

Li, 7.2.2023

Ai Sig.ri Sindaci/Presidenti degli enti soci  
Segretari generali  
Responsabili Gare e contratti

**Oggetto: Dopo AGCM, anche la Regione Campania fa marcia indietro. Per non parlare di ANAC...**

Nella circolare di venerdì scorso abbiamo dato conto della marcia indietro di AGCM. Subito dopo abbiamo appreso di quella della Regione Campania che aveva fatto confusione interpretando la famigerata delibera ANAC 570/2022 come atto provvedimentale mentre si tratta di atto meramente ricognitorio. Infatti, conclude chiedendo semplicemente di comunicare le nostre valutazioni. La Regione che, prima aveva diffidato i Comuni beneficiari di investimenti PNRR a interrompere le attività di gara avviate con ASMELE Consortile ha poi trasmesso una nota invitandoli a proseguire. Nel frattempo, anche ANAC ha reso pubblica una delibera, la 35/2023, che riconosce ad ASMELE Consortile la legittimità ad operare quale Centrale di committenza ausiliaria, che, secondo alcuni, avrebbe invece negato con la 570/2023.

Si tratta dell'attività da sempre svolta dalla nostra Centrale di committenza, in oltre 6.000 gare e così definita nella Sentenza 7558 del Consiglio di Stato: «Asmel Consortile vi è indicata come centrale di committenza per la sola gestione della procedura di appalto. Si tratta di attività di committenza ausiliarie, ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, e specificamente della gestione della procedura di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata, ai sensi del n. 4 della citata disposizione del codice dei contratti pubblici».

Orbene, tale disposizione richiama l'unica attività ausiliaria che può essere affidata solo ed esclusivamente alle Centrali, come la nostra, che siano amministrazioni aggiudicatrici e siano qualificate come tali. Tutti sanno che, nelle more del varo del sistema di qualificazione, la qualificazione è rappresentata dall'iscrizione all'AUSA (art. 216 comma 10 del D.lgs. 50 del 2016 e s.m.i) ASMELE Consortile è iscritta all'AUSA fin dal 2013.

Non basta. Alleghiamo il Parere dell'Associazione amministrativisti redatto del Prof. Avv. Gennaro Terracciano, Ordinario di diritto amministrativo e Prorettore alla IV Università di Roma, che dopo una puntuale analisi delle tante innovazioni normative apportate al Codice Appalti (la "turbolegislazione" di cui parlava Raffaele Cantone), delle tante pronunce giurisprudenziali e di ANAC, delle conseguenti modifiche apportate a Statuto e Regolamento di **ASMELE Consortile**, dà atto che essa **possiede tutti i requisiti per operare come Centrale di committenza ai sensi dell'art. 37, comma 4 e può erogare congiuntamente anche i servizi di committenza ausiliaria**.

Prima di giungere alle conclusioni, il Parere svolge anch'esso un'attività ricognitoria del nostro decennale percorso. Ma mentre ANAC segue lo slogan borbonico di "facite ammuina", elencando, nella delibera 570/2022, un mero copia e incolla di pronunce e norme, senza tener conto del principio "ratione temporis", salvo poi rimediare con la delibera 35/2023. Il Parere, invece, conduce a conclusioni chiare e inequivocabili in quanto tiene conto di tutti gli accadimenti di cui sopra.

In sostanza, esso fissa almeno al **23 settembre 2016, con l'entrata in vigore del TUSP** (società pubbliche), il D.lgs. n. 175, la data della nostra indiscutibile legittimazione. Il TUSP, all'art. 4, co. 2, afferma che le società partecipate non vanno costituite se non per svolgere attività ben tipizzate tra cui proprio quelle di centralizzazione della committenza. Le stesse cui sono oggi obbligati i Comuni non capoluogo per le attività afferenti in tutto o in parte ai finanziamenti PNRR. Quindi, la forma societaria viene legittimata, assieme a quelle previste dal TUEL a svolgere le attività di committenza di cui all'art. 3, co. 1, lettera i) del Codice, rispondendo in pieno al dettato dell'art. 37, co. 4 del D. lgs. 50/2016. A **settembre 2023** compiamo 7 anni di legittimazione. Ci basta! Superfluo dimostrare che essa dura dalla data di nascita.

Nonostante le scadenze e gli obblighi legati all'attuazione del PNRR, riteniamo di aver messo in

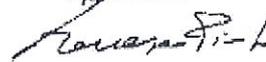
evidenza il ruolo svolto da ASME Consortile come strumento atto a semplificare la gestione degli appalti di tanti Comuni non capoluogo. Malgrado ciò, tanti apparati, centrali e non, si preoccupano soltanto di osteggiare questa realtà per difendere un ormai superato monopolio nella rappresentanza dei Comuni. Tentativi di contrasto che si acquiscono proprio nei momenti in cui si sente maggiormente la necessità di ricorrere alla nostra struttura.

Abbiamo dimostrato ancora una volta che le nostre spalle sono larghe e robuste. E ciò perché quotidianamente operiamo a contatto con i Soci, assecondandone le esigenze e individuando sempre nuove opportunità per produrre semplificazione ed efficienza. Migliaia di Comuni sempre al nostro fianco, ed è questa la nostra forza. Lasciamo agli altri il compito di vivere di rendita a Roma, nelle stanze dei bottoni. Il nostro compito è risolvere i problemi, non crearne di ulteriori ai Comuni che già vivono profonde difficoltà proprio per le politiche portate avanti negli ultimi anni a proprio danno dagli apparati di potere.

Cari saluti e buon lavoro

Il consigliere ai rapporti istituzionali

Francesco Pinto





Spett.le  
ASMEL Consortile  
SEDE

Ogg.: parere sulla natura di ASMEL Consortile

È stato chiesto di formulare un parere in ordine alla nozione di amministrazione aggiudicatrice, centrale di committenza e soggetto aggregatore al fine di stabilire se la ASMEL scarl rientri in una delle figure sopra elencate, in ragione delle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

In particolare, si vuole un approfondimento in ordine ai seguenti punti:

- *ASMEL Consortile è Centrale di committenza ai sensi del combinato disposto delle lettere a) e i) dell'art. 3, co. 1 del Codice.*
- *Non è necessario essere iscritti all'elenco dei soggetti aggregatori per risultare Centrale di committenza qualificata. È sufficiente essere iscritti all'AUSA.*
- *Non è necessario essere iscritti all'elenco "in house" per essere affidatari di servizi di committenza*
- *Non è ostativa la conformazione di ASMEL ai sensi del C.C.*

1

Al fine di dare una risposta ai quesiti posti si procederà, in via preliminare, ad una analisi delle figure soggettive sopra indicate, poi sarà effettuata un'attenta analisi delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale chiamata a pronunciarsi sulla natura giuridica di ASMEL scarl, infine sarà proposta una possibile soluzione in una prospettiva de *iure condendo* alla luce delle recenti modifiche statutarie della società.

### **1. La pluralità delle stazioni appaltanti.**

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, come già il codice adottato con il D.lgs. 163 del 2006, si applica non solo ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni tradizionali<sup>1</sup> ma anche ai contratti posti in essere da soggetti privati che sono in qualche modo incaricati di gestire risorse pubbliche o svolgere compiti di interesse pubblico.

L'estensione soggettiva dell'ambito di applicazione della normativa in materia di appalti e concessioni anche a soggetti privati è la conseguenza del nuovo paradigma della contrattualistica pubblica: ciò che si tutela non è più unicamente l'interesse pubblico a selezionare il miglior

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione della nozione di pubblica amministrazione si rinvia all'art. 1, comma 2 del D.lgs. 165 del 2001

concorrente, inteso come colui che offre le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni economiche più vantaggiose per l'Amministrazione. Assume pari dignità anche la tutela della concorrenza e l'interesse dell'operatore economico a non essere discriminato.

Pertanto, in via generale si potrebbe affermare che sono stazioni appaltanti i soggetti che, indipendentemente dalla loro natura giuridica, pubblica o privata, affidano appalti pubblici di lavori, forniture e servizi oppure concessioni di lavori pubblici o servizi, salvo poi precisare che la natura pubblica dell'appalto è conseguenza diretta della previsione normativa che sottopone al particolare regime gli stessi.

In realtà, le stazioni appaltanti non paiono costituire una vera e propria categoria e neanche pare ricavabile dall'ordinamento una nozione unitaria di stazione appaltante, giacché i soggetti che entrano a farne parte sono eterogenei e le giustificazioni che portano alla loro individuazione sono di natura ed oggetto fortemente differenziati.

Nelle direttive comunitarie, del resto, non troviamo l'espressione stazione appaltante, denominazione propria dell'ordinamento interno, in quanto le figure soggettive che vengono in rilievo sono le "amministrazioni aggiudicatrici" e gli "enti aggiudicatori"<sup>2</sup>.

L'art. 3, comma 1, lett. o) del D.lgs. n. 50 del 2016, fornisce una precisa definizione di stazione appaltante, che appare più puntuale e precisa di quella prevista dall'art. 3 del Dlgs. 163 del 2006<sup>3</sup>.

Sono tali:

- le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a)
- gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e),
- i soggetti aggiudicatori di cui alla lettera f)
- e gli altri soggetti aggiudicatori di cui alla lettera g)<sup>4</sup>.

