

GABRIELLA M. RACCA

**LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE SCELTE NAZIONALI
PER UNA EFFICIENTE E TRASPARENTE
AGGREGAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI:
UNA SFIDA PER L'EVOLUZIONE DIGITALE
DELLA "FUNZIONE APPALTI" NAZIONALE,
REGIONALE E LOCALE**

The ban on independent contracting for individual little municipalities was intended to overcome their inadequacy by encouraging the development of larger territorial aggregations and the use of qualified Central Purchasing Bodies. Instead, in order to comply with this legal constraint (now suspended), it was chosen to opt for "opportunistic aggregations" that have not developed the necessary professional skills for an efficient reorganisation of joint procurement.

The lack of national, regional or local coordination in favour of local authorities induced some private Associations, among which ASMEL (including the Association for subsidiarity and modernisation of local authorities) to fulfill the need and ask to redefine the procurement function as a "service to be opened to the market". ANAC filed a claim with the administrative judge as a distorted use of the public procurement function seemed to be conducted by private entities. The Court of Justice confirmed that Member States can decide the organizational models of procurement functions and their related limits also from a territorial perspective. This paper provides an overall view on the possible legitimate evolution of the procurement system for municipalities to assure legitimacy, efficiency and integrity. Cooperation and digitalization are the key elements to invest on for an innovative industrial policy.

SOMMARIO: 1. La necessità dell'aggregazione dei contratti pubblici per una nuova strategia di coordinamento fra Stato, Regioni ed enti locali. — 2. L'esigenza di centrali di committenza per la riorganizzazione e digitalizzazione della "funzione appalti" dei comuni italiani. — 3. Il caso dell'Associazione per la sussidiarietà e la

Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario - 2021

modernizzazione degli enti locali. — 4. La controversa qualificazione di Asmel come centrale di committenza e soggetto aggregatore. — 5. La natura giuridica delle centrali di committenza per i comuni, *transaction fees* e criteri di remunerazione delle attività di committenza. — 6. La violazione della disciplina in materia di contratti pubblici e la legittimazione straordinaria di A.N.AC. — 7. La necessità di attività di centralizzazione delle committenze per i comuni.

1. *La necessità dell'aggregazione dei contratti pubblici per una nuova strategia di coordinamento fra Stato, Regioni ed enti locali.*

Come noto, i modelli di aggregazione dei contratti pubblici, in Italia, si sono sviluppati senza un chiaro disegno organizzativo, ma prevalentemente per la necessità di risparmiare risorse o di contrastare la corruzione e le infiltrazioni mafiose. La costituzione e la disciplina della centrale di acquisto nazionale, Consip S.p.A., è comparsa ed è stata nel tempo modificata, nelle leggi finanziarie, di stabilità, di bilancio, senza il disegno di una funzione strategica di coordinamento con articolazioni regionali, locali o settoriali che assicurassero l'efficienza e la riqualificazione della "funzione appalti". La forma giuridica di società per azioni, pur interamente possedute dal Ministero del Tesoro, poi Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha perseguito l'obiettivo del risparmio di spesa, senza prevedere lo sviluppo di un nuovo modello di cooperazione organizzativa con le differenti amministrazioni regionali, locali e con le centrali d'acquisto anche europee.

L'obbligatorietà del ricorso alla centrale d'acquisto nazionale, sia per i contratti sopra soglia di rilevanza europea, sia sotto soglia con l'obbligo di utilizzare lo strumento del mercato elettronico della Pubblica amministrazione (MePa), introdotta da molti anni e in apparenza cogente, in realtà è risultata per lungo tempo poco effettiva: per i contratti sopra soglia per il ridotto numero di convenzioni e accordi quadro stipulati e messi a disposizione, mentre per i contratti sotto soglia, sin dall'origine, per l'insoddisfazione e il contrasto al vincolo imposto, dal quale, negli anni, molte amministrazioni hanno inteso sottrarsi (1).

(1) G.M. RACCA - S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, I, 2019, p. 40; M. IMMORDINO - A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, Napoli, II, 2018, p. 371; C. ACOCELLA, *L'aggregazione della domanda e la centralizzazione degli acquisti nel codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI - S. TUCCILLO (a

Nel tempo si sono introdotte, e talora imposte, altre “mini aggregazioni” (Centrali Uniche di Committenza, Stazioni Uniche Appaltanti, ecc.) fra comuni.

La normativa che imponeva il divieto di contrattazione autonoma per i singoli comuni, non capoluogo di provincia, evidenziava e voleva affrontare il problema della inadeguatezza di tali enti e avrebbe dovuto favorire lo sviluppo di aggregazioni significative in aree vaste, ovvero il ricorso a centrali di committenza qualificate (2). La soluzione immediata è stata invece quella di “micro-aggregazioni” fra comuni limitrofi, magari omogenei per indirizzo politico, che peraltro non ha permesso di raggiungere una consistenza adeguata allo sviluppo delle professionalità necessarie per una efficiente riorganizzazione della contrattazione congiunta. Cooperazioni locali e provinciali che hanno determinato unicamente una sommatoria di gare singole, o di parti di esse, presso la centrale unica, perché non accompagnate dalla adesione al nuovo modello che veniva imposto, peraltro senza le necessarie risorse per la riqualificazione organizzativa e funzionale del personale (3).

cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, pp. 115-182; L. FIORENTINO, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007. Come noto, si individuano obblighi inizialmente imposti in capo solo alle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato e poi progressivamente estesi alle altre amministrazioni pubbliche e successivamente attenuati, per gli enti locali: cfr. artt. 24 e 32, l. 28 dicembre 2001, n. 448 «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)»; a tutte «le pubbliche amministrazioni» e agli «enti pubblici istituzionali»: cfr. art. 24, comma 3, l. 27 dicembre 2002, n. 289, recante: «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)». Ancora, cfr. l'art. 1, comma 7, 6 luglio 2012, n. 95 «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario», conv. con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 che impone alle amministrazioni a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, il ricorso agli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali, sanzionando con la nullità i contratti stipulati in violazione di tale disposizione.

(2) Art. 33, comma 3-bis, del d. lgs. n. 163/2006, introdotto dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 e modif. dal d.l. 24 giugno 2014 n. 90: «i Comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. In alternativa, gli stessi Comuni possono acquisire beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento». L. DONATO, *Qualità ed efficienza delle stazioni appaltanti e delle imprese nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 83, aprile 2018 e L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 80, febbraio 2016.

(3) L'istituzione delle SUA è stata prevista dal D.P.C.M. del 30 giugno 2011, in

L'insoddisfazione per queste forme di "aggregazione forzata", opportunisticamente perseguite per adempiere al vincolo normativo, ne ha determinato l'immediato smantellamento al venir meno (pur solo fino al dicembre 2021) del correlato obbligo (4), a dimostrazione dell'inefficienza del modello proposto, ma non certo del superamento del problema della inadeguatezza.

Resta infatti la necessità di riorganizzare la "funzione appalti" in particolare a favore dei piccoli comuni, di riqualificare almeno alcune stazioni appaltanti e di favorire lo sviluppo ed il ricorso a centrali di committenza specializzate (5).

Di qui la necessità di ridefinire i modelli di aggregazione necessari per l'introduzione di un sistema a rete innovativo di contrattazione pubblica, con un ripensamento del ruolo dei soggetti aggregatori e delle differenti centrali di committenza, nazionali, regionali e locali, nonché delle attività di committenza ausiliarie, ormai necessariamente digitalizzate.

2. *L'esigenza di centrali di committenza per la riorganizzazione e digitalizzazione della "funzione appalti" dei comuni italiani.*

Come noto, i comuni italiani restano molto numerosi ed in parte significativa molto piccoli (6). La complessità della funzione appalti spesso non trova professionalità adeguate e, come ricordato, anche la collaborazione fra enti inadeguati non ha permesso di sviluppare le competenze necessarie ad una effettiva ed efficiente aggregazione degli acquisti.

In tale contesto è mancato un coordinamento nazionale, regionale o locale a favore di tali enti. Una centrale di committenza

attuazione dell'art. 13 della l. 13 agosto 2010, n. 136 «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia».

(4) L'applicazione dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016: «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» è sospesa fino al 31 dicembre 2021 dall'art. 1, comma 1, lett. a), della l. n. 55/2019, come modificato dall'art. 8, comma 7, della l. n. 120/2020.

(5) G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE on line*, IV, 2020, pp. 4469-4705.

(6) Poco meno di 8.000, di cui 1.000 nel solo Piemonte e con più di 5.000 sotto i 5.000 abitanti.

dedicata agli enti locali non è stata costituita ed una specializzazione dei soggetti aggregatori nazionali, regionali o locali non è avvenuta.

Come ricordato, il divieto di autonoma aggiudicazione di contratti pubblici aveva l'obiettivo di favorire l'aggregazione degli acquisti e la qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici, ma in assenza di un accompagnamento nell'attuazione della norma, ha determinato differenti esiti opportunistici di creazione di aggregazioni artificiali (Centrali Uniche di Committenza, Stazioni Uniche Appaltanti ecc.) prive spesso di professionalità e strumenti necessari per aggregare, con l'esito di svolgere unicamente una raccolta di singole gare delegate all'ente di riferimento legittimato, con mera "sommatoria" di procedure anche relative ai medesimi oggetti, con documenti di gara, criteri, commissioni differenti (7). Ancora, il singolo ente ha continuato a "gestire", pur con l'ausilio di programmi "gestionali, informatici", le singole procedure selettive.

I limiti alla capacità giuridica degli enti autonomi, anche ove non espressamente imposti, si ricavano dal principio di adeguatezza di cui all'art. 118 della Costituzione e non pregiudicano l'autonomia agli stessi riconosciuta, ma, al contrario permettono di soddisfare al meglio i bisogni degli amministrati, assicurando la qualità di prestazioni e servizi pubblici che l'ente sceglie o è tenuto ad erogare. Con riferimento alla funzione appalti l'autonomia va intesa infatti come assegnata alla pubblica amministrazione nel suo complesso e non necessariamente alle sue diverse articolazioni, affidando l'esercizio di funzioni di servizio all'ente a strutture capaci di assicurare la corretta e tempestiva realizzazione di attività contrattuali e, più in generale, incrementando la qualità dei servizi al cittadino (8).

L'affermazione costituzionale dell'autonomia, in questa prospettiva, legittima ed anzi rende doveroso l'esercizio di attività rivolte all'ente pubblico al livello organizzativamente e professionalmente più adeguato, superando le inefficienze e assicurando la qualità delle

(7) Cfr. G.M. RACCA, *Collaborative and Strategic Procurement for supporting industrial innovation*, in E. MULLER (a cura di), *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, 2018, pp. 121-138. Cfr.: G.M. RACCA - S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in *Droit administratif*, 2011, pp. 7-12. Cfr. Il modello sviluppato in Francia "UniHA", in <https://www.uniha.org>.

(8) G. SCACCIA, *Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni*, in G. CORSO - V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006, p. 4 e G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1247.

prestazioni ai cittadini (9). A ciò si aggiunga che la transizione digitale, anche della funzione appalti, richiede capacità strumentali e professionali che muovano dalla rilevazione dei fabbisogni fino al completamento dell'esecuzione (10).

