso, non risultano dalla documentazione versata in atti.

16.11. In ultimo, esaminando il requisito teleologico utilizzando "un approccio funzionale che tenga conto delle concrete modalità di azione" (Cassazione civile, Sezioni unite, 28 marzo 2019, n. 8673; C.G.U.E., 5 ottobre 2017, in C-567/15), deve escludersi che l'Associazione intenda operare per conto degli associati senza alcuna finalità di lucro. Il servizio che l'Associazione svolge è, infatti, specificamente remunerato dagli aggiudicatari come evidenziato dall'ordinanza cautelare n. 1446/2019 e dalle considerazioni esposte al punto 20 della presente sentenza.

16.12. In ragione di quanto esposto deve escludersi che l'Associazione 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.

17. Inoltre, le conclusioni sopra esposte non sono revocate in dubbio dal confronto con il diritto dell'Unione europea e con l'impianto argomentativo dell'ordinanza n. 68/2019 del Consiglio di Stato che, al contrario, offrono conferme alla tesi della ricorrente A.N.A.C..

18. Come spiegato dall'ordinanza cautelare n. 1446/2019, la possibilità di svolgimento diretto di un servizio di committenza da parte di un soggetto privato deve escludersi anche aderendo alla prospettiva elaborata dalla parte resistente ai fogli 13 e ss. della propria memoria difensiva dell'11 ottobre 2019 non risultando decisiva, sul punto, la previsione di cui all'articolo 37, comma 4, della Direttiva 2004/24/UE secondo cui: "Le amministrazioni aggiudicatrici, senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva, possono aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze".

18.1. Tale disposizione risulta, infatti, calibrata sull'affidamento ad una centrale di committenza "pubblicistica" e non anche ad un soggetto privato. Lo conferma la disamina del considerandum n. 70 della Direttiva 2004/24/UE (che assume valenza interpretativa secondo

la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e secondo la previsione di cui all'articolo 31, par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati) che testualmente afferma: "Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva. Dovrebbe anche essere ammesso che tali appalti pubblici di servizi includano la fornitura di attività di committenza ausiliarie. Gli appalti pubblici di servizi per la fornitura di attività di committenza ausiliarie dovrebbero, qualora non siano eseguiti da una centrale di committenza in collegamento con la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze all'amministrazione aggiudicatrice interessata, essere aggiudicati conformemente alla presente direttiva. È anche opportuno ricordare che la presente direttiva non dovrebbe applicarsi nei casi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non sono effettuate attraverso un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della presente direttiva". Il considerandum in esame, nell'escludere l'applicazione della Direttiva nei casi di aggiudicazione del servizio ad una centrale di committenza, evidenzia, tuttavia, come il ricorso al mercato (e, quindi, l'applicazione delle regole di evidenza pubblica) dovrebbe ammettersi nei casi di fornitura di attività di committenza ausiliaria. Regola che, invero, pare dover valere, a fortiori, laddove l'oggetto della prestazione sia l'attività di centralizzazione della committenza risultando, altrimenti, irragionevole una regola che impone l'operatività delle norme a tutela della concorrenza in un ambito di minor rilievo escludendola, al contempo, in quello di maggior rilevanza anche economica. Inoltre, seppur con una formula involuta, il considerandum esclude l'applicazione delle regole di evidenza pubblica nei casi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non siano effettuate attraverso "un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della presente direttiva". Ne consegue che, ove l'attività sia conferita mediante un contratto a titolo oneroso, dovrà trovare applicazione la normativa in tema di evidenza pubblica.

18.2. Da una lettura complessiva del considerandum può, quindi, inferirsi che il ricorso ad un soggetto privato che svolga l'attività di centralizzazione della committenza o le attività di committenza ausiliaria possa avvenire, secondo il diritto dell'Unione, esclusivamente ricorrendo alle regole di evidenza pubblica per la scelta del soggetto privato chiamato a svolgere tale servizio e non mediante un affidamento diretto che risulterebbe consentito solo laddove il soggetto chiamato a svolgere simile servizio sia sostanzialmente pubblico. Diversamente opinando si realizzerebbe un'evidente violazione dei principi "di non discriminazione e tutela della concorrenza che la disciplina degli appalti pubblici si pone di perseverare" (cfr. Cassazione, sezioni unite, 28 marzo 2019, n. 8673 sul tema dell'organismo di diritto pubblico). Si consentirebbe, infatti, ad un soggetto privato ed anche privo dei requisiti pubblicistici richiesti dall'ordinamento di svolgere direttamente un servizio remunerato senza la preventiva applicazione delle regole in tema di evidenza pubblica.