2

Tradizionalmente le stazioni appaltanti sono classificate:

- con riferimento al settore, ordinario o speciale, in cui la stazione appaltante agisce (gli enti aggiudicatori operano unicamente nei settori speciali);
- in ragione della natura pubblica o privata del soggetto che indice la procedura di selezione e stipula il contratto di appalto o di concessione.

<sup>2</sup> cfr. Art. 2 Direttive 24/2014 in materia di appalti pubblici; art. 6 e art. 7 Direttiva 23/2014 in materia di concessioni; art. 3 e 4 Direttiva 25/2014 in materia di appalti nei settori speciali.

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 3, comma 33 del D.lgs. n. 163 del 2016 "l'espressione stazione appaltante" (...) comprende le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'art. 32" (ndr. ossia i soggetti aggiudicatori).

<sup>4</sup> Il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 1 aprile 2016 allo schema del decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, aveva raccomandato "l'uso appropriato delle espressioni "stazione appaltante", "amministrazione aggiudicatrice", "ente aggiudicatore", "soggetti aggiudicatori", cui rispondono diversi ambiti regolatori, anche comunitariamente vincolati nel recepimento.

In base all'odierno quadro normativo, tuttavia, tali criteri di classificazione non sembrano più sufficienti.

Infatti, appare quantomeno evidente che non vi è sempre una coincidenza tra il soggetto che gestisce la procedura di selezione e chi stipula il contratto.

Negli ultimi anni gli obiettivi di finanza pubblica, semplificazione amministrativa e risparmio di spesa sono stati perseguiti attraverso l'individuazione di misure dirette ad incrementare i processi di centralizzazione degli acquisti, al fine di ottenere una progressiva riduzione dei costi di gestione connessi con l'attività contrattuale dell'amministrazione ed una diminuzione dei centri di spesa.

In particolare, da una parte sono stati adottati interventi volti a ridurre il numero delle stazioni appaltanti, dall'altra è stato incentivato il ricorso agli acquisti centralizzati e ridotto l'ambito di autonomia dei singoli centri di spesa<sup>5</sup>.

È stato rilevato che la professionalizzazione delle stazioni appaltanti, derivante dall'accentramento delle competenze in capo a pochi soggetti, è volta a determinare un innalzamento dei livelli qualitativi di servizio e a ridurre il contenzioso connesso con gli appalti.

In via generale, anticipando in parte quanto si dirà nel prosieguo, si osserva che il ricorso agli strumenti di acquisto centralizzati nell'ordinamento italiano, da modulo organizzativo messo liberamente a disposizione delle PA per l'acquisto di beni e servizi, è diventato uno strumento indispensabile per il contenimento della spesa pubblica. Il legislatore nazionale ha ampliato gradualmente il ricorso alle centrali di committenza (nelle sue diverse forme), rendendolo obbligatorio sia in relazione alla tipologia e all'importo dei beni e servizi da acquistare, sia in relazione all'effettiva capacità e dimensione delle stazioni appaltanti.

3

Pertanto, in virtù dell'attuale quadro normativo di riferimento, le stazioni appaltanti possono essere classificate non solo in base alla natura giuridica del soggetto che stipula il contratto (pubblico o privato) e del settore ordinario o speciale in cui opera, ma anche con riferimento: al settore merceologico di appartenenza del bene/servizio da acquistare (energia, sanità, informatica, telefonia, ecc.); al valore dei contratti da stipulare; all'ambito territoriale di riferimento (nazionale, regionale, provinciale e comunale); agli strumenti di acquisto utilizzati (convenzione, accordo quadro, mercato elettronico, dialogo competitivo, sistema dinamico di acquisizione); al possesso o meno della qualificazione (cfr. art. 38 del D.Lgs. 50 del 2016).

## **2. Le stazioni appaltanti dei settori ordinari: amministrazioni aggiudicatrici ed organismo di diritto pubblico**

La stazione appaltante dei settori ordinari è l'amministrazione aggiudicatrice<sup>6</sup> e comprende al suo interno, oltre che le pubbliche amministrazioni tradizionali, così come specificatamente indicate

<sup>5</sup> Il progressivo superamento di una gestione molto frammentaria degli appalti pubblici con l'adozione di moduli organizzativi centralizzati si propone di raggiungere significativi risultati in termini di economicità ed efficienza: (i) la riduzione dei costi di gestione direttamente connessi con l'espletamento delle gare (in particolar modo per gli enti di minori dimensioni), (ii) la riduzione dei tempi di approvvigionamento, (iii) l'ottenimento delle migliori condizioni economiche dovute all'aggregazione della domanda e alla realizzazione di economie di scala.

<sup>6</sup> Art. 1 par. 9 della direttiva 18/2004 "Si considerano "amministrazioni aggiudicatrici": lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico"

dall'art. 3, del D.lgs. 50 del 2016 (*“Amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, le associazioni unioni e consorzi costituiti dagli stessi<sup>7</sup>”*), gli “organismi di diritto pubblico”, anche costituiti in forma societaria (art. 3, comma 1 lett. a) e d).

L'organismo di diritto pubblico è un soggetto creato in ambito europeo in omaggio al principio della neutralità delle forme giuridiche e al fine di garantire il rispetto della normativa a tutela della “concorrenza” per il mercato.

Tale qualifica assolve allo scopo di ricondurre nell'alveo dei destinatari della disciplina dei contratti pubblici anche quei soggetti che, pur non rientrando nel novero delle amministrazioni di stampo tradizionale, costituiscono, in realtà, una longa manus dello Stato e degli enti territoriali.

Gli organismi di diritto pubblico, infatti, sono inclusi fra le “amministrazioni aggiudicatrici” al fine di evitare che, tramite lo schermo di un soggetto, ancorché apparentemente privato, la mano pubblica possa sottrarsi ai vincoli e ai principi delle direttive appalti e concessioni. L'organismo di diritto pubblico costituisce una qualificazione trasversale ed autonoma rispetto alle categorie pubbliche e private previste dai singoli ordinamenti nazionali.

La connotazione funzionale di tali organismi fa sì che possano essere qualificati, come tali, figure giuridiche differenti, ma accomunate dalle caratteristiche individuate dalla direttiva appalti.

L'organizzazione dell'organismo di diritto pubblico deve necessariamente essere caratterizzata da quella che viene normalmente definita influenza pubblica, che si può avere quando ricorrono le seguenti condizioni<sup>8</sup>:

1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale<sup>9</sup>;

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 (cfr. art. 3, comma 1 lett. d) del D.lgs. 50 del 2016).

L'elenco non tassativo degli organismi di diritto pubblico è contenuto nell'allegato IV al codice (quali ad es. ENAC, ENAV, ANAS spa, Consip s.p.a. quando agisce come centrale di committenza sub-centrale- Consorzi per le opere idrauliche, Consorzi per le aree industriali, Università statali, istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, Istituti superiori scientifici e

---

<sup>7</sup> La norma di riferimento per la ricostruzione della nozione di pubblica amministrazione è l'art. 1, comma 2 del D.lgs. n. 165 del 2001.

<sup>8</sup> La giurisprudenza ha evidenziato la necessità che tali requisiti siano **congiuntamente presenti** (su tutte, Corte giust. UE, 15 gennaio 1998, C-44/96, Mannesmann; Corte giust. UE, 10 novembre 1998, C-360/1996, BFI Holding; Corte giust. UE, 15 maggio 2003, C-214/2000, Commissione delle Comunità europee; Corte giust. UE, 22 maggio 2003, C-18/2001, Taitotalo).

<sup>9</sup> L'attività del soggetto in esame deve avere «carattere non industriale o commerciale» e dunque si caratterizza per la mancanza di assunzione del rischio di impresa (cfr., Cass. civ., S.U., 9 maggio 2011, n. 10068). Tale mancanza si presume, come chiarito dalla Corte di giustizia, quando l'ente agisce in un contesto non concorrenziale e si riscontra la sussistenza di relazioni finanziarie con l'ente pubblico di ripianamento delle perdite (Corte di giustizia, sentenza 22 maggio 2003, C-18/01).

culturali, Enti che gestiscono forme obbligatorie di assistenza e previdenza, comunità montane, enti preposti a servizi di pubblico interesse, enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero, Enti culturali e di promozione artistica).

Alle amministrazioni aggiudicatrici si applica l'intera disciplina dell'evidenza pubblica (parte II e III del codice) intesa come l'insieme di forme, modalità e termini che disciplinano il procedimento di selezione dell'operatore economico con cui sarà stipulato il contratto.

### **3. Le stazioni appaltanti dei settori speciali: amministrazioni aggiudicatrici, imprese pubbliche, soggetti privati titolari di diritti esclusivi**

La categoria di stazione appaltante dei settori speciali è quella degli enti aggiudicatori di cui all'art 3, comma 1, lett. e).

I settori speciali sono i settori dei contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica stipulati tra un ente aggiudicatore ed un operatore economico<sup>10</sup>.

Tali settori sono spesso caratterizzati proprio in senso soggettivo dall'azione di soggetti di diritto privato con fine imprenditoriale piuttosto che di pubbliche amministrazioni tradizionali.

L'art. 3, comma 1, lett. e) del D.lgs. 50 del 2016 distingue tra enti aggiudicatori di contratti di appalto (Parte II) e enti aggiudicatori di concessioni (Parte III).