Obiettivo che può essere perseguito con l'aggregazione delle stazioni appaltanti accompagnata da programmi di rafforzamento, professionalizzazione e specializzazione delle risorse umane interne, in particolare per l'accrescimento della competenza tecnica (11), contribuendo a riaffermare quella simmetria tra amministrazioni pubbliche e operatori economici che impone a chi richiede una

(9) *V. amplius*: G.M. RACCA - S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., p. 40; Report di Accademia per l'autonomia, *La riorganizzazione degli acquisti pubblici a livello locale per il contenimento della spesa pubblica e l'efficienza degli appalti: quale modello organizzativo?*, Roma, Gennaio 2018, in cui si indicano i nuovi enti territoriali di "area vasta", Province e Città Metropolitane, come dimensione territoriale ottimale rispetto agli obiettivi di riorganizzazione del sistema degli appalti pubblici a livello locale, anche in ragione del notevole patrimonio di competenze tecnico-specialistiche per soddisfare i bisogni del territorio. R. CAVALLO PERIN - A. ROMANO, *Articolo 1*, in R. CAVALLO PERIN - A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, p. 6, in cui si sottolinea che «i limiti esterni dell'autonomia degli enti territoriali, i caratteri o elementi essenziali di tali enti (poteri normativi, organizzazione pubblica, ecc.), sono definiti dalla Costituzione con norme espresse (art. 1, 51, 52, 54 Cost.) o di principi» laddove, in particolare, il principio di auto organizzazione è previsto e tutelato dalla Costituzione all'articolo 114 come uno dei caratteri dell'autonomia pubblica. A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1987, pp. 30-41.

(10) R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. XIX-XXI. Cfr. Commissione UE, Comunicazione CF COM(2017) 572 del 3 ottobre 2017 ove si chiarisce che, al fine di elaborare risposte strategiche adeguate nel mercato degli appalti pubblici, «è fondamentale disporre di dati affidabili. La trasformazione digitale, il generale aumento della quantità di dati e la disponibilità di standard in materia di dati aperti offrono opportunità per creare migliori strumenti di analisi per un'elaborazione delle politiche orientata alle esigenze e di sistemi di allarme per segnalare e contrastare la corruzione negli appalti pubblici. È opportuno rendere disponibili dati migliori e più accessibili sugli appalti, poiché in questo modo si apre la strada a molteplici possibilità per valutare meglio l'efficacia delle politiche in materia di appalti, ottimizzare l'interazione tra i sistemi di appalti pubblici e delineare future decisioni strategiche. I sistemi di appalti elettronici devono produrre dati di buona qualità, ma è ancor più importante che i responsabili politici utilizzino tali dati e li condividano con altre parti interessate. Tali sistemi costituiscono inoltre un mezzo per identificare irregolarità. L'accesso ai dati sugli appalti pubblici dovrebbe consentire il dialogo con la società civile e responsabilizzare ulteriormente i governi. Le autorità pubbliche avrebbero quindi strumenti migliori per la lotta contro le frodi e la corruzione».

(11) Corte dei conti, Sezioni centrali di controllo, *Referto in materia di informatica pubblica*, settembre-ottobre 2019, p. 115: «[è] indifferibile un programma di rafforzamento, professionalizzazione e specializzazione delle risorse umane interne alle Pubbliche amministrazioni che operano nel settore degli appalti, in particolare per le figure tecniche. Si richiama inoltre la necessità di procedere all'aggregazione delle stazioni appaltanti (attualmente sono oltre 32.000, di cui quasi 3.700 nel settore dell'ICT) e di accrescerne, oltre alla dimensione, anche la competenza tecnica, per favorire rapporti di forza paritaria tra funzionari delle stazioni appaltanti e operatori economici». Cfr. A.N.AC., *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autore*, 27 maggio 2020.

prestazione di saperla definire, selezionare e controllarne l'esecuzione (12).

Occorre ripensare il modello organizzativo ed il ruolo delle centrali di committenza locali, regionali e nazionali che svolgono attività di intermediazione aggiudicando gare da mettere a disposizione di altre amministrazioni. Sembra necessario riorganizzare un sistema a rete fondato sulla cooperazione fra la centrale di committenza nazionale (Consip s.p.a.), i soggetti aggregatori regionali e le centrali di committenza locali che possano specializzarsi su particolari settori o aree merceologiche, anche per tutto il territorio nazionale o regionale, con possibili rilanci competitivi locali (13).

I piccoli comuni, ricorrendo a qualificate centrali d'acquisto o a soggetti aggregatori specializzati, potrebbero giovare anche di una possibilità di scelta fra differenti procedure di gara messe a loro disposizione. Così l'obbligo si potrebbe trasformare in scelta libera di fruire delle prestazioni, senza gli oneri ed i rischi delle procedure selettive (14).

L'analisi dei dati concernenti i fabbisogni dei comuni e le caratteristiche dei mercati di riferimento permettono la definizione di strategie di gara funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico. La trasformazione digitale conduce, anche grazie all'analisi dati, alla standardizzazione dei modelli di gare e contratti digitali, con le relative fasi preliminari e successive, comprensive di selezione ed esecuzione, nel pieno rispetto dei principi europei e nazionali (15).

(12) Art. 118 Cost. e art. 37 e ss. d.lgs. n. 50/2016; F. MERUSI, *Integration between EU law and national administrative legitimacy*, in *Ius Publicum Network Review*, 2/2013; R. CAVALLO PERIN, Relazione conclusiva al Convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 maggio 2014; J.B. AUBY - J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Introduction: Degré de convergence de droits administratifs dans le creuset du droit européen*, in J.B. AUBY - J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (eds), *Traité de droit administrative européen*, Bruxelles, 2014, p. 1283; G.L. ALBANO, M. SPARRO, *Flexible Strategies for Centralized Public Procurement*, in *Review of Economics and Institutions*, 2010, disponibile al link: <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/17>.

(13) Cfr. per tutti: S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, II, pp. 467-474.

(14) Art. 33, comma 3-bis del previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006).

(15) Cfr. Comunicazione CF COM(2017) 572 final del 3 ottobre 2017, *cit.*, che riprende la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca Europea degli Investimenti, «*Investire in un'industria intelligente, innovativa e sostenibile. Una nuova strategia di politica industriale dell'UE*», 479 final, 2: «*Per aiutare le autorità a utilizzare meglio gli appalti pubblici e renderli un propulsore di tecnologia intelligente, sostenibile e innovativa, la Commissione proporrà inoltre misure volte a promuovere gli appalti strategici e ad aiutare gli Stati membri per quanto riguarda gli aspetti relativi agli approvvigionamenti di grandi*

Occorre superare il vincolo normativo che impone una aggregazione locale, molto spesso insoddisfacente, perché inadeguata, ed attuare modelli di cooperazione amministrativa fra enti pubblici che potranno anche avvalersi di attività di committenza ausiliarie, preferibilmente svolte da soggetti sostanzialmente pubblici. Come noto numerosi operatori privati offrono servizi ausiliari che non devono confondersi con lo svolgimento della pubblica funzione e vanno eventualmente acquisiti sul mercato, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, efficienza e correttezza.

Consip spa ha sviluppato alcuni accordi quadro, articolati anche su lotti territoriali, a favore degli enti locali, per beni e per taluni servizi, ma senza un disegno organico basato sulla rilevazione delle relative necessità (16). L'obbligo per tali enti di utilizzare il MePa per i contratti di minore valore avrebbe dovuto condurre alla elaborazione dei fabbisogni ed alla organizzazione di procedure di gara coordinate a loro favore, per assicurare efficienza e trasparenza oltre allo sviluppo delle innovative imprese locali, con adeguati lotti territoriali. La digitalizzazione delle procedure avrebbe potuto, ed in futuro potrebbe, permettere di svolgere specifiche analisi di mercato per valorizzare e accompagnare alla partecipazione sempre più operatori economici capaci di soddisfare tempestivamente le esigenze locali. Consip, oltre all'attività di aggregazione degli acquisti mediante convenzioni e accordi quadro, svolge gare su delega nonché attività di committenza ausiliarie, che comprendono la messa a disposizione delle infrastrutture tecniche (piattaforme telematiche) alle stazioni appaltanti per aggiudicare appalti o concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi, attività di consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto, la

progetti infrastrutturali». Sul tema da ult.: L. TORCHIA, Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla), in www.irpa.eu, 2020. G.M. RACCA - S. PONZIO, La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici, cit., pp. 33-82, M. IMMORDINO - A. ZITO, Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente, cit., 2018, p. 371. Cfr. anche i dati relativi all'utilizzo dei Fondi strutturali UE 2014 - 2020, su <https://cohesiondata.ec.europa.eu/overview#>.

(16) Es. servizi di assistenza all'impiego di fondi strutturali (<https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/gara-servizi-di-assistenza-tecnica-per-le-autorita-di-gestione-e-di-certificazione-po-2014-2020>), per l'illuminazione pubblica (<https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/qa-gestione-ed-efficiamento-energetico-impianti-di-illuminazione-pubblica>), per fornitura di energia elettrica e dei servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni (<https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/accordo-quadro-energia-elettrica-ed-3>).

preparazione e la gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata (17).

Tuttavia, per Consip, come per gli altri soggetti aggregatori, lo sviluppo di tali attività risulta ancora largamente insufficiente a soddisfare i bisogni delle 36.000 amministrazioni aggiudicatrici (18) ed in particolare degli 8.000 comuni che si trovano a dover affrontare “artigianalmente” un procedimento di selezione in via di digitalizzazione (o meglio in parte informatizzato mediante i programmi gestionali sviluppati in prevalenza da privati per i comuni), ma ancora ibrido e “bizantino” nei suoi meccanismi.

L’efficienza della funzione appalti diviene necessaria anche per evitare l’ingresso di operatori privati che, come già in altri ordinamenti (19), si pongano come alternativi alla funzione pubblica di acquisto e riducano l’imparzialità e lo spazio pubblico di politica industriale nel settore. Il riferimento è alle piattaforme private tipo “Amazon” che negli Stati Uniti stanno entrando sul mercato dei contratti pubblici di minor valore attraverso iniziative come “Amazon.gov” (20), ma che proprio per l’efficienza assicurata, anche nel

(17) Ai sensi dell’art. 39, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

(18) Si veda Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, Segnalazione ai sensi dell’art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 del 12 gennaio 2012, n. 1, in tema di «Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici», in cui si evidenzia come in Italia la frammentazione delle amministrazioni aggiudicatrici (individuate in un numero compreso tra le 32.000 e le 37.000 unità con oltre 60.000 centri di spesa) abbia determinato la “frantumazione” del sistema «in una miriade di micro azioni che ostacolano l’efficienza complessiva del mercato e non consentono un efficace controllo».

(19) Nel 2019 è stata lanciata dall’Amministrazione dei Servizi Generali (GSA) degli Stati Uniti un’iniziativa pilota per l’autorizzazione a “micro-acquisti” attraverso piattaforme elettroniche da parte degli enti pubblici, fino a \$ 10.000 (valore aumentato a \$ 20.000 a livello nazionale in tempi di emergenza dichiarata e \$ 30.000 all’estero). Cfr. C.R. YUKINS, *United States procurement and the COVID-19 pandemic*, in *Public Procurement Law Review*, 2020, IV, pp. 220-231.