18.3. Del resto, l'ordinanza n. 68/2019 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nel rimettere una serie di quesiti interpretativi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (in una vertenza relativa, tra l'altro, alla stessa Asmel), muove dalla constatazione che una centrale di committenza sia "per il diritto euro-unitario un'impresa che offre il servizio dell'acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici" (punto 10.3). Simile servizio

potrebbe, allora, risultare espletabile in forza di un “mandato di committenza” (punto 10.1) che, tuttavia, impone, in ossequio ai già richiamati principi del diritto dell’Unione europea, la preventiva applicazione delle regole di evidenza pubblica per la scelta del “mandatario”.

18.4. Lo conferma la stessa sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europea del 20 ottobre 2005, in causa C-264/03, richiamata dall’ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato (punto 10.1), che ritiene i mandati di committenza derivati rientranti nell’alveo della direttiva 92/50, operante *ratione temporis*, e, per questo, dichiara incompatibile la legislazione francese esaminata nella parte in cui impone una restrizione all’accesso di simile servizio ai prestatori non contemplati da tale regolazione. A fortiori, simile principio consente, quindi, di escludere la possibilità di un conferimento diretto di tale funzione ad un soggetto privato in difetto di un’apposita procedura di affidamento che la parità di trattamento tra gli operatori non può che imporre.

19. In definitiva, il primo motivo di ricorso deve ritenersi fondato.

20. Parimenti fondato è il secondo motivo di ricorso che va ricondotto alla previsione di cui all’articolo 211, comma 1-ter, del D.Lgs. 50/2016 e all’articolo 6, comma 2, lettera h) del Regolamento A.N.A.C. (“bando o altro atto indittivo di procedure ad evidenza pubblica che contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza”).

20.1. Osserva il Collegio come A.N.A.C. lamenti la contrarietà alle previsioni di cui all’articolo 23 della Costituzione e all’articolo 41, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 50/2016 del punto 3.2.5 del disciplinare di gara che impone di corredare l’offerta di un atto unilaterale d’obbligo con il quale i concorrenti si obbligano “a versare ad ASMEL – Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali, prima della stipula della convenzione quadro, il corrispettivo di € 80.000,00 (ottantamila/00) oltre IVA, indipendentemente dal plafond assegnato”. Obbligazione che costituisce elemento essenziale dell’offerta.

20.2. 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)” (T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, sez. III, ord. 29 maggio 2019, n. 328; T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, sez. III, 31 ottobre 2019, n. 1664 relativa alla medesima controversia) e non risulta giustificabile evocando, al pari di quanto effettuato dalla resistente, la previsione di cui all’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”) 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.

21. I primi due motivi di ricorso devono essere, pertanto, accolti alla luce delle argomentazioni sin qui svolte che affrontano tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’articolo 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (cfr., *ex plurimis*, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260; Cassazione civile, sez. V, 16

maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016 n. 3176). L'accoglimento dei primi due motivi consente di assorbire le ulteriori due censure articolate dall'Autorità atteso che i vizi riscontrati si configurano come le "più radical[i] illegittimità" dei provvedimenti impugnati comportando l'annullamento degli atti e l'integrale soddisfazione della pretesa di A.N.A.C. (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5).

22. Le spese di lite tra le parti costituite possono essere compensate ai sensi degli articolo 26 del codice del processo amministrativo e 92 del codice di procedura civile, come risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale, 19 aprile 2018, n. 77 che dichiara l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, da individuarsi nella complessità delle questioni esaminate e nella loro pur parziale novità.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

a) accoglie il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;

b) compensa le spese di giudizio tra le parti costituite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2020.