In particolare, sono tenuti all'applicazione della Parte II del Codice (parte II, Titolo VI) le amministrazioni aggiudicatrici o le imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 115 a 121 del codice, ovvero i soggetti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più delle attività sopra richiamate e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente (art. 114, comma 2).

Per ciò che concerne la **Parte III del Codice**, sono enti aggiudicatori quegli enti che svolgono una delle attività di cui all'Allegato II al Codice (Attività svolte dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori di cui all'articolo 164, comma 1) ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, ed in particolare:

- a) le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti;
- b) le imprese pubbliche;
- c) gli enti diversi da quelli indicati ai precedenti punti, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui al suddetto Allegato II.

Con riferimento a quest'ultima categoria, occorre rilevare che la disposizione precisa che **non costituiscono enti aggiudicatori quelli cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi "mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi"**.

**La non piena coincidenza soggettiva della nozione di ente aggiudicatore di contratti di appalto e di contratti di concessione trova la sua giustificazione nell'art. 114, comma 4, del Codice del 2016, in virtù del quale, per ciò che riguarda gli appalti nei settori speciali, non**

---

<sup>10</sup> Tali settori coincidono con quelle attività che in passato, prima delle liberalizzazioni degli anni '90, erano svolte in posizione di monopolio dallo Stato.

**costituiscono diritti speciali o esclusivi quei diritti concessi in virtù di una procedura ad evidenza pubblica basata su criteri oggettivi.**

La nozione di stazione appaltante/ente aggiudicatore dei settori speciali si basa, dunque, su un criterio cumulativamente soggettivo e oggettivo.

Dal punto di vista soggettivo, tra gli “enti aggiudicatori” sono ricomprese le amministrazioni aggiudicatrici (quindi anche gli organismi di pubblico), le imprese pubbliche e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti.

Dal punto di vista oggettivo<sup>11</sup> si deve fare riferimento alle attività tassativamente previste dalle direttive comunitarie e recepite nell'ordinamento interno (art. 115-121).

In definitiva, rispetto ai settori ordinari, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina speciale è arricchito dall'equiparazione alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi (che non siano amministrazioni o imprese pubbliche).

A differenza degli organismi di diritto pubblico, le imprese pubbliche, costituite in forma societaria, svolgono attività commerciale con scopo di lucro pur nel perseguimento dell'interesse pubblico<sup>12</sup>. Le stesse sono dunque contraddistinte dallo svolgimento di un'attività di mercato, anche solo potenzialmente aperto alla concorrenza.

Quindi, volendo fare una similitudine pubblico/privato, mentre l'organismo di diritto pubblico, a prescindere dalla sua natura giuridica formale (fondazione, società di capitali, ecc.) è assimilabile ad un ente pubblico istituzionale, l'impresa pubblica riconosce il proprio analogo nell'ente pubblico economico il quale, pur con una natura formalmente pubblica, soggiace alle normali leggi di mercato ed all'interno di quest'ultimo si pone come soggetto economico.

Anche per esse è presente l'elemento dell'influenza dominante da parte dello Stato o degli altri enti territoriali o organismi pubblici (art. 3 lett.t) del D.lgs. 50 del 2016)

Sicché, *“Nei settori speciali l'impresa pubblica, per ragioni legate alla peculiare conformazione del mercato, deve ritenersi “ente aggiudicatore” con la conseguenza che al solo fine della stipulazione di un contratto di appalto pubblico, pone in essere un'attività amministrativa che sia articolata nelle fasi del procedimento di scelta del contraente”*<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> L'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale (Cons. Stato, Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16).

<sup>12</sup> Sulla nozione di impresa pubblica e per le differenze con l'organismo di diritto pubblico cfr. Cons. Stato, Sez VI, sentenza del 20 marzo 2012 n.1574.

<sup>13</sup> Cfr, parere del Consiglio di Stato n. 968 del 2016 sullo Schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante *“Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*;

Rientrano infine tra gli enti aggiudicatori i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi in virtù dei quali svolgono una delle attività tassativamente indicate.

Il «diritto esclusivo», è il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati, avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività (art. 3, comma 1, lett. III del D.Lgs. 50 del 2016)

Il «diritto speciale», è il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività (art. 3, comma 1, lett. mmm, del D.lgs. 50 del 2016).

Si tratta di soggetti, quali ad esempio le ex aziende municipalizzate, che non rientrano nella categoria degli organismi di diritto pubblico i quali seguono le regole previste per le amministrazioni aggiudicatrici pur essendo titolari di diritti speciali.

Occorre precisare che gli enti aggiudicatori che non siano amministrazioni aggiudicatrici (imprese pubbliche e titolari di diritti speciali esclusivi) sono tenuti ad applicare le norme della Parte III del Codice dei Contratti pubblici unicamente se svolgono attività sopra soglia rientrante nei settori speciali e quando affidano appalti strumentali all'attività tipica del settore speciale in cui operano. Per la disciplina degli appalti sotto soglia, inoltre, applicano le proprie norme regolamentari (cfr. art. 36, comma 8 del D.lgs. 50 del 2016).

Le amministrazioni aggiudicatrici, viceversa, sono sempre tenute all'applicazione del Codice dei Contratti pubblici, a prescindere dal fatto che operino o meno nei settori speciali, dovendo applicare la disciplina dei settori speciali solo quando l'attività rientra nell'ambito dei settori speciali come definiti dagli artt. 115-121 del d.lgs. n. 50 del 2016; nelle restanti ipotesi, esse sono tenute a rispettare la disciplina prevista per i settori ordinari<sup>14</sup>.

#### **4. I “soggetti” aggiudicatori e “gli altri soggetti aggiudicatori”**

Altra categoria di stazione appaltante non prevista dalla normativa comunitaria ma introdotta dal diritto interno è quella dei “soggetti aggiudicatori” e “gli altri soggetti aggiudicatori”.

In particolare, sono soggetti aggiudicatori ai solo fini delle parti IV e V, le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a), gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e) nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui alle citate parti IV e V; costituiscono «altri soggetti aggiudicatori», i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del codice.

---

<sup>14</sup> Nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono soggetti di diritto pubblico, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari [come si argomenta dalla già citata CGCE, 10 aprile 2008, C-393/06, *Aigner*, che, esclusa in un caso l'applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico] (Cons. St., Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16)

Come noto, la parte IV del codice attiene al partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento, quali anche quelle in house. Mentre la parte V attiene alle infrastrutture ed agli insediamenti prioritari.

Gli altri soggetti aggiudicatori, soggetti di natura privatistica, sono individuabili in ragione di un criterio eminentemente oggettivo, come può evincersi dalla lettura dei commi da 2 a 5 dell'art. 1 del codice.

Il criterio oggettivo delimita sia le ipotesi nelle quali sono individuabili i soggetti aggiudicatori, sia distingue gli stessi soggetti in dipendenza delle diverse fattispecie considerate: concessionari di lavori o servizi, soggetti in house, partner privati o pubblici, società di progetto, contraenti generali, soggetti semplicemente privati.

Non può, pertanto, individuarsi un carattere o una ragione specifica che accomuni tutti detti soggetti, se non la opportunità, valutata dal legislatore interno, di sottoporre gli stessi ad alcune regole e procedure relative agli affidamenti di contratti, sottraendoli alla disciplina privatistica, la quale si riepanda quanto all'esecuzione del contratto, con salvezza della disciplina del collaudo.

Detta opportunità a volte discende dalla utilizzazione di risorse pubbliche, a volte dalla circostanza che il soggetto eserciti prerogative normalmente riservate a soggetti pubblici, a volte dal particolare interesse pubblico a che determinate opere siano regolate in modo specifico sottraendole al regime generale, a volte, infine, dalla particolarità dell'istituto utilizzato (si pensi al baratto amministrativo di cui all'art. 190 del codice).

## **5. Le stazioni appaltanti preposte alla razionalizzazione degli acquisti: le Centrali di committenza**

Una particolare categoria di amministrazione aggiudicatrice, e quindi di stazione appaltante, è la centrale di committenza.

La prima definizione uniforme a livello europeo di "centrale di committenza" è contenuta nella direttiva 18/2004/CE, secondo cui essa costituisce *"un'amministrazione aggiudicatrice che: acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici"* (cfr. art. 1, comma 10)

Il legislatore comunitario del 2004 non ha fatto altro che recepire un fenomeno di aggregazione della spesa già presente in alcuni paesi europei – tra cui, anche, l'Italia<sup>15</sup> – e che permetteva di realizzare, in base al volume degli acquisti, un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, riducendo contemporaneamente i costi di gestione legati all'espletamento delle procedure di gara.

Tale modello opera attraverso convenzioni, mercato elettronico e accordi quadro, tutti

---

<sup>15</sup> Il Programma per la Razionalizzazione degli acquisti nella Pubblica Amministrazione è nato con la legge n. 488 del 1999 (c.d. Legge Finanziaria per il 2000) con l'obiettivo di ottimizzare gli acquisti pubblici di beni e servizi e contribuire allo sviluppo di modelli di approvvigionamento efficienti basati su processi e tecnologie innovative e sul ruolo delle centrali di committenza.

strumenti volti ad assicurare un innalzamento del livello di qualità degli acquisti conseguendo, al contempo, un risparmio di spesa.