(20) Negli Stati Uniti il Congresso ha previsto disposizioni che consentissero di sperimentare un metodo di acquisto innovativo: “Amazon Amendment” o “Amazon.gov”; la sezione 846 del *National Defense Authorization Act* per il 2018 (2018 NDAA) ha stabilito regole per l’uso di portali di e-commerce (e-portals) per l’acquisto di articoli COTS (*Commercial Off-the-Shelf*) che richiedono un livello avanzato di personalizzazione, non ottenibile tramite soluzioni standard. Richiedendo l’uso di e-portals, su base governativa, la scelta sembra favorire la concorrenza, accelerare gli appalti, consentire ricerche di mercato agli utilizzatori e assicurare prezzi convenienti attraverso contratti con più fornitori di servizi di e-commerce. Sono, tuttavia, evidenti che le criticità connesse a tale scelta. Sul punto cfr. P. McKEEN, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, in G.M. RACCA - C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruxelles, 2019, pp. 373-386; D. DAYEN, *Congress Prepares To Send Major Gift To Amazon While Trump Battles “Amazon Washington Post”*, in *The Intercept*, 2017. Cfr.: G.L. ALBANO, *Il Public Procurement come stimolo alle PMI: Il caso del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione Italiana*, in *Rivista di Politica Economica*, 2014, VII-IX, pp. 169-210.

periodo emergenziale, tendono a sostituirsi alla funzione pubblica con tutte le connesse implicazioni di strategia e politica industriale (21).

L'emergenza sanitaria ha, del resto, reso evidente la necessità di garantire la continuità del servizio pubblico (22), per assicurare la sicurezza e la salute dei cittadini, con una gestione responsabile dei contratti necessari a garantire l'efficienza dei servizi e delle infrastrutture.

3. *Il caso dell'Associazione per la sussidiarietà e la modernizzazione degli enti locali.*

Alcuni soggetti privati hanno colto questo importante bisogno e si sono proposti di soddisfarlo, anche mediante piattaforme telematiche, in assenza di iniziative soddisfacenti da parte dei comuni e delle associazioni degli stessi. Molti comuni, soprattutto quelli di minor dimensione che, in base alla normativa *ratione temporis* applicabile, non potevano più acquistare autonomamente (23), ma

(21) Sulle questioni relative alla scelta (poi confermata dalla Corte di Giustizia, sentenza del 4 giugno 2020, causa C-3/19 - Asmel Soc. cons. a r.l. c. Autorità Nazionale Anticorruzione ed Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate, su cui cfr. *infra* e Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2020, n. 6787) di mantenere la funzione appalti in ambito pubblico: G.M. RACCA - S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica*, cit., pp. 33-82. Cfr. M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il «caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, III, pp. 1017-1038. M. CLARICCI, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid - Rassegna* n. 19, 2015.

(22) Nell'emergenza si è verificato il rovesciamento dei rapporti contrattuali con una evidente concorrenza tra gli acquirenti pubblici a livello nazionale, regionale, europeo e globale che ha determinato l'interruzione delle catene distributive. Inoltre la temporanea sospensione delle regole ordinarie sui contratti pubblici e la conseguente diminuzione delle esigenze di imparzialità e concorrenza nelle procedure di selezione dei contraenti hanno evidenziato la necessità di incrementare la trasparenza nei processi per tutelare l'integrità e l'efficienza della spesa pubblica. L. FOLLIOT LALLIOT, C.R. YUKINS, *COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*, in *Concurrences*, 2020, III, pp. 46-58, spec. 52. In ambito nazionale cfr.: E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, rapporto pubblicato sul sito dell'Autorità Nazionale Anticorruzione il 29 aprile 2020. Fra i documenti di A.N.AC. cfr. *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, approvata dal Consiglio il 22 aprile 2020, nonché la Relazione annuale 2019 presentata al Parlamento il 2 luglio 2020, spec. l'allegato *L'Autorità e l'emergenza Covid-19*. I capitoli spagnolo, italiano e francese di *Transparency International* hanno sottoscritto l'appello *Contro la crisi sanitaria, più trasparenza e democrazia*, pubblicato il 7 aprile 2020 in www.transparency.it.

(23) Art. 33, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/2006 che prevedeva che i comuni non capoluogo di provincia potessero rivolgersi a centrali di committenza configurate secondo un preciso ed alternativo modello organizzativo: vale a dire unione dei comuni ovvero consorzio tra enti locali (artt. 31 e 32, d.lgs. n. 267/2000), soggetto aggregatore o province, ai sensi della l. 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. "legge Del Rio"). Il richiamato art. 33, comma 3-bis è stato sostituito dall'art.

anche alcune aggregazioni minori come le Centrali Uniche di Comunità e loro società, hanno aderito al Consorzio e all'Associazione Asmel costituiti inizialmente in Campania.

Secondo quanto riportato nelle sentenze che si sono pronunciate sul caso (24), il Consorzio Asmez è stato costituito nel 1994 da imprese private a Napoli ed è divenuto operativo con l'ingresso nella compagine sociale di Selene service s.r.l., società convenzionata con A.N.C.I. - Associazione nazionale comuni italiani, sede della Campania, per la promozione delle innovazioni tecnologiche e gestionali e l'accesso ai finanziamenti pubblici, attività di formazione e assistenza. Nel tempo, il Consorzio ha raccolto le adesioni di numerosi Comuni anche della Basilicata e della Calabria e del Piemonte, giungendo a costituire una "rete" di 3.334 enti locali di tutte le Regioni italiane (25).

L'associazione Asmel (Associazione per la sussidiarietà e la modernizzazione degli enti locali), è stata costituita il 26 maggio 2010, come associazione non riconosciuta (26) da Asmenet Campania s.c.a.r.l., Asmenet Calabria s.c.a.r.l., dal Consorzio Asmez e dall'Associazione Nazionale Piccoli Comuni Italiani (A.N.P.C.I.), sempre con il fine di stimolare e sostenere l'innovazione e la valorizzazione del sistema delle istituzioni locali in conformità ai principi di sussidiarietà, autonomia e decentramento, "assicurando ai soci il supporto organizzativo, gestionale e tecnologico nonché adeguate economie di scala necessarie a rendere efficiente e realizzabile l'erogazione dei servizi da parte degli enti soci ai cittadini ed alle imprese" (27).

La società consortile Asmel è stata costituita nel 2013 dal Consorzio Asmez (24% delle quote), dall'associazione privata Asmel (25%) (28) e dal Comune di Caggiano (51%) (29). Dal 2014 il

37, comma 4, d.lgs. n. 50/2016. Quest'ultima norma, sostanzialmente confermativa di quella pregressa, risulta al momento sospesa fino al 31 dicembre 2021 (dall'art. 1, comma 1, lett. a), della l. n. 55/2019 di conversione del decreto c.d. "sblocca cantieri", come modificato dall'art. 8, comma 7, della legge n. 120/2020 di conversione del c.d. "decreto semplificazioni".

(24) Cfr. T.a.r. Lazio, Sez. III, 22 febbraio 2016, n. 2339.

(25) La Regione Piemonte con 647 enti aderenti, la Campania (549), la Calabria (386) e la Lombardia (367): https://www.asmel.eu/downloads/category_54/mappa-3334.pdf?download=true.

(26) Ai sensi dell'art. 14 cod. civ.

(27) Statuto dell'Associazione Asmel registrato il 10 luglio 2017: <http://trasparenza.asmel.eu/index.php?action=index&p=502>.

(28) Cfr. T.a.r. Lazio, Sez. III, 22 febbraio 2016, n. 2339.

(29) Il Comune di Caggiano è detentore del 51% delle quote sociali di Asmel s.c.a.r.l. Cfr. i dati richiamati da Cons. St., sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, innanzi al quale era stato

Consorzio Asmez ha ceduto la propria quota all'Associazione Asmel (30).

Al 18 giugno 2020 la società consortile risultava formata da 795 soci (31), per la quasi totalità enti locali e altri enti pubblici (32), oltre ad Asmenet s.c.a.r.l. e Asmenet Calabria s.c.a.r.l. (33) e lo Statuto vigente riporta, come oggetto sociale, l'esercizio delle attività e funzioni di centrale di committenza (34) limitatamente agli enti soci, su tutto il territorio nazionale, assicurando agli stessi il supporto organizzativo, gestionale e tecnologico. Per lo svolgimento delle numerose attività elencate (aggiudicazione di appalti per conto di amministrazioni aggiudicatrici, stipulazione di accordi quadro, gestione di sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici, svolgimento di attività di committenza ausiliarie, nonché altre varie attività di consulenza e formazione in materia), la società dichiara di operare secondo le linee programmatiche adottate dall'Associazione Asmel e secondo il modello dell'*in house providing*, ossia effettuando oltre l'ottanta per cento del fatturato nello svolgimento di compiti affidati dagli enti pubblici soci. In base allo Statuto, "in ragione della specificità dell'oggetto sociale", si ammette la produzione di fatturato oltre detto limite per conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Per lo svolgimento della propria attività Asmel ha creato le piattaforme di *e-procurement* ASMECOMM, SDAPAL, MEPAL, sul modello degli strumenti digitali sviluppati da Consip S.p.a.

I dati pubblici di ANAC rivelano che il numero e il valore delle procedure bandite come stazione appaltante da Asmel consortile a

impugnato il provvedimento con cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) aveva escluso che la società Asmel s.c.a.r.l. potesse essere inclusa tra i soggetti aggregatori e perciò qualificata come centrale di committenza legittimata a svolgere attività di intermediazione degli acquisti pubblici.

(30) T.a.r. Lazio, Sez. III, 22 febbraio 2016, n. 2339.

(31) <http://trasparenza.asmeccomm.it/index.php?action=index&p=688>.

(32) Fra cui consorzi, Unioni di Comuni, CUC, IPAB.

(33) Le due società compaiono come soci maggiori detenendo rispettivamente il 3,616% e 3,231% del capitale. Tutti gli altri soci detengono quote inferiori al 2%. Asmenet è una società costituita il 29 luglio 2005 qualificandosi come *in house* ai sensi del T.U.E.L. allo scopo di favorire la piena partecipazione al processo di innovazione in atto e sostenere l'erogazione di servizi di *eGovernment* da parte degli enti locali campani (<https://www.asmenet.it/>); similmente Asmenet Calabria per gli enti locali della Calabria (<https://www.asmenetcalabria.it/>).

(34) *Ex* artt. 37 e 38 del d.lgs. n. 50/2016.

r.l. risulta crescente negli anni (35). Analoga considerazione si deduce dai dati pubblicati nelle sezioni “Amministrazione trasparente” dei siti *web* delle amministrazioni (36). Si registra una rilevante percentuale di affidamenti diretti mentre le procedure aperte e negoziate riguardano rispettivamente ciascuna circa un quarto degli altri contratti (37). I settori merceologici di maggiore rilevanza sono riferiti a lavori pubblici, soprattutto di costruzione, servizi di ingegneria e di raccolta dei rifiuti (38). Sempre sulla base di dati pubblicati *online*, ma probabilmente incompleti, Asmel consortile risulta “fornitore” (aggiudicatario) in 81 contratti, raggiungendo il maggior numero di contratti nel 2018 (39). L’importo più elevato nel 2017 (40) a favore di comuni, di medie e piccole dimensioni in Piemonte, Lombardia, Veneto, Lazio, Abruzzo, Puglia, Basilicata, Calabria, Sardegna, Sicilia e soprattutto in Campania (41), sempre principalmente procedendo ad affidamenti diretti (42). La Banca dati nazionale dei contratti pubblici non contiene dati inerenti ai contratti banditi dall’Associazione Asmel, mentre sulla base dei dati in “Amministrazione trasparente” risultano appalti banditi con un incremento significativo nel 2019 (43) e 228 contratti alla stessa affidati da

(35) Dagli open data della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di ANAC (<https://dati.anticorruzione.it/superset/dashboard/appalti/>) Asmel consortile a r.l. risulta aver bandito 381 affidamenti per 169 milioni di euro nel 2020, 598 per 394 milioni nel 2019, 596 per 114 milioni nel 2018, 455 per 24,3 milioni nel 2017, 206 per 54,9 milioni nel 2016, 100 per 7,94 milioni nel 2015, 2 per 200 milioni nel 2014, 2 per 152 milioni nel 2013. Asmel Associazione risulta invece aver bandito soltanto 10 procedure in tutto l’arco temporale.