In Italia tale modulo organizzativo ha trovato riconoscimento, già prima della direttiva “appalti” del 2004, con la legge n. 488 del 1999 (c.d. Finanziaria per il 2000) che ha istituito la Società Concessionaria Servizi Informatici Pubblici (CONSIP), società per azioni detenuta al 100% dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, con il compito di stipulare convenzioni (concluse con un unico operatore) e accordi quadro conclusi con più operatori) per l’acquisizione di beni e servizi, con la sola esclusione dei lavori pubblici.

L’obbligo di adesione alle Convenzioni Consip era previsto unicamente per le Amministrazioni statali centrali e periferiche. Per le restanti amministrazioni oltre alla possibilità di aderire alle convenzioni quadro stipulate da CONSIP, era prevista anche la facoltà di utilizzarne i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per l’acquisto di beni e servizi<sup>16</sup>.

Da un punto di vista operativo, la centrale di committenza può agire secondo due distinti modelli organizzativi.

In un primo caso, può acquistare direttamente ed in via centralizzata beni e servizi per altre amministrazioni.

Nel secondo caso, può agire come stazione appaltante su richiesta di altre amministrazioni, espletando le procedure di gara fino alla selezione del contraente e rimettendo alle amministrazioni committenti la stipula dei relativi contratti.

Si noti che mentre la prima ipotesi è limitata agli acquisti di beni e servizi, la seconda si estende anche agli appalti o accordi quadro di lavori.

Anche con il Codice dei contratti pubblici adottato con il D.lgs. 163 del 2006 il ricorso alle Centrali di committenza è inizialmente previsto come una facoltà di carattere generale<sup>17</sup>: sussiste solo il divieto per soggetti pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori di affidare terzi le funzioni di stazione appaltante per l’affidamento di lavori pubblici<sup>18</sup>.

Successivamente, sempre in una logica di riduzione della spesa, il legislatore ha previsto la creazione di centrali di committenza Regionali.

---

<sup>16</sup> Art. 26, comma 3 della legge n. 488 del 1999 “Le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, salvo quanto previsto dall’articolo 27, comma 6. Le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l’acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento.

<sup>17</sup> Il d.lgs. n. 163/2006 definisce le Centrali di committenza come “un’amministrazione aggiudicatrice che: (i) acquista forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori, o (ii) aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori” (cfr. art. 3, comma 34). L’art. 33 stabilisce poi che “le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi” (cfr. comma 1).

<sup>18</sup> Il riferimento è relativo a: (i) concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, (ii) società pubbliche che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, (iii) concessionari di servizi pubblici (cfr. art. 33, comma 3, del Codice in combinato disposto con art. 32, comma 1, lett. b), c) e f), del Codice).

In particolare, con la Finanziaria per il 2007 (art. 1, comma 455-457 della legge n. 296 del 2006) è stata prevista la possibilità per le Regioni di unirsi al fine di costituire Centrali di committenza regionali, che stipulino, nei rispettivi ambiti di competenza le convenzioni previste dalla legge n. 488 del 1999 in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio. Lo scopo sarebbe quello di creare un apparato in cui *“le Centrali regionali e la CONSIP costituiscono un sistema a rete...”*<sup>19</sup>.

Il legislatore è poi negli anni intervenuto più volte sulla disciplina delle Centrali di committenza e su CONSIP, attraverso le c.d. misure di spending review accrescendone di volta in volta l'ambito di applicazione sia con riferimento ai soggetti tenuti a ricorrervi direttamente o a utilizzarne i parametri qualità/prezzo<sup>20</sup>.

La direttiva 2014/24/UE fornisce, in sostituzione della precedente, la nuova definizione di «centrale di committenza», individuandola come *«un'amministrazione aggiudicatrice che fornisce attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie»* (art. 1, comma 1, n. 16).

Prestando attenzione al modello organizzativo che sottende all'esercizio della funzione, la norma comunitaria individua l'«attività di centralizzazione delle committenze» come *«attività svolte su base permanente, in una delle seguenti forme a) l'acquisizione di forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici; b) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici;»* (art. 1, comma 1, n. 14).

Si introduce, inoltre, la nozione di «attività di committenza ausiliarie», definendole come *«attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: a) infrastrutture tecniche che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; b) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; c) preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice»*

---

<sup>19</sup> 455. *Ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, le regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio.*

456. *Le centrali di cui al comma 455 stipulano, per gli ambiti territoriali di competenza, convenzioni di cui all'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni.*

457. *Le centrali regionali e la CONSIP Spa costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi. Nel quadro del patto di stabilità interno, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano approva annualmente i programmi per lo sviluppo della rete delle centrali di acquisto della pubblica amministrazione e per la razionalizzazione delle forniture di beni e servizi, definisce le modalità e monitora il raggiungimento dei risultati rispetto agli obiettivi. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*

<sup>20</sup> Cfr. l'art. 1, comma 449 della legge n. 296 del 2006, comma modificato dall'art. 7, comma 1, legge n. 94 del 2012, poi dall'art. 1, comma 150, legge n. 228 del 2012, poi dall'art. 22, comma 8, legge n. 114 del 2014, poi dall'art. 1, comma 495, legge n. 208 del 2015. Per effetto di tali interventi normativi l'obbligo di aderire alle Convenzioni Consip è stato esteso alle scuole, università, INPS, INAIL, Agenzie Fiscali, Autorità Indipendenti.

*interessata»* (art. 1, comma 1, n. 15). È «prestatore di servizi in materia di appalti» «*un organismo pubblico o privato che offre attività di committenza ausiliarie sul mercato»* (art. 1, comma 1, n. 17).

Le norme sopra indicate sono state sostanzialmente trasfuse nel D.Lgs. n. 50 del 2016 (cfr. art. 3, comma 1, lett. i) l) m)<sup>21</sup>.

## **6. I soggetti aggregatori**

Come sopra accennato, al fine di ottenere una contrazione della spesa da parte delle pubbliche amministrazioni, il legislatore ha ritenuto di intervenire direttamente sui centri di spesa mediante la riduzione delle stazioni appaltanti e la creazione dei c.d. soggetti aggregatori.

In particolare, l'articolo 9 del decreto-legge n. 66 del 2014, convertito, con modificazioni, con legge 23 giugno 2014, n. 89, ha introdotto la nuova figura dei "soggetti aggregatori" ovvero enti che svolgono funzione di centrale di committenza per l'acquisizione di beni e servizi in un determinato ambito territoriale per conto di amministrazioni statali centrali e periferiche, regioni, enti locali e loro consorzi e associazioni, enti del servizio sanitario nazionale. Il numero dei soggetti aggregatori su tutto il territorio nazionale è stato fissato in un massimo di trentacinque.

Presso l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti è stato istituito un "Elenco nazionale dei soggetti aggregatori", di cui fanno parte CONSIP, una centrale di committenza per ciascuna Regione e gli altri soggetti aggregatori a carattere territoriale. I requisiti che devono essere posseduti ai fini dell'iscrizione nell'elenco sono: "*carattere di stabilità dell'attività di centralizzazione, nonché i valori di spesa ritenuti significativi per le acquisizioni di beni e di servizi con riferimento ad ambiti, anche territoriali, da ritenersi ottimali ai fini dell'aggregazione e della centralizzazione della domanda*"<sup>22</sup>.

11

Le centrali di committenza (rectius, Soggetti Aggregatori) iscritte nell'elenco ANAC sono dunque una specie qualificata (della categoria generale "centrale di committenza") quale definita dall'art. 37 del d.lgs. 50/16 e s.m.i..

---

i) «centrale di committenza», un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie;

l) «attività di centralizzazione delle committenze», le attività svolte su base permanente riguardanti:

1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;

2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;

m) «attività di committenza ausiliarie», le attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:

1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;

2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;

3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;

4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;

<sup>22</sup> Cfr. DPCM del 14.11.2014 e Determinazione ANAC n. 2 dell' 11 febbraio 2015 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 51 del 3 marzo 2015) Applicazione dell'art. 3, comma 1, del DPCM 11 novembre 2014 pubblicato in GU n. 15 del 20 gennaio 2015. L'art. 1 del DPCM del 11 novembre 2014, ha confermato che nell'elenco dei soggetti aggregatori rientrano "di diritto" CONSIP, una centrale di committenza regionale se costituita o qualora non ancora costituita da individuare. Gli altri soggetti aggregatori, secondo quanto previsto dall'art. 2 del DPCM, possono essere solo espressione degli enti locali e non delle Regioni.

**Avvocati Amministrativisti Associati - A.A.A. Law Firm**

Piazza San Bernardo, 101 – 00187 Roma

Tel. 06 92939238 – Fax – 06 56563574

[segreteria@aaa-avvocati.it](mailto:segreteria@aaa-avvocati.it)

In questa fase di prima attuazione della norma, si è voluto adottare un criterio di tipo esclusivamente quantitativo: gli enti candidati all'iscrizione devono aver avviato nel triennio 2011-2013 procedure di acquisto di rilevanza comunitaria per un valore complessivo superiore a 200.000.000 euro nel triennio e con un valore minimo di 50.000.000 euro per ciascun annuo

Ad oggi i soggetti aggregatori ufficialmente iscritti nel registro dell'ANAC sono 33, ma l'assetto fino ad ora delineato appare comunque destinato a cambiare<sup>23</sup>.