(36) Dati che confermano in crescita il volume degli appalti riconducibili alla Società consortile a r.l. Asmel dal 2015 al 2019, sia per numero di contratti, sia per valore degli stessi: secondo quanto ricavato dal sito *contrattipubblici.org*, che raccoglie i dati pubblicati nelle sezioni “Amministrazione trasparente” delle pubbliche amministrazioni, ex legge n. 190 del 2012, risulta un appalto nel 2013; uno nel 2014; 86 nel 2015; 227 nel 2016; 450 nel 2017; 601 nel 2018; 759 nel 2019. Per valore: 150 milioni di euro nel 2013; 38.000 euro nel 2014; 7,6 milioni di euro nel 2015; 57 milioni di euro nel 2016; 17 milioni di euro nel 2017; 152 milioni di euro nel 2018; 476 milioni di euro nel 2019.

(37) 1261 affidamenti diretti (54,64%); 551 procedure aperte (23,87 %); 458 procedure negoziate (19,84%).

(38) I CPV che contano un numero più ampio di contratti sono: 45000000 (lavori di costruzione); 71000000 (servizi architettonici, di costruzione, ingegneria); 90000000 (servizi fognari e di raccolta rifiuti, di pulizia e ambientali); 85000000 (servizi sanitari e di assistenza sociale); 55000000 (servizi alberghieri e di ristorazione); 98000000 (altri servizi di comunità, sociali); 60000000 (servizi di trasporto, escluso di rifiuti); 79000000 (servizi per le imprese).

(39) 3 contratti nel 2014; 4 nel 2015; 11 nel 2016; 14 nel 2017; 31 nel 2018; 18 nel 2019.

(40) 20.000 euro nel 2014; 27.000 euro nel 2015; 63.000 euro nel 2016; 1,4 milioni di euro nel 2017; 1,1 milioni di euro nel 2018; 294.000 euro nel 2019.

(41) Con 33 contratti; segue il Piemonte con 14 contratti.

(42) 69 affidamenti diretti (85,19%); 8 procedure aperte (9,88%); 4 procedure negoziate (4,94%).

(43) Uno nel 2014 per 400.000 euro, 4 nel 2015 per 666.000 euro, 3 nel 2017 per 41.000 euro, 1 nel 2018 per 3 milioni, 5 nel 2019 per 832 milioni.

parte di Comuni (in gran parte riportano come oggetto il versamento della quota associativa ad Asmel) (44). E indubbio che lo sviluppo dell'attività di Asmel evidenzia la necessità dei servizi proposti e le potenzialità della aggregazione dei relativi fabbisogni. Si intende sottolineare qui l'esigenza di far evolvere il modello organizzativo e le attività di committenza ausiliarie, ovvero di centralizzazione delle committenze proposte in conformità ai principi di legalità, cooperazione, trasparenza e correttezza (45).

4. *La controversa qualificazione di Asmel come centrale di committenza e soggetto aggregatore.*

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.AC.) ha ritenuto il modello Asmel non conforme alla disciplina vigente relativa ai piccoli comuni, incapaci di contrattare autonomamente, escludendone l'inserimento tra i soggetti aggregatori (46). A.N.AC. ha escluso, in particolare, la rispondenza di Asmel ai modelli organizzativi previsti per le centrali di committenza per i comuni e la qualificazione di soggetto aggregatore, con la legittimazione a svolgere attività di intermediazione degli acquisti pubblici per gli enti locali (47), ed ha conseguentemente dichiarato prive del presupposto

(44) 15 nel 2014 per 19.000 euro, 24 nel 2015 per 57.000 euro, 31 nel 2016 per 25.000 euro, 38 nel 2017 per 748.000 euro, 51 nel 2018 per 38.000 euro, 67 nel 2019 per 400.000 euro.

(45) Sulla cooperazione e buona fede si veda il recentissimo art. 1, comma 2-bis, l. 241 del 1990.

(46) Art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66 "Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale convertito con l. 23 giugno 2014, n. 89". Per una ricostruzione degli interventi normativi sui soggetti aggregatori si rinvia a M. IMMORDINO - A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, cit., p. 371; S. GIACCHETTI, *La finanziaria 2000 apre la caccia ai contratti pubblici*, in *Cons. Stato*, 2000, p. 789; L. FIORENTINO, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007. Cfr. G.M. RACCA, *La trasparenza e la qualità delle informazioni come forma diffusa di controllo sulle amministrazioni pubbliche*, report realizzato per l'Accademia per l'Autonomia, 5 maggio 2015, disponibile in: <http://www.accademiaautonomia.it/file/server/file/Ricerca%20UNITO%20LA%20TRASPARENZA%20E%20L%20A%20QUALITA%20DELLE%20INFORMAZIONI%20def.pdf>. Il grado di strutturazione prescelto per l'organizzazione della funzione acquisti va da modelli "leggeri" in cui alcuni soggetti istituzionali operano sulla base di accordi e convenzioni, a modelli in cui l'amministrazione territoriale ha deliberato l'istituzione di un nuovo soggetto giuridico cui imputare l'esercizio dei relativi poteri. Si contano, in particolare, cinque soggetti aggregatori regionali costituiti in forma privata (So.Re.Sa. S.p.A. per la Campania; InnovaPuglia S.p.A. per la Puglia; Arca S.p.A. per la Lombardia; In.Valle. S.p.A. per la Valle D'Aosta; S.C.R. S.p.A. per il Piemonte). Cfr. A.N.AC., *Relazione ai fini della redazione di un nuovo referto al Parlamento avente per oggetto l'informatica pubblica. Il codice dei contratti pubblici: il sistema degli approvvigionamenti, la centralizzazione, degli acquisti, i soggetti aggregatori, gli strumenti di scelta del contraente*, 17 ottobre 2018.

(47) A.N.AC., Delibera del 6 novembre 2013 e Nota prot. n. 82205 del 21 luglio 2014.

di legittimazione le gare poste in essere dalla società consortile (48). Società, quest'ultima, che — come detto — si era qualificata come «centrale di committenza in house promossa da Asmel per i propri associati, per l'esercizio dell'attività e funzioni di centrale di committenza limitatamente agli enti soci, su tutto il territorio nazionale con supporto organizzativo, gestionale e tecnologico» (49).

La decisione di A.N.AC. era motivata dalla presenza, seppur indiretta, di società private nella compagine di Asmel quale società consortile di diritto privato, costituita a sua volta da altre associazioni (50), perciò in contrasto con le previsioni nazionali di forme pubbliche di attuazione, mediante enti pubblici o associazioni di enti locali, quali l'unione dei comuni e il consorzio tra i comuni (51). Si contestava, sotto differente profilo, anche l'operatività territoriale, sostanzialmente illimitata di Asmel s.c.a.r.l., in ragione della richiamata previsione statutaria in base alla quale vengono ammesse adesioni successive di enti collocati su tutto il territorio nazionale.

Per contro, Asmel invocava il principio del pluralismo delle centrali di committenza sul medesimo territorio, escludendo la necessità di operare entro ambiti territoriali definiti giungendo alla conclusione in base alla quale anche l'assenza dei requisiti dimensionali per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori tenuto dall'Autorità (52) non avrebbe impedito lo svolgimento delle attività di centrale di acquisto, non potendosi interpretare la normativa di

L'Autorità aveva avviato un'attività di indagine sulla natura giuridica dei soggetti aderenti al sistema Asmel, sulle attività svolte, sulle modalità con cui venivano realizzate le gare per conto degli enti locali aderenti e sui corrispettivi percepiti per tali attività. Si tratta dei modelli organizzativi indicati dall'art. 33, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/2006, *ratione temporis* applicabile. Sui modelli organizzativi, anche alla luce dell'attuale d.lgs. n. 50/2016, cfr. G.M. RACCA - S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., pp. 33-82.

(48) A.N.AC., deliberazione del 30 aprile 2015, n. 32.

(49) Cfr. <https://www.asmecomm.it/index.php?action=index&p=10201>.

(50) Asmel s.c. a r.l. non è stata costituita direttamente da enti locali, in quanto oltre alla partecipazione per il 51% del capitale del Comune di Caggiano vi è quella di Asmel, associazione non riconosciuta, e del Consorzio ASMEZ, entrambi partecipati da società private: dati richiamati dal Cons. St., sez. V (ord.), 3 gennaio 2019.

(51) Art. 33, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/2006, oggi sostituito dall'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, norma sospesa fino al 31 dicembre 2021 dall'art. 1, comma 1, lett. a), della l. n. 55/2019 di conversione del decreto c.d. "sblocca cantieri", come modificato dall'art. 8, comma 7, l. n. 120/2020 di conversione del c.d. "decreto semplificazioni".

(52) Il sistema di qualificazione gestito dall'A.N.AC. (attraverso un elenco delle stazioni appaltanti qualificate, fondato sulla valutazione dell'effettivo possesso di requisiti peculiari d'ordine giuridico, economico, tecnico-professionale in relazione all'oggetto o al valore del contratto da affidare) avrebbe dovuto assicurare la qualificazione e favorire la collaborazione fra i differenti livelli di aggregazione, anche interregionale e provinciale, dando attuazione e consistenza al principio costituzionale di adeguatezza (art. 118 Cost.). Cfr. G.M. RACCA,

riferimento come volta ad escludere l'operatività di altri soggetti oltre a quelli che ottengono l'iscrizione nell'elenco (53).

Il contenzioso che ne è derivato ha sollevato talune questioni di interesse in ambito nazionale ed europeo (54). La Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la normativa europea della disciplina interna che, in relazione al modello organizzativo dei consorzi di comuni, esclude la possibilità di costituire figure di diritto privato quali, ad es. il consorzio di diritto comune con la partecipazione anche di soggetti privati e che pone una limitazione territoriale dell'ambito di operatività delle centrali di committenza a quella degli enti aderenti (55).

La Corte non ha ritenuto in contrasto con il diritto europeo la normativa nazionale sugli affidamenti contrattuali da parte dei piccoli comuni in particolare laddove si riducono i modelli organizzativi utilizzabili — escludendo anche la partecipazione di soggetti privati — nonché laddove si limita l'ambito territoriale della loro operatività (56). La scelta nazionale non pare in contrasto con i principi di libera prestazione dei servizi e di apertura alla concorrenza delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Infatti, l'ampia nozione di "amministrazione aggiudicatrice" prevista nelle direttive (57) svolge, precisamente, una funzione pro-concorrenziale, essendo rivolta ad escludere sia il rischio che gli

La trasparenza e la qualità delle informazioni come forma diffusa di controllo sulle amministrazioni pubbliche, report realizzato per l'Accademia per l'Autonomia, cit., 5 maggio 2015.