Per i soggetti aggregatori vale il principio tassativo della nominatività degli stessi, cosicché una centrale di committenza che non sia iscritta nell'elenco non è soggetto aggregatore.

L'esatta portata delle nuove norme incide sull'attività delle stazioni appaltanti.

Con il DPCM del 24 dicembre 2015, (pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 9 febbraio 2016) sono state individuate le categorie di beni e servizi<sup>24</sup> (per gli anni 2016 e 2017) e la relativa soglia di obbligatorietà, ossia la soglia economica oltre la quale le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.lgs. 165 del 2001 non possono più indire autonome gare ma devono fare ricorso ai soggetti aggregatori.<sup>25</sup>

I soggetti aggregatori non sono chiamati a sostituire in toto le precedenti stazioni appaltanti e a prendere il posto delle centrali regionali già costituite, ma operano su di un piano parallelo.

Spetta, infatti, ai predetti soggetti aggregatori, nell'ambito delle categorie merceologiche e delle soglie economiche individuate, indire gare per l'acquisizione di specifici beni e servizi destinati alle amministrazioni statali centrali e periferiche nonché alle regioni, agli enti locali, nonché loro consorzi e associazioni, ed agli enti del servizio sanitario nazionale. Fuori da tali casi le singole stazioni appaltanti possono agire autonomamente.

12

## 7. Una particolare centrale di committenza: la Stazione Unica Appaltante

L'istituzione delle S.U.A. è prevista nell'ambito del "Piano straordinario contro le mafie" di cui alla legge n. 136/2010, al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della

---

<sup>23</sup> L'elenco è stato istituito con delibera ANAC del 23 luglio 2015 e aggiornato con delibera ANAC 22 settembre 2021, n. 643. È già previsto che l'ANAC, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza e regolazione del settore, proceda con cadenza triennale all'aggiornamento dell'elenco. A tal fine, all'Autorità è riconosciuto anche il potere di modificare – ove ritenuto opportuno e sempre nel rispetto delle previsioni generali contenute nel d.l. n. 66/2014 – i requisiti richiesti per l'iscrizione.

Possono, quindi, intravedersi, anche in relazione alle tendenze che si stanno manifestando a livello europeo, prospettive di ampliamento del numero e della tipologia di soggetti aggregatori. Se oggi i soggetti aggregatori sono previsti principalmente per razionalizzare gli acquisti degli enti territoriali (Comuni, Città metropolitane e enti regionali), in futuro potrebbero intervenire per accorpate la domanda anche di altre tipologie enti pubblici.

<sup>24</sup> Sono state individuate 19 categorie merceologiche: Farmaci, vaccini, stent, ausili per incontinenza, protesi d'anca, medicazioni generali, defibrillatori, pace-maker, aghi e siringhe, servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali, servizi di pulizia per gli enti del SSN, servizi di ristorazione per gli enti SSN, servizi di lavanderia per gli enti del SSN, servizio di smaltimento rifiuti, vigilanza armata, facility management immobili, pulizia immobili, guardiania, manutenzione immobili ed impianti.

<sup>25</sup> È importante segnalare che la soglia limite prevista dal decreto è su base annua e si riferisce all'importo posto a base di gara. Il limite temporale inserito, se da un lato è sicuramente necessario per non congestionare il sistema degli acquisti centralizzati e al contempo non "ingessare" troppo l'attività delle Stazioni Appaltanti, dall'altro lato potrebbe portare a frazionamenti fittizi della spesa per evitare di aderire alle convenzioni di Consip e/o dei Soggetti Aggregatori.

gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose e nel perseguimento dell'obiettivo di rendere *“più penetrante l'attività di prevenzione e contrasto ai tentativi di condizionamento della criminalità mafiosa, favorendo al contempo la celerità delle procedure, l'ottimizzazione delle risorse e il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro”*<sup>26</sup>.

In questo caso l'accentramento degli acquisti non è più funzionale solo all'ottenimento di risparmi di spesa, ma anche al perseguimento di obiettivi differenti nell'ambito della lotta contro le mafie e contro la corruzione in generale.

Per espressa previsione normativa, la S.U.A. ha natura giuridica di centrale di committenza e come tale può essere istituita dalle Amministrazioni aggiudicatrici e dagli altri Enti aggiudicatori (amministrazioni dello Stato, Regioni, Enti locali, Enti pubblici territoriali, loro associazioni e/o consorzi, altri enti pubblici non economici) e svolge la sua attività in ambito regionale, provinciale ed interprovinciale, comunale ed intercomunale. Essa cura, per conto degli enti aderenti, l'aggiudicazione di contratti pubblici per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture.

Riguardo alla possibile sovrapposizione tra le S.U.A. e la Centrale Unica di Committenza di cui all'art. 33, comma 3-bis del D.lgs. 163 del 2016 è intervenuta l'ANAC, confermando che *“in una visione unitaria delle disposizioni che concernono la figura della stazione appaltante ed il suo utilizzo, seppur a diversi fini (prevenzione del rischio di infiltrazioni mafiose, da un lato, contenimento della spesa pubblica, dall'altro), non può non riconoscersi, inoltre, continuità di sistema alla disposizione di cui al comma 3-bis dell'art. 33 del Codice”*<sup>27</sup>.

## 8. Le stazioni appaltanti degli enti locali

I Comuni sono stati gli enti territoriali maggiormente interessati dagli interventi di razionalizzazione e accentramento degli acquisti adottati negli ultimi anni. Gradualmente i provvedimenti normativi finalizzati alla contrazione della spesa ne hanno ridotto l'ambito di autonomia.

Il sistema degli acquisti degli enti locali si pone come un sistema composito, sicché nell'ambito degli enti locali è possibile effettuare una classificazione delle stazioni appaltanti sulla base della categoria merceologica o del valore del bene da acquistare, oppure in base all'ambito territoriale di riferimento (comuni non capoluoghi di provincia, città metropolitane, capoluoghi di provincia).

In primo luogo, occorre osservare che ai sensi dall'art. 1, comma 449<sup>28</sup>, della legge del 27 dicembre 2006 n. 296, e s.m.i., gli enti locali hanno la facoltà e non già l'obbligo di avvalersi delle Convenzioni Consip o delle Centrali di Committenza Regionali; nel caso in cui non se ne avvalgano

<sup>26</sup> Art. 1 del Dpcm del 30 giugno 2011

<sup>27</sup> In questi termini ANAC, Determinazione n. 3, del 25 febbraio 2015 “Rapporto tra stazione unica appaltante e soggetto aggregatore (centrale unica di committenza) – Prime indicazioni interpretative sugli obblighi di cui all'art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss.mm.ii”, adottata nell'adunanza del 25 febbraio 2015

<sup>28</sup>Cfr. art.1, comma 449 legge n. 296 del 2006 della legge 27 dicembre 2006, n.296 e s.m.i. comma modificato dall'art. 7, comma 1, legge n. 94 del 2012, poi dall'art. 1, comma 150, legge n. 228 del 2012, poi dall'art. 22, comma 8, legge n. 114 del 2014, poi dall'art. 1, comma 495, legge n. 208 del 2015) e s.m.i. recita:

devono comunque utilizzare i parametri prezzo-qualità per le procedure di acquisto gestite autonomamente.

Ai sensi dell'art. 1, comma 450, della legge n. 296 del 2006 e s.m.i.<sup>29</sup>, inoltre, gli enti locali hanno l'obbligo di ricorrere al MEPA, o ai propri mercati elettronici o a quelli messi a disposizione della centrale di committenza regionale per acquisti di valore superiore ai 5000 euro ed inferiori alla soglia comunitaria.

I comuni inoltre sono obbligati a fare ricorso al sistema dei soggetti aggregatori qualificati per specifiche categorie merceologiche<sup>30</sup>.

Tali norme sono tuttora vigenti e fatte salve dall'art. 37, comma 1 del D.lgs. 50 del 2016.

## **9. Il censimento delle stazioni appaltanti: l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti**

Nel 2012 l'ANAC ha censito circa 37.000 stazioni appaltanti, organizzate in oltre 60.000 centri di spesa che impegnano più di cento miliardi di euro, spesa che si realizza attraverso circa un milione e duecentomila contratti posti in essere dalle predette stazioni<sup>31</sup>.

Il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 1° aprile 2016 allo schema del decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" fa riferimento a più di 32.000 stazioni appaltanti<sup>32</sup>.

L'entità del fenomeno consente di capire perché, già prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 50 del 2016, sono state adottate misure legislative finalizzate proprio al censimento ed alla riduzione delle stazioni appaltanti in una logica di abbattimento dei costi amministrativi ed ottimizzazione delle risorse.

Ed in tale ottica che si inserisce l'istituzione presso la ex AVCP (oggi ANAC) del registro unico delle stazioni appaltanti.