(53) Nell'elenco sono inclusi soggetti "qualificati di diritto" (il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, la centrale di committenza nazionale Consip, Invitalia e i soggetti aggregatori regionali) mentre per gli altri si richiede il conseguimento di una qualificazione, basata sul possesso dei requisiti tecnico organizzativi necessari previsti in regolamento A.N.A.C., Delibera n. 58 del 22 luglio 2015, *Elenco dei Soggetti aggregatori*. Cfr. anche le successive delibere n. 125 del 10 febbraio 2016, n. 784 del 20 luglio 2016, nonché, da ultima, n. 31 del 17 gennaio 2018. Cfr. d.l. 24 aprile 2014 n. 66, convertito dalla l. 23 giugno 2014, n. 89. Cfr. Art. 38, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, che demanda alla disciplina regolamentare l'individuazione dei relativi requisiti.

(54) T.a.r. Lazio, Sez. III, sentenza n. 2339/2016, cit., in cui si sottolinea sia la difformità formale e sostanziale di Asmel s.c.a.r.l. ai modelli organizzativi esistenti, sia il limite per le centrali di committenza di svolgimento delle attività nel territorio dei comuni fondatori ovvero all'ambito provinciale. La decisione del T.a.r. Lazio è stata appellata innanzi al Consiglio di Stato, che ha rimesso le questioni sollevate alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Cons. St., sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, n. 68).

(55) Cons. Stato, sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, n. 68.

(56) CGUE, sentenza del 4 giugno 2020, C-3/19 - Asmel Soc. cons. a r.l. c. Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ed Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi entrate (Anacap).

(57) Articolo 1, paragrafo 9, Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi; *ratione temporis* vigente.

operatori economici nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti pubblici, sia che un ente finanziato o controllato dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche. In tale contesto, sembra che anche l'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nella scelta dei modelli organizzativi per le centrali di committenza non possa elidere il nesso tra la nozione di "amministrazione aggiudicatrice" e quella di "centrale di acquisto", portando a ritenere che le centrali di committenza offrano servizi su un mercato aperto alla concorrenza delle imprese private. Come noto, una centrale di committenza agisce in qualità di amministrazione aggiudicatrice, al fine di provvedere ai bisogni di altre amministrazioni aggiudicatrici, e non in quanto operatore economico, nel proprio interesse commerciale. La previsione, nella disciplina nazionale, di due modelli d'organizzazione (pubblica) come limite alla scelta di ricorrere a una centrale di committenza da parte dei piccoli enti locali non si pone in contrasto con i principi di libera prestazione dei servizi e di apertura alla concorrenza negli Stati membri, non collocando alcuna impresa privata in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti (58).

L'impostazione è stata di recente confermata dal Consiglio di Stato che ha escluso che Asmel, nonostante i correttivi adottati a seguito delle delibere A.N.AC., abbia le caratteristiche del modello organizzativo previsto dal Codice dei Contratti pubblici per la costituzione di centrali di committenza da parte dei comuni (59), continuando ad avere (nonostante l'intervenuta estromissione dei soci privati) una sostanziale natura privatistica, in quanto società di diritto privato costituita da altre associazioni (Asmel Campania ed Asmel Calabria). Come si è visto, l'ordinamento italiano, con scelta considerata non in contrasto con il diritto europeo, qualifica come centrali di committenza in ogni caso enti pubblici (province e città

(58) Sulla compatibilità costituzionale delle centrali di committenza, cfr.: Corte cost., 14 luglio 2015, n. 152, secondo cui «è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 8-bis, d.l. 24 aprile 2014 n. 66, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 giugno 2014 n. 89, nella parte in cui prevede che il ministero dell'economia e delle finanze si avvalga di Consip s.p.a., nella sua qualità di centrale di committenza, per le procedure di gara finalizzate all'acquisizione di beni e servizi strumentali all'esercizio delle funzioni delle autorità di gestione, certificazione e audit istituite presso le singole amministrazioni titolari dei programmi di sviluppo cofinanziati dall'Unione europea, in riferimento agli artt. 97, 118 e 120 Cost.». R. CAVALLO PERIN, *L'aggregazione per l'efficienza e l'integrità della contrattazione per i diritti fondamentali dei cittadini*, Università degli Studi di Torino, 27 ottobre 2016.

(59) Art. 37, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.

metropolitane), ovvero forme associative di enti locali quali “l’unione di comuni” o anche il consorzio di comuni (60). E, ancorché non siano da escludere interpretazioni volte ad ammettere il ricorso a soggetti privati, dovrebbe, comunque, trattarsi di organismi *in house*, la cui attività sia limitata al territorio dei comuni partecipanti. Circostanza che non sussiste, secondo il Consiglio di Stato, nella previsione di una legittimazione a svolgere funzione di centrale di committenza, poiché a livello nazionale mancherebbe sia il profilo del controllo analogo, sia quello dei limiti territoriali (61).

Tra le amministrazioni aggiudicatrici di recente definizione, come noto, l’organismo di diritto pubblico è tale se istituito per soddisfare un interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale. Ne deriva che tale organismo non esercita, a titolo principale, un’attività lucrativa sul mercato. Pertanto una disposizione di diritto nazionale, come quella di cui trattasi rispetta i limiti del margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nell’attuazione del diritto europeo (62).

In ambito europeo le centrali d’acquisto sono state configurate anche come partenariati pubblico privati, pur se il modello è stato poi superato, anche in Gran Bretagna a favore di soggetti integralmente pubblici (63). Inoltre, la scelta italiana è per il momento riduttiva e

(60) Sorte a seguito di accordi ai sensi dell’art. 30 del d.lgs. n. 267/2000.

(61) A valle della deliberazione ANAC n. 32/2015, con la quale non sono stati riconosciuti alla stessa i requisiti di cui all’art. 33, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006 e le è stata negata la qualifica di soggetto aggregatore ex art. 9 del d.l. n. 66/2014. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2020, n. 6975.

(62) La Corte di giustizia Ue ha quindi dichiarato: «L’articolo 1, paragrafo 10, e l’articolo 11 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano 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) L’articolo 1, paragrafo 10, e l’articolo 11 della direttiva 2004/18, come modificata dal regolamento n. 1336/2013, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano 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».

(63) NHS Supply Chain, che attualmente conta 2.400 dipendenti, di cui 1.500 coinvolti nel settore appalti pubblici, era stato creato come un ente no profit, in quanto il margine di utile è soggetto ad un sistema di *profit cap* che consente la distribuzione ai propri dipendenti di incentivi economici in relazione ai risultati ottenuti. Opera a livello nazionale per l’aggregazione degli acquisti in sanità, assicurando il servizio di approvvigionamento, logistica, e-commerce e supporto per i soli ospedali pubblici del NHS. NHS *Supply Chain* agisce, quindi, come centrale di committenza con la stipulazione di accordi quadro, preceduti da ampie analisi di mercato per un totale di circa 670.000 beni (di tipo medicale e non medicale), resi disponibili mediante un catalogo elettronico (con la pubblicizzazione dei prezzi dei beni che favorisce

non ha ancora sviluppato il modello della centrale di committenza intesa come “grossista”, che compra per rivendere alle amministrazioni pubbliche, (64) oltre a mettere a disposizione come intermediario gare svolte a favore di terzi. Ovviamente in simili ipotesi la scelta pur discrezionale del modello organizzativo dovrebbe tener conto della attività economica realizzata, pur sempre nell’interesse pubblico e nel rispetto dei principi nazionali ed europei, che non si applicano ai privati. Come noto le piattaforme private, tipo *Amazon* ben possono discriminare e favorire taluni operatori economici e addirittura, come noto, entrare sui mercati più redditizi (secondo i dati acquisiti) con operatori economici propri, addirittura marchiando i prodotti col nome della piattaforma, che da intermediario diviene produttore, in concorrenza (sleale) con gli altri operatori (65).

5. *La natura giuridica delle centrali di committenza per i comuni, transaction fees e criteri di remunerazione delle attività di committenza.*

La limitazione italiana della qualificazione di centrali di committenza per i piccoli comuni a due soli modelli pubblicitici, con esclusione di soggetti privati, pare rispondere anche ad esigenze di prevenzione del rischio di infiltrazioni criminali, come sostenuto ai

l’attività di *benchmarking* tra i beni garati). *NHS Supply Chain* opera talora come grossista (nel 75% dei casi), talaltra come intermediario (nel 25% dei casi). Il rapporto realizzato dal Lord Carter of Coles per il Department of Health (*Lord Carter of Coles Operational productivity and performance in English NHS acute hospitals: Unwarranted variations. An independent report for the Department of Health*, Febbraio 2016) ha evidenziato come una parte dei problemi che impediscono il perseguimento di risparmi negli acquisti del settore sanitario sia riconducibile al modello di base per l’approvvigionamento e alla filiera all’interno del NHS inglese. Un esempio è costituito dalla varietà di prodotti e dal numero di fornitori presenti all’interno di ogni *trust*. In un campione di 22 *trust* sono stati individuati 30.000 fornitori, 20.000 diverse marche di prodotti, oltre 400.000 articoli e più di 7.000 persone abilitate ad effettuare ordini di acquisto. Dal 2006, DHL ha fornito servizi in PPP con NHS supply chain ai sensi del Master Services Agreement (MSA). Il contratto di DHL è scaduto il 28 febbraio 2019. Il MSA è stato sostituito dal modello Future Operating Model (FOM), basato sulla riorganizzazione del sistema di *supply chain* in 11 torri merceologiche di aggregazione degli acquisti, con la stima di un risparmio di 280 milioni di sterline nei primi tre anni.

(64) G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un’Amazon pubblica*, cit., p. 4697: come nel caso della centrale di committenza (generalista) francese UGAP - *Union des groupements d’achats publics*.

(65) Cfr. P.T. McKEEN, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, in G.M. RACCA - C.R. YUKINS (a cura di), *Public contracting and innovation: lessons across borders*, cit.; D. DAYEN, *Congress Prepares To Send Major Gift To Amazon While Trump Battles “Amazon Washington Post”*, in *The Intercept*, 10, 2017.

tempi dell'introduzione delle Stazioni Uniche appaltanti (66), nonché di efficace controllo della spesa pubblica. La disciplina si pone perciò a tutela di tali amministrazioni per prevenire rischi di deviazioni rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico all'acquisizione delle prestazioni migliori, dai migliori operatori economici.

L'ordinamento dell'Unione Europea lascia discrezionalità agli Stati Membri, tenendo conto delle diversità tra gli stessi, sull'introduzione della possibilità di ricorso alle centrali di committenza e alla individuazione dei soggetti giuridici idonei a svolgere la funzione appalti e definizione dei relativi modelli organizzativi, anche mediante l'instaurazione di forme di cooperazione amministrativa anche con enti di altri paesi europei (67). Ne deriva la qualificazione di centrale di committenza come modello organizzativo fondato su una cooperazione amministrativa che, per definizione, dovrebbe instaurarsi tra soggetti pubblici per l'adempimento di funzioni istituzionali. Una cooperazione che anzitutto è funzionale allo svolgimento con adeguatezza della funzione appalti (art. 118 Cost.), perciò a prescindere dai modelli organizzativi e gestionali utilizzati, dalle modalità

(66) Cfr. art. 13, comma 1, l. 13 agosto 2010, n. 136, *cit.*, in base al quale: con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri dell'interno, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti, del lavoro e delle politiche sociali, per i rapporti con le regioni e per la pubblica amministrazione e l'innovazione, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, le modalità per promuovere l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose.

(67) Art. 37, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, con recepimento inspiegabilmente restrittivo della Direttiva: le stazioni appaltanti possono ricorrere ad una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea solo per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture e/o servizi a stazioni appaltanti; la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze da parte di una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro è effettuata conformemente alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata la centrale di committenza. Si veda per una prima sperimentazione: Progetto HAPPI (*Healthy Ageing Public Procurement of Innovations*, <http://www.masterseiic.it/happi-project-plan/>), finanziato dalla Commissione europea (rif. Call "Supporting Public Procurement of Innovative Solutions: Networking And Financing Procurement" ENT/ CIP/11/C/N02C011) che rappresenta una prima concreta esperienza di appalto pubblico congiunto innovativo a livello europeo nel settore dell'invecchiamento attivo e in buona salute, la cui elaborazione è stata sviluppata da un consorzio di partner europei composto da organizzazioni pubbliche di acquisto (centrali di committenza: *Réseau des Acheteurs Hospitaliers d'Ile-de-France* - Resah - IDF - Francia; *MercurHosp - Mutualisation Hospitalière* Belgio; Società di Committenza Regionale Piemonte - SCR Piemonte - Italia; *Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois* - Lussemburgo; NHS Commercial Solutions - Regno Unito), esperti nel settore dell'innovazione e degli appalti pubblici (BPIFRANCE - Francia; BITECIC Ltd - Regno Unito; ICLEI - Germania) e istituzioni accademiche (*Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique* - Francia; Università degli Studi di Torino - Italia).

attraverso le quali sono conferiti i mandati a tali organizzazioni, dalle tipologie di strumenti contrattuali utilizzati o, ancora, dall'organizzazione e dal finanziamento delle stesse. L'attribuzione a soggetti terzi dell'esercizio di funzioni di supporto all'ente (tra cui la funzione appalti attraverso l'aggregazione dei contratti pubblici) che pur determina limitazioni alla capacità giuridica degli enti autonomi non ne pregiudica, come detto, l'autonomia riconosciuta dalla Costituzione, ma, al contrario permette di soddisfare al meglio i bisogni degli amministrati (68), dunque la qualità di prestazioni e servizi pubblici che l'ente sceglie o è tenuto ad erogare, proprio grazie allo sviluppo delle forme di collaborazione amministrativa più opportune.

La prospettazione porta ad escludere la qualifica la centrale di committenza come impresa operante nel mercato rilevante della spesa pubblica, come prospettata nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia (69). Tesi, questa, che difficilmente si concilia con una dimensione strategica della funzione appalti, funzionalizzata al perseguimento di obiettivi di integrità, innovazione e sostenibilità, in una visione sistemica di politica industriale. Ammettere l'estensione della qualificazione di centrale di committenza a soggetti privati indurrebbe alla ridefinizione della funzione appalti, non come attività rivolta all'ente e funzione istituzionale pubblica, ma come "servizio da aprire al mercato" per assicurare la parità di trattamento tra i prestatori di servizi. L'attribuzione ad un soggetto privato di una funzione pubblica parrebbe determinare una "forma di autopoiesi della funzione amministrativa" (70) finalizzata non già al raggiungimento degli scopi propri del diritto dell'Unione, ma all'attribuzione, ingiustificata, di prerogative pubbliche ad un privato con rischio di distorsione dei fini perseguiti. Si comprometterebbe lo stesso principio di legalità riferito non soltanto all'azione amministrativa ma,

(68) Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui il risparmio rispetto agli importi definiti da Consip è condizione sufficiente, nell'attuale ordinamento giuridico, per non acquisire il servizio, la fornitura o il lavoro, tramite la relativa convenzione. Cfr. B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, V, p. 613. La misura di gestione del rischio connesso alla stipulazione dei contratti pubblici per talune amministrazioni è di evitare di stipularli ricorrendo alle gare di centrali d'acquisto o delegandole su gare specifiche; mentre, per l'assegnazione di lavori tra 150 mila e 350 mila euro si potrà applicare una procedura negoziata, con obbligo di aver sondato almeno 10 imprese. La deroga è prevista per tutto il 2019, cfr. l. 30 dicembre 2018, n. 145, «*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*».

(69) Cons. Stato, sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, n. 68.

(70) T.a.r. Lombardia, sez. II (sent.), 3 febbraio 2020, n. 240.

prima ancora, all'organizzazione e all'individuazione delle strutture cui tale potere risulta conferito.

L'indifferenza verso il modello organizzativo, che consente che le funzioni di centrale di committenza possano essere assunte da qualunque amministrazione aggiudicatrice, compresi, con i dubbi qui richiamati, i modelli organizzativi che prevedono la partecipazione di privati — come nel caso delle società pubbliche, che dunque potrebbero svolgere simili compiti di committenza (71) — non consente di concludere per una spoliatura delle funzioni pubblicistiche rispetto alla funzione appalti.

Dalla forma giuridica privata di società, anche in totale controllo pubblico (72) discendono infatti criticità correlate agli obiettivi di autofinanziamento o di parziale copertura dei costi (73) imposti agli aggiudicatari. La previsione di percentuali sul transato tramite gli strumenti predisposti, ovvero di *fees* in capo ai partecipanti alle gare pubbliche, pur se a favore di soggetti integralmente pubblici, ma in forma giuridica privata, potrebbe determinare rischi di sviamento rispetto agli obiettivi di riduzione dei costi e di aumento dell'efficienza che caratterizzano l'aggregazione della domanda. La previ-

(71) Si tratta delle società a partecipazione mista pubblico-privata di cui all'art. 17, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

(72) Alla cooperazione pubblico privato si preferiscono ormai strategie di politica industriale che evitino rischi di deviazione negli obiettivi da parte del socio privato. Come è accaduto nell'esperienza inglese dell'*NHS Supply Chain*, un PPP costituito dall'*NHS Business Services Authority* con la società tedesca DHL Logistics con significativi obiettivi di risparmio della spesa a favore di una efficiente erogazione di prestazioni sanitarie. Dal 2006, DHL ha fornito servizi di logistica *end-to-end* al servizio sanitario inglese (NHS) in base a un Master Services Agreement (MSA) che si chiude il 28 febbraio 2019, con la sostituzione con il modello Future Operating Model (FOM) basato sulla riorganizzazione del sistema di *supply chain* in 11 torri merceologiche il cui servizio sarà gestito da differenti operatori economici, con la stima di un risparmio di 280 milioni di sterline nei primi tre anni dall'entrata in vigore del FOM.

(73) Cfr., in particolare, il D.M. del MEF del 23 novembre 2012 che rende operativi i meccanismi di remunerazione sugli acquisti in forma aggregata realizzati dalla centrale Consip S.p.A. Viene posta a carico dei soggetti aggiudicatari di accordi quadro, in convenzioni e gare bandite da Consip S.p.A. nell'ambito del programma di razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi, una "commissione" non superiore all'1,5%, il cui importo è parametrato al valore dei contratti stipulati. Cfr. T.a.r. Bari, Sez. I, 30 maggio 2015, n. 1551, che afferma che il suddetto D.M. «fissa semplicemente un limite massimo di importo della commissione, lasciando a Consip la determinazione esatta dello stesso. Sia la previsione della commissione, sia l'importo esatto della stessa, devono essere riportati nella documentazione di gara, come stabilito nell'art. 2, comma 2 del DM 23.11.2012. Pertanto, la semplice prescrizione normativa priva di una corrispondente previsione all'interno degli atti di gara, non comporta alcun obbligo a carico dell'aggiudicatario». La ridefinizione della Convenzione MEF-Consip potrebbe riconfigurare l'attuale previsione di *fees* (e forse rivalutare il superamento della forma giuridica privata), con una definizione degli obiettivi di razionalizzazione della spesa e di coordinamento delle attività tra soggetti aggregatori, per assicurare servizi aggiuntivi di monitoraggio e di sviluppo delle professionalità per la funzione appalti aggregata, anche in relazione alla fase di esecuzione e allo sviluppo dell'innovazione.

sione normativa di *fees* sembra ammissibile solo ove si tratti di contributi che coprono costi pubblici e che restano a soggetti pubblici. Inoltre, occorre ricordare che anche la sola forma giuridica privata, anche di un ente in totale controllo pubblico, influisce sulla selezione e retribuzione del personale, che non acquisisce lo *status* di funzionario pubblico (74), con i relativi vincoli costituzionali di “disciplina e onore”, *ex art. 54 Cost.*, e determina rigidità nelle possibili forme di collaborazione e coordinamento con il personale pubblico delle singole amministrazioni per lo sviluppo della contrattazione aggregata.

Differenti risultano le criticità relative al modello Asmel che si pone come fornitore di servizi da remunerare, sia da parte dei consorziati, sia da parte degli operatori economici, come centrale di committenza, ovvero fornitore di servizi ausiliari. Il giudice amministrativo è infatti tornato sui meccanismi di remunerazione per l'attività di committenza di Asmel sollecitato dall'A.N.AC. su un recente caso di affidamento da parte di un comune piemontese ad Asmel del compito di bandire una gara per la riorganizzazione, adeguamento, gestione e manutenzione del sistema di videosorveglianza e di controllo accessi delle zone a traffico limitato (75). L'Autorità ha messo in evidenza come le modalità, sia di reclutamento del personale, sia di affidamento dei contratti, non siano conformi agli obblighi di evidenza pubblica. L'attività di Asmel non sarebbe stata coerente con la qualifica di organismo di diritto pubblico e la reale connotazione della società resta, evidentemente, quella di un soggetto privato, anche considerando che la forma organizzativa prescelta è quella della società consortile e non una di quelle previste dalla legge per l'esercizio congiunto da parte degli enti locali della funzione di acquisto (76).

(74) R. CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in A. CORPACI - R. DEL PUNTA - M.P. MONACO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Milano, 2018, pp. 143-153; R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI - R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari Pubblici*, Milano, 2009, pp. 147-161.

(75) A.N.AC., Delibera n. 179 del 26 febbraio 2020, Comune di Biella — Asmel Società Consortile S.c.a.r.l. — procedura aperta per l'affidamento in appalto del servizio di riorganizzazione, adeguamento, gestione e manutenzione del sistema di videosorveglianza e di controllo accessi ZTL con formula di noleggio decennale. Gara poi revocata: determina dirigenziale del Settore Polizia Locale del Comune di Biella, 23 marzo 2020, n. 977.

(76) Art. 37, comma 4, d.lgs. n. 50/2016. Quest'ultima norma, sostanzialmente confermativa di quella pregressa (art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), risulta al momento sospesa fino al 31 dicembre 2021 dall'art. 1, comma 1, lett. a), della legge n. 55 del

A tal fine vale la considerazione di carattere sostanziale che Asmel, come richiamato dall'Autorità (77), continua a proporre la propria offerta nel mercato di servizi di committenza destinati agli enti locali, con l'intento di associare il maggior numero di comuni, senza alcun limite territoriale. Il sistema Asmel trova il proprio supporto economico nel contributo richiesto, sia ai comuni aderenti, sia agli aggiudicatari delle procedure di gara e sembra operare con modalità non rispondenti allo schema normativo previsto per l'attività di centralizzazione delle committenze pubbliche.