L'art. 33-ter del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con modificazioni in Legge 17 dicembre 2012 n. 221, ha istituito l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA) presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (oggi ANAC),

<sup>29</sup> Art. 1 comma 450, legge 296 del 2006 comma modificato dall'art. 22, comma 8, legge n. 114 del 2014, poi dall'art. 1, commi 495 e 502, legge n. 208 del 2015, poi dall'art. 1, comma 1, legge n. 10 del 2016

<sup>30</sup> Ai sensi dell'articolo 1, comma 7, del d.l. 95/2012, convertito in legge 135/2012, per le categorie merceologiche di energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile i comuni devono aderire alle Convenzioni Consip. Ai sensi dell'articolo 1, comma 512, della legge 208/2015, i comuni al pari di tutte le amministrazioni pubbliche (e le società partecipate) individuate dall'Istat ad devono acquisire beni e servizi informatici esclusivamente da Consip o altri soggetti aggregatori. Tuttavia, ciò nei limiti dei "beni e servizi disponibili".

Ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del d.l. 66/2014, convertito in legge 89/2014 i comuni sono obbligati ad avvalersi dei soggetti aggregatori per l'acquisto di beni e servizi rientranti nelle categorie merceologiche individuate con Dpcm del 24 dicembre 2015.

<sup>31</sup> Cfr. ANAC, Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 "Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici" A.S. n. 1 del 2012" consultabile sul sito dell'ANAC: <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Atto?ca=4890#p13>

<sup>32</sup> cfr. Punto III.c) Centralizzazione della committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37 ss. codice) del parere.

demandando a quest'ultima di stabilire, con propria deliberazione, le modalità operative e di funzionamento della richiamata Anagrafe.

In particolare, il già menzionato articolo ha previsto un duplice obbligo in capo alle stazioni appaltanti di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ossia quello di:

a) iscrizione all'Anagrafe unica presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita ai sensi dell'articolo 62-bis del codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;

b) aggiornamento annuale dei rispettivi dati identificativi.

In caso di inadempimento dei suddetti obblighi di iscrizione e di aggiornamento sono state previste le seguenti sanzioni:

a) nullità di tutti gli atti adottati dalla SA;

b) responsabilità amministrativa e contabile dei funzionari responsabili.

Con Comunicato del Presidente del 16 maggio 2013 l'Autorità, in attuazione del suddetto art. 33-ter, ha disciplinato gli adempimenti transitori relativi alla Anagrafe. Con successivo Comunicato del 28 ottobre 2013 la stessa Autorità ha fornito le prime indicazioni operative per la comunicazione del soggetto Responsabile della stazione appaltante (cd. RASA) incaricato della compilazione ed aggiornamento dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti.

Al fine del corretto assolvimento dei suddetti obblighi di iscrizione ed aggiornamento, tutte le Stazioni Appaltanti sono, pertanto, tenute a nominare - con specifico provvedimento - il soggetto Responsabile dell'Anagrafe per la Stazione Appaltante (RASA), che è unico per ciascuna di esse.

Anche se non è escluso che uno stesso soggetto possa rivestire il ruolo di RASA per due o più stazioni appaltanti, previa apposita adozione di un provvedimento di nomina da parte delle stesse.

Il RASA è l'unico soggetto responsabile per l'inserimento e per l'aggiornamento delle informazioni concernenti le SA presenti in AUSA, da effettuarsi conformemente a quanto previsto dalla legge, entro il 31 dicembre di ogni anno<sup>33</sup>.

Guardando alla "ratio" dell'intervento normativo, può ritenersi che attraverso l'istituzione dell'Anagrafe Unica delle Stazioni appaltanti il legislatore nazionale abbia essenzialmente inteso rafforzare il controllo - attraverso l'Autorità che è detentrica della stessa anagrafe - della spesa pubblica derivante dai contratti di lavori servizi e forniture.

La costituzione del registro unico delle stazioni appaltanti unitamente alla Banca dati dei contratti pubblici, infatti, consente di creare un patrimonio conoscitivo comune, e di sfruttare i numerosi di dati informativi statistici raccolti presso i Ministeri, le Regioni, le stazioni appaltanti e l'Autorità, nell'ambito di un sistema di "dati gestionali", validati grazie alla possibilità di poterli

---

<sup>33</sup> Il registro delle stazioni appaltanti si inserisce, tra l'altro, nel processo di monitoraggio delle opere pubbliche previsto nella legge 31 dicembre 2009, n. 196 in materia di contabilità e finanza pubblica. È necessario, infatti, creare le condizioni di legge affinché ogni intervento possa essere sistematicamente monitorato, in modo oggettivo e trasparente, dall'inizio alla sua conclusione.

incrociare fra loro, nonché di avere contezza, in tempo reale, delle dinamiche di mercato.

Come rilevato dall'AVCP nel 2012 *“l’obbligo d’iscrizione nel registro delle stazioni appaltanti, inoltre, è funzionale all’introduzione di un sistema che ne valuti le capacità amministrative e gestionali e le classifichi per classi di importo o per tipologia di contratti, così da consentire che ogni amministrazione indica gare e gestisca contratti in relazione alle proprie capacità strutturali, in modo rispettoso della normativa e, soprattutto, in modo efficiente, efficace e trasparente”*<sup>34</sup>.

Coerentemente a tali indicazioni, il legislatore con il nuovo codice, portando a ulteriore sviluppo la riflessione già avviata, ha introdotto il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 38 del D.Lgs. n. 50 del 2016).

L’ambito entro cui ciascuna amministrazione può svolgere funzioni di stazione appaltante viene circoscritto sul piano soggettivo, imponendosi alle amministrazioni un onere di conseguire la qualificazione e circoscrivendosi a importi limitati gli appalti che possono essere affidati da amministrazioni non qualificate.

Occorre rilevare che fino all’entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dal nuovo Codice dal D.lgs. 50 del 2016 requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l’iscrizione dell’AUSA (cfr. art. 216, comma 10 del D.lgs. 50 del 2016).

#### **10. La Sentenza della Corte di giustizia UE sulla controversia ASMEL Consortile/ANAC.**

Con la sentenza C-3/19, ASMEL Soc. cons. a r.l vs. ANAC, la seconda sezione della Corte di Giustizia avvia alla conclusione la complessa controversia tra ASMEL S. c. a r.l. e l’ANAC originatasi a seguito dell’adozione della delibera n. 32 del 30 aprile 2015, con la quale l’Autorità ha inibito ad ASMEL lo svolgimento di attività di intermediazione negli acquisti pubblici ed ha ritenuto prive del presupposto di legittimazione le gare già condotte da quest’ultima, per via dell’inosservanza dei modelli organizzativi per le centrali di committenza previsti dal diritto nazionale, ossia, segnatamente, dall’articolo 33, comma 3 bis, del d.lgs. 163/2006 (applicabile *ratione temporis* alla vicenda in commento).

Ciò in quanto, a parere dell’ANAC, ASMEL è un soggetto giuridico di natura privatistica, regolato dal Codice civile, laddove per le centrali di committenza viene imposta la forma pubblicistica (ente pubblico ovvero associazione di enti locali, quali unioni e consorzi di Comuni, nelle forme previste dal TUEL) o, in caso di ricorso a soggetti privati con funzioni di centralizzazione degli acquisti, la forma necessaria è quella della società in house, con un raggio di operatività limitato al territorio dei comuni fondatori; ciò mentre ASMEL non sarebbe sottoposta ad alcun “controllo analogo” da parte delle Amministrazioni servite.

ASMEL ha quindi impugnato tale provvedimento dinanzi al **TAR Lazio**, ritenendo di poter assumere il ruolo di soggetto aggregatore di natura sostanzialmente pubblicistica in quanto

---

<sup>34</sup> Cfr. ANAC, “Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici” A.S. n. 1 del 2012”, cit. par. 2.1, pag.7

“organismo di diritto pubblico”; tuttavia, il TAR territoriale ha respinto il ricorso (TAR Lazio – Roma, sez. III – sentenza 22 febbraio 2016 n. 2339), non rilevando in capo ad ASMEL i requisiti dell’organismo di diritto pubblico e confermandone, anzi, l’estraneità ai modelli organizzativi delle centrali di committenza normativamente previsti.

La pronuncia del TAR, quindi, è stata appellata da ASMEL al Consiglio di Stato, sostenendo, in particolare:

- da un lato, che il consorzio di diritto privato (forma giuridica di ASMEL Consortile) non presenta incompatibilità con le disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 sulle centrali di committenza;
- sotto altro profilo, che la normativa nazionale non impone alcuna limitazione territoriale all’operatività delle centrali di committenza.

Nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale (sez. V – ordinanza 3 gennaio 2019 n. 68), il Consiglio di Stato ha dato immediatamente atto che il d. lgs. n. 163/2006 (all’art. 33, comma 3 *bis*) prevede che **i piccoli comuni possano rivolgersi a centrali di committenza configurate solo secondo due precisi modelli organizzativi**, vale a dire quelli dell’**unione dei comuni ovvero del consorzio tra enti locali** (artt. 31 e 32 TUEL, d.lgs. n. 267/2000).