A.N.AC., a seguito di una complessa attività di vigilanza e monitoraggio durata per oltre un anno (78), ha già ritenuto illegittima la prassi di Asmel di porre a carico dell'aggiudicatario rimborsi relativi ai costi di funzionamento di una centrale di committenza (79). È stato infatti rimarcato come debba essere la stessa Asmel a vigilare affinché i bandi di gara dei propri associati siano conformi al dettato normativo, che non prevede tale modalità di attribuzione delle spese di gara a carico dell'aggiudicatario. Criticità sono state ravvisate, inoltre, in relazione al criterio di imposizione del contributo all'aggiudicatario, in quota percentuale sull'importo di aggiudicazione dell'appalto (80). Va infatti notato come tale criterio,

2019 di conversione del decreto c.d. "sblocca cantieri", come modificato dall'art. 8, comma 7, della legge n. 120 del 2020 di conversione del c.d. "decreto semplificazioni".

(77) A.N.AC., Delibera n. 179 del 26 febbraio 2020. L'Autorità ricorda come, anche in seguito alla adozione della richiamata delibera n. 32/2015, Asmel abbia adottato meri accorgimenti di carattere solo formale che ne non ne hanno alterato l'impianto funzionale.

(78) A questo proposito Asmel Consortile ha impugnato il diniego tacito sull'istanza di accesso ai sensi della legge n. 241 del 1990 agli atti del procedimento di cui alla delibera n. 780 del 4 settembre 2019, ivi compresi gli accertamenti ispettivi nei confronti della ricorrente. Il T.a.r. Lazio con la sentenza dell'11 giugno 2020, n. 6457 ha accolto il ricorso dichiarando l'obbligo dell'ANAC di consentire l'accesso visto che gli atti di interesse della parte ricorrente, per come individuati dall'amministrazione, sono «veri e propri documenti amministrativi endoprocedimentali, firmati e muniti di data e protocollo interno», senz'altro accessibili se non rientranti nell'ambito di applicazione degli articoli 22 e 23 del Regolamento dell'Autorità del 24 ottobre 2018, disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico, all'accesso civico generalizzato, ai dati e ai documenti detenuti dall'ANAC e all'accesso a documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241 del 1990. L'Autorità aveva in effetti negato l'accesso agli stessi ritenendoli rientranti nella definizione di cui all'art. 24 del Regolamento citato ("le note, gli appunti, le proposte degli uffici").

(79) A.N.AC., Delibera numero 780 del 4 settembre 2019, in cui si evidenziano criticità in relazione alla questione degli illegittimi oneri economici posti a carico degli aggiudicatari delle gare realizzate sulla piattaforma di *e-procurement* gestita da ASMEL, Asmecomm. Sebbene Asmel abbia rimarcato il pregresso impegno a ridurre la misura percentuale del contributo, dall'originario 1,5% dell'importo a base di gara, all'1%, l'Autorità ha rilevato come una riduzione dell'ammontare «dell'illegittimo contributo posto in capo all'aggiudicatario» non possa essere di per sé idonea a sanarne l'illegittimità.

(80) T.a.r. Salerno, sez. I, 2 gennaio 2021, n. 1. Cfr. già A.N.AC., Delibera n. 247 del 8 marzo 2017; cfr. A.N.AC., Atto di segnalazione n. 3, del 25 febbraio 2015. Cfr. M. MACCHIA, *Il*

basato su un sistema di *fees* sul transato, si scosta dalla logica del rimborso delle spese di pubblicazione di un bando, fino a consentire alla stazione appaltante (o, nel caso di specie, ad Asmel) di recuperare i costi sostenuti per l'utilizzo della piattaforma telematica, snaturando così il fine di mero "rimborso" e venendo meno il rapporto di corrispettività (81).

Non conforme al modello pare la previsione in un contratto definito di "concessione del servizio di illuminazione pubblica" di rimborsare al RUP della stazione appaltante, quale operatore della centrale di committenza il venti per cento dell'importo dovuto dall'operatore economico aggiudicatario alla centrale di committenza (82).

Va sottolineato come alcune pronunce che hanno respinto il ricorso di operatori economici partecipanti e di A.N.AC. contro i bandi contenenti la clausola che impone all'aggiudicatario il pagamento del contributo nei confronti di Asmel, ben lungi dall'affermare la legittimità in sé della *fee* (83), si sono discutibilmente limitate

regime delle spese di funzionamento delle centrali di committenza, in *giustamm.it*, III, 2016. La previsione di simili *fees* violerebbe infatti la riserva di legge in materia tributaria prevista dall'art. 23 Cost., e gli artt. 34, comma 9 e 51, comma 2 della Direttiva 2014/24/UE. La giurisprudenza nazionale ritiene invece legittime tali clausole "impositive" o in quanto la spesa non graverebbe sui concorrenti, ma solo sull'aggiudicatario in qualità di contraente con la pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3042) ovvero richiamando l'art. 11, comma 3, del D.L. 6 luglio 2011 n. 98 che consente di porre a carico degli aggiudicatari i costi di funzionamento del sistema informatico di negoziazione (Tribunale Roma sez. II, 2 ottobre 2017, n. 18477). Sui criteri di finanziamento delle centrali di committenza nell'Unione Europea cfr. in particolare OECD, *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, SIGMA Papers, No. 47, 2011; OECD Publishing, Paris; SIGMA, *Central Purchasing Bodies*, Brief 20, OECD Publishing, Paris, 2016. Secondo alcuni, la corresponsione di *transaction fees* consentirebbe di qualificare l'attività delle centrali di committenza come attività imprenditoriale, con la sottoposizione anche delle centrali d'acquisto che agiscono come intermediari, alle regole della concorrenza di cui agli artt. 101-106 TFUE, in quanto eserciterebbero un'attività "economica" in cui la produzione di un servizio (la stipula di accordi quadro in favore delle amministrazioni aggiudicatrici) avviene dietro il pagamento di un corrispettivo (le *fees* pagate dalle amministrazioni o dalle imprese). Cfr. D.K. BALSØJ, *Can intermediary central purchasing bodies be subject to competition law?*, in *Public Procurement Law Review*, 2019, II, p. 59.

(81) A.N.AC., Delibera numero 780 del 4 settembre 2019. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che il contributo, non essendo conciliabile con la nozione di "rimborso dei costi sostenuti" non possa trovare alcuna legittima giustificazione causale fino a potersi configurare, sul piano civilistico come «*indebito arricchimento*».

(82) T.a.r. Salerno, sez. I, 2 gennaio 2021, n. 1, che rileva, nel caso di specie, che seppure «*non è prevista la gestione della gara da parte della centrale di committenza in nome e per conto della stazione appaltante, sebbene permanga un certo margine di ambiguità nella strutturazione dei rapporti tra le stesse in quanto il Responsabile unico del procedimento sembrerebbe operare nell'ambito della — OMISSIS —, considerato anche il rimborso da parte di quest'ultima nei confronti del Comune, per l'attività svolta dal RUP, di una somma pari al 20 per cento*» dell'importo corrisposto dall'aggiudicatario alla centrale di committenza (circa 29.000 euro più IVA).

(83) Come si legge nel comunicato di Asmel, *ANAC sconfitta al TAR da un piccolo comune*, pubblicato il 28 settembre 2020 in www.asmel.eu.

a ritenere non sussistente la legittimazione ad impugnare la clausola in questione da parte di un soggetto che non sia destinatario diretto della stessa (che costituirebbe l'unico soggetto "danneggiato", nella terminologia utilizzata dai giudici amministrativi) (84).

Un ruolo chiaro per la soddisfazione di questo bisogno lo potrebbe svolgere ANCI, adottando le necessarie forme giuridiche per favorire la costituzione di centrali di committenza per i comuni, magari in ambito regionale (85), chiarendo che essere tenuti a

(84) Cons. Stato, sentenza del 19 maggio 2020, n. 3173, che ha accolto l'appello avverso la sentenza del T.a.r. per la Puglia - sezione staccata di Lecce, n. 1664 del 2019, che aveva accolto il ricorso proposto dall'Associazione nazionale dei costruttori edili (A.N.C.E.) e due società costruttrici contro il Comune di Lizzanello nei confronti di Asmel: «*per quanto riguarda il corrispettivo a favore dell'Asmel Consortile per i servizi di committenza da questo prestati, la non partecipazione alla gara delle imprese di costruzioni ricorrenti è decisiva per negarne la legittimazione a contestarne in giudizio la conformità alla legge [...]. La possibilità di conformarsi alla stessa normativa impedisce che per il singolo operatore economico sia configurabile una lesione giuridica immediata. Quest'ultima è invece destinata a concretizzarsi con l'aggiudicazione, allorché sarà comunque possibile impugnare l'eventuale richiesta di pagamento della stazione appaltante, in caso di rifiuto di pagare opposto dall'aggiudicatario, o laddove il medesimo pagamento abbia efficacia condizionante, il rifiuto della stazione appaltante di aggiudicare; in entrambi i casi comunque in via derivata rispetto alle presupposte clausole del bando e del disciplinare di gara relative al corrispettivo a favore dell'Asmel Consortile*». Anche la sentenza del T.a.r. Campania n. 3982 del 23 settembre 2020 che respinge il ricorso proposto da A.N.A.C. contro il Comune di Vairano Patenora nei confronti di Asmel: il Collegio ha ritenuto la clausola in argomento non lesiva della concorrenza in generale, ma che possa produrre un «*pregiudizio esclusivamente nei confronti dell'aggiudicatario, ciò in considerazione della circostanza che il corrispettivo, peraltro, di esiguo importo, è richiesto solo in caso di aggiudicazione e non in relazione alla mera partecipazione alla gara. Del resto, lo stesso Consiglio di Stato recentemente ha dato rilievo alla circostanza che lo strumentale impegno al pagamento del corrispettivo, elevato ad elemento essenziale delle offerte, a pena di esclusione dalla gara, mediante apposito atto unilaterale d'obbligo, secondo quanto previsto dalle medesime disposizioni di gara, è previsto esclusivamente in capo all'aggiudicatario e solo questo può ritenersi danneggiato; danno, peraltro, non derivante dal bando di gara, ma eventualmente solo l'eventuale richiesta di pagamento della stazione appaltante, in caso di rifiuto di pagare opposto dall'aggiudicatario, o laddove il medesimo pagamento abbia efficacia condizionante, il rifiuto della stazione appaltante di aggiudicare (Cons. Stato, 19 maggio 2020, n. 3173)*».

(85) A fronte di criticità emerse per il mancato assoggettamento di alcuni affidamenti di ANCI a procedure ad evidenza pubblica (nel caso di specie, la stipulazione di un accordo quadro intervenuto tra ANCI, IFEL e Ancitel S.p.A., da una parte, e Sky Media Srl, dall'altra, per la fornitura di un *software* per la gestione dei contenziosi sull'imposta comunale sugli immobili), nel 2017 l'ANAC chiariva che l'ANCI, pur non qualificabile come ente *in house* per carenza di controllo analogo da parte degli associati, rientra nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici in quanto è per sua stessa natura un'associazione di enti territoriali e dunque di amministrazioni aggiudicatrici, considerando che se un Comune, singolarmente considerato, rientra nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, anche un'associazione di Comuni, nel suo complesso, è amministrazione aggiudicatrice e dunque tenuta all'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica. Pertanto, l'ANCI e i pertinenti enti strumentali, al pari delle altre associazioni tra Enti locali a qualsiasi fine istituite, risultano assoggettati alla disciplina sugli affidamenti pubblici, a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina delle società pubbliche, d.lgs. n. 175/2016. Tuttavia, altro è essere tenuti ad applicare la normativa appalti ai propri contratti, altro è poterne svolgere per amministrazioni terze come centrale di committenza. ANAC, Delibera n. 21 del 18 gennaio 2017, richiamata dalla Delibera n. 6 del 10 gennaio 2018. In questo secondo caso l'Autorità afferma che, al pari di ANCI, l'Associazione per la

svolgere le gare pubbliche, non significa poter svolgere l'attività di centrale di committenza.