Ed è proprio intorno a questa limitazione che il Supremo Consesso, dubitando della legittimità comunitaria di tale normativa interna, **ha sospeso il giudizio ed ha sottoposto la questione alla Corte di Giustizia**, sollevando i seguenti interrogativi:

1. se la richiamata disposizione del previgente codice, nella parte in cui **limita l’autonomia dei comuni nella scelta tra due soli modelli organizzativi** (unione di comuni o consorzio tra comuni), è **contraria alle norme comunitarie** (nello specifico, alla direttiva 2004/18, laddove prevede la possibilità di ricorrere a centrali di acquisto senza limiti quanto alle forme di cooperazione);

2. se tale norma confligga con i principi di libera circolazione dei servizi e di massima concorrenza laddove, in relazione al modello organizzativo dei consorzi di comuni, **esclude la possibilità di costituire figure di diritto privato** (quali il consorzio di diritto comune, con partecipazione anche di soggetti privati);

3. se la predetta previsione sia in contrasto con i principi di libera circolazione dei servizi e di massima concorrenza, ove **interpretata nel senso di consentire alle centrali di committenza di operare nel solo ambito territoriale** corrispondente a quello degli enti locali che le hanno istituite.

In proposito, va chiarito che l’art. 33, comma 3 *bis* del d.lgs. n. 163/2006 è stato soppiantato dal Codice attualmente vigente e, nella particolare materia *de qua*, **dall’art. 37, comma 4, d.lgs. n. 50/2016**. Tuttavia, quest’ultima norma (sostanzialmente confermativa di quella pregressa) risulta, in quanto **temporaneamente sospesa**, sino al 30 giugno 2023<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> L’art. 37 comma 4 del D.lgs 50 del 2016 è sospeso fino al 30 giugno 2023 dall’art. 1, comma 1, lett. a), della legge n. 55 del 2019, come modificato dall’art. 8, comma 7, legge n. 120 del 2020 e poi dall’art. 52, comma 1, lettera a), sub 1.2, legge n. 108 del 2021

Per tale ragione, quindi, la Corte di giustizia ha ritenuto che “*il procedimento principale resta disciplinato da tale disposizione*” (ossia l’art. 33 del codice previgente), ricusando così i dubbi sulla ricevibilità del ricorso manifestati dalla Commissione europea nel corso del giudizio.

Ciò posto, con riferimento alla **prima questione**, i Giudici comunitari hanno affermato che il **diritto nazionale è autorizzato a limitare l’autonomia organizzativa degli enti locali**, imponendo loro di ricorrere a centrali di committenza secondo **solì due modelli di organizzazione**, dal momento che l’unico limite che la direttiva 2004/18 pone all’operatività delle centrali di committenza è che queste presentino la **qualità di “amministrazione aggiudicatrice”** (e, ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18, con tale espressione vengono designati lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico).

Da tale rilievo, a parere della Corte, ne consegue che:

- la scelta di limitare il ricorso alle centrali di committenza a specifici modelli organizzativi rientra nel margine discrezionale proprio di ogni Stato membro; l’unico limite in tal senso imposto è, appunto, che tali modelli rivestano, tutti, la qualità di amministrazione aggiudicatrice;
- ad un soggetto privo di tale caratteristica la normativa nazionale **non può accordare il ruolo di “centrale di committenza”**.

Quanto, poi, al **secondo interrogativo** (che la Corte ha esaminato congiuntamente al primo), i Giudici hanno fatto nuovamente appello all’autonoma discrezionalità degli Stati membri, che **ben possono prescrivere modelli di organizzazione di centrali di committenza aventi natura esclusivamente pubblica**, senza la partecipazione anche di privati. Ciò, in quanto, essenzialmente:

- la scelta di modelli pubblicistici può essere funzionale a rispondere ad esigenze peculiari, proprie di ciascuno Stato membro (nel caso di specie, la difesa erariale ha evidenziato la necessità di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose nonché di prevedere uno strumento di controllo della spesa pubblica);
- in ogni caso, privilegiare modelli organizzativi pubblicistici non viola i principi di libera prestazione dei servizi e di apertura alla concorrenza, in quanto **il settore esaminato esula da una logica concorrenziale**: le centrali di committenza, avendo natura esclusivamente pubblica, **non possono agire come operatori economici, perseguendo interessi commerciali propri** secondo criteri lucrativi; pertanto, la normativa nazionale esaminata non falsa in alcun modo il gioco concorrenziale, ed è ben conforme sia alle norme dei trattati che alla direttiva 2004/18.

Con riferimento poi alla **terza questione** posta dal giudice del rinvio, anche **l’eventuale limitazione dell’ambito di operatività territoriale** delle centrali di committenza ai rispettivi territori degli enti locali “fondatori” è – secondo la Corte – **comunitariamente compatibile**; tale limitazione, infatti:

- ha lo scopo di assicurare che le centrali di committenza agiscano nell’interesse pubblico degli enti aderenti e non nel loro proprio interesse commerciale (operando anche al di là delle aree territoriali delle Amministrazioni istitutrici, questo rischio potrebbe sussistere);
- non creerebbe alcuna “zona di operatività esclusiva” per le centrali di committenza e, per l’effetto, non vi sarebbe pericolo di falsare il gioco concorrenziale, atteso

che – come già osservato in merito alla seconda questione – le centrali di committenza prescindono da logiche competitive e di mercato.

Ad ogni modo la Corte ha stabilito, in conclusione, che il diritto comunitario applicabile al caso di specie (ossia, l'articolo 1, par. 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004):

1. non osta “a una disposizione di diritto nazionale che limita l'autonomia organizzativa dei piccoli enti locali di fare ricorso a una centrale di committenza a soli due modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di soggetti o di imprese private”;
2. non osta neppure “a una disposizione di diritto nazionale che limita l'ambito di operatività delle centrali di committenza istituite da enti locali al territorio di tali enti locali”.

### **11. La giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla qualificazione di ASMEL Consortile come Centrale di committenza e Organismo di diritto pubblico.**

La giurisprudenza italiana si è, allo stato, conformata alle indicazioni della Corte di Giustizia. Il Consiglio di Stato con sentenza del 3 novembre 2020 n. 6787 ha escluso che ASMEL Consortile S.C. a r.l. fosse qualificabile come centrale di committenza.

Tale orientamento è stato poi confermato sempre dal Consiglio di Stato con successiva sentenza del 12 novembre 2020 n. 6975. I giudici hanno annullato l'intera procedura di gara, ritenendo che Asmel non potesse rivestire la posizione di centrale di committenza.

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, 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.

Con successiva sentenza del 6 dicembre 2021 n. 8072 il Consiglio di Stato nel richiamare le sentenze sopra citata ha precisato che ASMEL non potesse essere qualificata come organismo pubblico e non può rientrare nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici.

### **12. Asmel quale soggetto legittimato a svolgere attività di committenza ausiliaria**

Con due recenti sentenze il Consiglio di Stato, tuttavia, riconosce la possibilità che Asmel svolga attività di committenza ausiliarie, ossia quelle attività che secondo la definizione prevista dall'art. 3, comma 1, lett. m) del D.lgs. n. 50 del 2016 consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:

- 1) *infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;*

- 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;
- 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;
- 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata”.

In particolare, con le sentenze del 30 novembre 2020 n. 7558, del 6 maggio 2021, n. 3538 e del 14 marzo 2022 n. 1782 la V sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata in merito a bandi di gara in cui le stazioni appaltanti indicavano espressamente ASMEL Consortile come centrale di committenza per la sola gestione della procedura di appalto mediante piattaforma telematica. Come rilevato dai giudici *“Si tratta di attività di committenza ausiliarie, ai sensi e per gli effetti dell’art. 3, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, e specificamente della gestione della procedura di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata, ai sensi del n. 4 della citata disposizione del codice dei contratti pubblici”* (in questi termini CdS sentenza del 30 novembre 2020 n. 7558).

In tali sentenze i giudici non si sono pronunciati espressamente sulla legittima qualificazione di Asmel Consortile come centrale di committenza ausiliaria né hanno escluso la possibilità per Asmel di offrire tali servizi. Hanno tuttavia stabilito che non è possibile, laddove l’ente locale si avvalga dei servizi ausiliari di Asmel, far pagare il relativo costo all’operatore economico che partecipa alla procedura di gara (cfr. Sentenza del Consiglio di Stato del del 6 maggio 2021, n. 3538).

Tale indirizzo è stato confermato anche dalla sentenza del Consiglio di Stato del 14 marzo 2022 n. 1782 laddove è stato precisato che *“le contestate previsioni della legge di gara, imponendo al concorrente di impegnarsi, a pena di esclusione, a corrispondere una somma a titolo di corrispettivo per le attività di committenza e le altre attività svolte da Asmel Consortile in percentuale sull’importo complessivo posto a base di gara, hanno comportato anche una restrizione della concorrenza, poiché il corrispettivo contrattuale sarebbe risultato, sia pure indirettamente, decurtato della predetta somma e sarebbe stato ben possibile che, per ragioni di economia aziendale, proprie di ciascun impresa, il servizio da prestare potesse risultare in prospettiva non più remunerativo (o non adeguatamente remunerativo) e così indurre un operatore economico a non prendere parte alla procedura, in violazione del principio di massima partecipazione previsto dall’art. 30 del d.lgs. n. 50 del 2016”*.

20

### **13. Nuovo assetto di ASMEL Consortile: società in house**

In data 19 dicembre 2022 Asmel Consortile ha significativamente modificato il proprio statuto, anche in coerenza con le indicazioni giurisprudenziali evidenziate, al fine di rimuovere tutti gli elementi ritenuti ostativi alla natura di “società in house” dei propri soci.

In particolare:

- è stata disposta l’uscita dalla compagine sociale di tutti i soci con forma societaria, ancorché interamente pubblici (verbale CdA del 16.12.2022) ed è stato rafforzato espressamente nello statuto il divieto di ingresso di soci privati (cfr. art. 2 dello Statuto);
- la società ha scopo consortile, non ha finalità industriali o commerciali, ed ha per oggetto lo svolgimento delle attività e funzioni di centrali di committenza di cui agli art. 37 e 38 del D.lgs. 50 del 2016 e s.m.i. limitatamente al territorio degli enti soci e con il vincolo di realizzare 80% del fatturato in favore dei soci (art. 2)

- è stato rafforzato il un meccanismo di controllo analogo congiunto da parte dei soci pubblici mediante l'istituzione della "Giunta del controllo analogo congiunto" i cui componenti (pari a 9 amministratori locali) sono espressione dei soci pubblici (art. 13 dello statuto);
- i poteri del consiglio di amministrazione sono sottoposti all'attività di indirizzo e controllo gestorio dei soci in esecuzione del controllo analogo congiunto (art. 14 dello statuto); l'Organo Amministrativo è tenuto ad adeguarsi alle linee guida e direttive degli enti controllanti;
- è stato previsto il divieto di porre in capo agli aggiudicatari il pagamento di un corrispettivo per i servizi resi da Asmel consortile in favore dei propri soci (cfr. verbale assemblea soci del 6 dicembre 2021 e verbale della Giunta del Controllo analogo congiunto e del Consiglio di Amministrazione del 4 febbraio 2022).

Tali modificazioni e l'attuale quadro normativo di riferimento possono condurre, allo stato, a conclusioni che consentono di superare i diversi rilievi che Anac e la giurisprudenza hanno mosso ad ASMEL.

Occorre, infatti, tener conto dei seguenti aspetti rilevanti:

- l'abrogazione dell'art. 33 bis del D.lgs. 163 del 2006;
- la sospensione, fino al 30 giugno del 2023, dell'art. 37 comma 4 del D.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., salvo quanto previsto dall'art. 52, comma 1.2 del D.L. 77/2021, convertito in legge n.108/2021, ai sensi del quale *"Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluoghi di provincia"*;
- la circostanza che il predetto art. 37, comma 4, stabilisce *"Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità:*
  - a) *ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati;*
  - b) *mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento;*
  - c) *ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56;*
- la circostanza che il successivo comma 5, dell'art. 37 ha rinviato all'adozione di un DPCM (mai adottato) l'individuazione degli ambiti territoriali di riferimento ed i criteri e le modalità per la costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia;
- il fatto che fino all'entrata in vigore del citato DPCM (art. 37 comma 5) si applichi l'art. 216 comma 10 del D.lgs. n. 50 del 2016, ossia iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti;
- la non operatività del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dall'art. 38 del Codice e soddisfacimento dei requisiti di qualificazione con

l'iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA, art. 216 comma 10 del D.lgs. 50 del 2016 e s.m.i.);

- la sussistenza di tutti i requisiti per la qualificazione di Asmel Consortile come società in house conforme alle prescrizioni di cui all'art. 4 comma 2, lett. e)<sup>36</sup> ed art. 16 del D.lgs. 175 del 2016 e s.m.i..

Pertanto è ragionevole affermare che:

1. Asmel Consortile può svolgere attività di committenza ausiliaria di cui all'art. 3, comma 1, lett. m) del D.lgs. n. 50 del 2016 in favore dei soci consorziati, in quanto sussiste un rapporto in house rispetto ai singoli soci tale da legittimare l'affidamento delle attività di committenza ausiliarie (cfr. art. 39 comma 2 del D.lgs. 50 del 2016 e s.m.i.); è rispettata la condizione di non porre il costo delle attività ausiliarie svolte in capo ai partecipanti alle gare;

2. Asmel Consortile è amministrazione aggiudicatrice e può rivestire il ruolo di centrale di Committenza, in quanto società consortile costituita ai sensi dell'art. 4 comma 2, lett. e) del D.lgs. n. 175 del 2016; peraltro è anche qualificabile come organismo di diritto pubblico (3 comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 50 del 2016); sussistono infatti tutti gli elementi previsti dalla normativa nazionale: personalità giuridica; interesse generale di carattere non industriale e commerciale; influenza dominante dei soci-enti locali;

3. Con riferimento alle procedure afferenti alle opere del PNNR e del PNC di cui all'art. 52, comma 1.2. del D.L. 77/2021, convertito in legge n. 108/2021, ASMEL Consortile, in quanto società in house ex art. 4, comma 2, lett. e) ed art. 16 del D.lgs. 175 del 2016, può svolgere in favore dei propri soci comuni non capoluogo di provincia le funzioni di centrale di committenza di cui all'art. 37, comma 4, lett. b) del D.lgs. n. 50 del 2016. Ed invero all'indomani dell'entrata in vigore del D.lgs. 175 del 2016 il modello di centrale di committenza per gli enti locali non si limita più solo agli accordi consortili previsti dall'art. 31 del D.lgs. 276/2000 (TUEL), ma si è aggiunta anche la possibilità di ricorrere allo strumento societario previsto dall'art. 4, comma 2, lett. 3) del TUSP.

Nelle suesposte considerazioni si rassegnano le conclusioni del presente parere.

Roma, 7 febbraio 2023

Prof. avv. Gennaro Terracciano



<sup>36</sup> Art 4, comma 2, lett. e) TUSP: *"Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:.....*

*e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3 comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 50 del 2016"*

Li, 13/1/2023

Ai Sig.ri Sindaci/Presidenti degli enti soci  
Segretari generali  
Responsabili Gare e contratti

**Oggetto: Ennesima delibera ANAC sulla nostra Centrale, la nr. 570/2022**

Nuova pronuncia dell'Autorità sulla vicenda ASMELE: la 42esima in 10 anni di operosa attività. È datata 30 novembre, ma ci è stata notificata il 23 dicembre u.s. Conclude assegnandoci 30 giorni per **comunicare le valutazioni condotte e le determinazioni assunte sulla scorta dei rilievi formulati.**

La delibera rappresenta la conclusione dell'ennesima istruttoria aperta nei nostri confronti. Un esposto aveva segnalato che ci eravamo fregiati nientemeno che della denominazione di **Centro di Competenza PNRR**. ANAC ha ritenuto necessario aprire una nuova istruttoria e ci ha chiesto conto e ragione di questa "indebita appropriazione".

Abbiamo risposto che l'espressione Centro di competenza PNRR non è normata e nemmeno coperta da copyright e che dunque siamo ben liberi di usarla. Che i servizi erogati dal nostro Centro di competenza sono assolutamente gratuiti a differenza di ANCI che si è vista assegnare 22milioni di euro per essersi fregiata dello stesso titolo. Con affidamento diretto, nonostante la Sentenza della Corte di Cassazione 10244/2021 abbia stabilito inequivocabilmente che le Associazioni di Comuni, comunque denominate, rappresentino Soggetti di natura privatistica.

ANAC non ha tenuto conto di ciò e ci ha dedicato una delibera di 10 pagine, estrapolando delle espressioni da varie pronunce che ci riguardano. Senza tener presente che le norme cambiano, le pronunce si susseguono e ASMELE Consortile ha adeguato ripetutamente il proprio Statuto e i propri regolamenti, prassi e procedure operative. Cosicché, nella delibera 570/2022, i riferimenti a pronunce e sentenze risultano spesso decontestualizzati.

In ogni caso, la giurisprudenza ha ormai chiarito da tempo il valore da assegnare alle **delibere ANAC**. Esse **obbligano unicamente il destinatario** a tener informata l'Autorità sulle valutazioni condotte e le determinazioni assunte sulla scorta dei rilievi formulati. Il CdA e la Giunta per il controllo analogo congiunto hanno **deliberato in data odierna di rappresentare all'Autorità le determinazioni già adottate** in termini di adeguamento alle prescrizioni "in house" e di imputazione del corrispettivo al quadro economico di gara. Ribadendo la disponibilità ad accogliere eventuali ulteriori indicazioni che l'Autorità riterrà di formulare.

In altri termini, sia ANAC a comunicarci cosa ritiene necessario per adeguarci e noi saremo ben lieti di corrispondere alla richiesta. Se, ancora una volta, resteremo senza risposta, vuol dire che siamo, come sempre, in regola. Non a caso, operiamo ininterrottamente dal 2013 e abbiamo maturato circa 7.000 gare per un transato di oltre 6 miliardi di euro. Non a caso, in Europa siamo stati premiati come soggetto pubblico innovatore e proposti come best practice nel settore degli appalti pubblici. Non a caso, registriamo una crescita continua di nuovi Soci in tutt'Italia.

La delibera in oggetto non ha dunque allo stato nessuna conseguenza giuridicamente apprezzabile. **E la Centrale di committenza ASMELE Consortile continua come sempre a operare garantendo ai Soci il pieno supporto operativo per le procedure di gara legate o meno al PNRR/PNC.**

Con l'occasione, comunichiamo di aver ulteriormente potenziato il nostro organico e la nostra struttura organizzativa riuscendo così a soddisfare anche il picco di richieste di gare PNRR di fine anno. Siamo pronti e ben attrezzati anche per le prossime scadenze.

Cordiali saluti e buon lavoro.

Il consigliere ai rapporti istituzionali

Francesco Pinto