6. *La violazione della disciplina in materia di contratti pubblici e la legittimazione straordinaria di A.N.AC.*

Un aspetto significativo da evidenziare è che il contenzioso sul caso Asmel (86), come si è visto, si è avviato sulla base di ricorsi presentati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione utilizzando per la prima volta il ricorso diretto (87). Tale strumento attribuisce infatti all'Autorità un vero e proprio diritto di azione per l'impugnazione di bandi, atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che violino le norme in materia di contratti pubblici. L'introduzione di questa legittimazione processuale muta il normale carattere del processo amministrativo sui contratti pubblici come processo fra i partecipanti alle procedure e le pubbliche amministrazioni e ad esse disponibile. Come noto tale carattere ha determinato ricorsi opportunistici, di accordi paralleli e di rinunce che sanciscono accordi corruttivi fra operatori economici o con i funzionari pubblici e, come

Cooperazione Transregionale Locale ed Europea (TECLA) pur non configurabile come organismo *in house providing* rispetto agli enti e organismi che ne sono soci, ha natura di amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), d.lgs. 50/2016, ed è quindi legittimata a sottoscrivere accordi ai sensi dell'art. 5, comma 6, d.lgs. 50/2016. La legittimazione alla sottoscrizione di accordi o convenzioni con altre amministrazioni pubbliche, ivi inclusa l'UPI, deve essere coerente con lo scopo statutario e rispettare le prescrizioni indicate dall'art. 5, comma 6, d.lgs. 50/2016: a) l'accordo deve stabilire o realizzare «una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune»; b) l'attuazione di tale cooperazione deve essere retta «esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico»; 3) le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti all'accordo devono eventualmente svolgere sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

(86) T.a.r. Lombardia, sentenza del 3 febbraio 2020 n. 240. La fattispecie verteva su una gara avente ad oggetto l'affidamento di una o più convenzioni quadro, bandita direttamente da Asmel Associazione — tramite Asmel consortile a r.l. Il T.a.r. Lombardia ha accolto il ricorso e annullato la gara promossa da Asmel atteso 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».

(87) Art. 211, comma 1-bis, d.lgs. n. 50/2016: «L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2020, n. 6787.

spesso rilevato, il significativo contenzioso non ha assicurato integrità e qualità della funzione appalti (88).

Di qui l'importanza dell'introduzione di un soggetto esterno alle parti dell'operazione economica che possa intervenire a tutela esclusiva del pubblico interesse generale.

Si prevedono due differenti modalità: la menzionata ipotesi generale di legittimazione al ricorso che consente di esercitare un potere di impugnazione (89), e una distinta seconda ipotesi (90) configurabile nel caso di gravi violazioni e condizionata all'emissione di un parere motivato da parte dell'Autorità (91). Mentre la prima fattispecie fa riferimento a "contratti di rilevante impatto" (92), utilizzando una formulazione generica circa la possibilità di qualificare un contratto come meritevole di particolare attenzione, la seconda ipotesi fa riferimento a provvedimenti viziati per "gravi violazioni", previa adozione e comunicazione alla stazione appaltante di un parere motivato (93). L'introduzione di una legittima-

(88) G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, relazione al convegno svolto a Firenze il 20 giugno 2013 in occasione della presentazione del volume D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, in *Aperta Contrada*, 2014.

(89) Articolo 211, comma 1-bis, d.lgs. n. 50/2016.

(90) Art. 211, comma 1-ter, d.lgs. n. 50/2016. In questo caso, l'impugnativa dell'A.N.AC. è subordinata all'emissione di un parere motivato nel quale siano indicati i vizi di legittimità riscontrati: solo se la stazione appaltante a cui è destinato il parere non si conforma entro il termine assegnato, l'Autorità può presentare ricorso davanti al giudice amministrativo nei successivi trenta giorni.

(91) Cfr. anche: Cons. St., Commissione speciale del 4 aprile 2018; parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018. La previsione di cui all'articolo 211, comma 1-*quater*, d.lgs. 50/2016, onera la stessa A.N.AC. 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 «Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211 commi 1-bis e 1-ter del d.lgs. 50/2016» è stato approvato dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 13 giugno 2018 con Delibera n. 572 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 164 del 17 luglio 2018.

(92) Secondo il Regolamento adottato dall'A.N.AC. ("Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211 commi 1-bis e 1-ter del d.lgs. 50/2016") si intendono di rilevante impatto contratti (i) che riguardino, anche potenzialmente, un ampio numero di operatori; (ii) relativi ad interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico, ad interventi disposti a seguito di calamità naturali, di interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche; (iii) riconducibili a fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti; (iv) relativi ad opere, servizi o forniture aventi particolare impatto sull'ambiente, il paesaggio, i beni culturali, il territorio, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale; (v) 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.

(93) A.N.AC., Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211 commi 1-bis e 1-ter del d.lgs. 50/2016, cit. Si precisa, inoltre, che l'azione disciplinata dai due commi è proponibile dinanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 120 del C.P.A. e che il riferimento ai "provvedimenti" va inteso nel senso che l'azione può proporsi solo avverso atti autoritativi, rientranti nella procedura di affidamento. L'azione dell'Autorità pertanto, deve

zione processuale straordinaria dell'A.N.AC. apre, come accennato, ad un controllo esterno, anche a seguito di segnalazioni, di una parte pubblica terza che potrà orientare le amministrazioni aggiudicatrici all'adozione di provvedimenti in autotutela, evitando che gravi illegittimità non vengano rilevate da nessuna delle parti proprio in relazione ad accordi collusivi o corruttivi e in casi, magari più gravi, non giungano nelle aule processuali.

Si tratta di una significativa innovazione della tutela giurisdizionale nel settore dei contratti pubblici, che parrebbe così tendere alla tutela dell'interesse pubblico generale, come in altri modelli europei, superando le prospettazioni delle sole parti, che non sono cittadini, ma operatori economici (interessati e controinteressati con l'amministrazione resistente) che possono decidere se agire in giudizio o rinunciare all'azione anche sulla base di interessi anche lontani da quello pubblico. Appaiono evidenti le assonanze rispetto alle previsioni che riconoscono la possibilità per le autorità amministrative indipendenti di agire in giudizio, come per l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato contro atti e provvedimenti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (94). Entrambe le disposizioni sviluppano, evidentemente, l'impostazione concettuale e le finalità che sono alla base dei numerosi esempi di apertura alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni che possono agire per la tutela di interessi superindividuali, come nel caso degli interessi diffusi. Dalla ricostruzione sistematica dei due istituti previsti nella modifica al Codice dei contratti pubblici — ricorso diretto e ricorso previo parere motivato — si è quindi in

ritenersi esclusa ogniqualvolta si tratti di comportamenti o atti non provvedimentali della stazione appaltante, in fase esecutiva, con l'esclusione di quelle violazioni che incidono sulla fase di esecuzione del contratto e che appartengono alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri. Fanno invece eccezione gli atti adottati nella fase esecutiva che si traducono in una violazione della normativa sugli appalti sostanziandosi, di fatto, nell'affidamento di "nuovi" contratti pubblici in assenza delle garanzie procedurali dell'evidenza pubblica (ad esempio, varianti o affidamento di lavori/servizi supplementari in assenza dei presupposti di legge o rinnovi taciti).

(94) Art. 21-bis, legge 10 ottobre 1990, n. 287 «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato»: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato». Tale strumento ha superato lo scrutinio di legittimità costituzionale, non essendo assimilabile ad un nuovo e generalizzato controllo di legittimità assegnato ad un'autorità statale. Cfr. Corte Cost., sentenza 14 febbraio 2013, n. 20, che lo configura come «potere di iniziativa finalizzato ad una più complessa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato», comunque «non generalizzato perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato».

presenza di strumenti che intendono promuovere la legittimità degli atti delle stazioni appaltanti in coerenza con i più generali poteri di vigilanza e controllo dell'Autorità, (95) per assicurare il pieno ed effettivo rispetto dei principi in materia di contratti pubblici, proprio oltre gli interessi delle parti.

Secondo la più recente giurisprudenza costituiscono un "ordinario potere di azione", riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche soggettive individuali qualificate e differenziate benché soggettivamente riferite ad un'autorità pubblica, secondo cui «*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*» (96). Una legittimazione, quella dell'Autorità, in cui appare evidente la connessione dell'interesse a ricorrere con l'affermazione della titolarità di un interesse che l'ordinamento tutela sul piano sostanziale. Connessione che discende da funzioni e interessi pubblici affidati alla cura dell'Autorità. Interessi e funzioni che si estendono oltre la tutela della concorrenza in un'ottica di prevenzione dell'illegalità nel settore dei contratti pubblici, evidenziando violazioni delle relative norme a prescindere da iniziative degli operatori economici, dunque a tutela dell'interesse pubblico al corretto svolgimento della funzione appalti.

7. *La necessità di attività di centralizzazione delle committenze per i comuni.*

E indubbio che siano necessarie e urgenti iniziative di aggregazione digitale per i comuni, non solo per forniture e servizi, ma anche per i lavori (97). Come ricordato, la sospensione temporanea del divieto di autonoma contrattazione non supera la previsione costituzionale della necessità di adeguatezza dell'organizzazione allo svolgimento della funzione. Occorre riconoscere che le iniziative private descritte hanno evidenziato il problema e la necessità di interventi

(95) Delineati dall'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016.

(96) Considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE richiamato da T.a.r. Campania, sentenza del 23 settembre 2020, n. 3982, non ancora sufficientemente valorizzato.

(97) G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 321-341.

trasparenti e efficaci a favore degli enti locali. L'esercizio dell'autonomia riconosciuta agli enti territoriali dalla Costituzione può esplicarsi nell'adesione a gare elettroniche che centrali di committenza qualificate mettano loro a disposizione. Escludendo che tutti i piccoli comuni possano qualificarsi per svolgere ogni tipologia di procedura selettiva, la digitalizzazione potrebbe assicurare agli stessi la possibilità di adempiere alle funzioni affidate attingendo a gare già svolte a loro favore da centrali di committenza o soggetti aggregatori qualificati e specializzati proprio per i comuni, scegliendo a catalogo, sulla base di selezioni svolte, per i beni e servizi necessari — secondo quantità e qualità più appropriate — semplificando le modalità di adesione e acquisto (modello “Amazon” pubblica, con gara sopra soglia) (98). Scelta di semplificazione che evita i rischi e le discriminazioni degli affidamenti diretti ed i limiti della frammentazione del sottosoglia, assicurando le garanzie dello svolgimento di una procedura di gara (pubblica) a monte da parte di soggetti qualificati, dando attuazione al principio costituzionale di adeguatezza ed efficienza.

I modelli più innovativi di gare “native digitali” delle centrali d'acquisto possono svilupparsi a favore dei comuni attraverso piattaforme elettroniche che attuino innanzitutto la qualificazione degli operatori economici e in una nuova alleanza e rapporto di fiducia con le imprese si definiscano le prestazioni richieste, digitalmente modellate e valutabili oggettivamente sulla base di criteri di qualità misurabile che permettano di valorizzare le imprese capaci di collaborare al comune obiettivo di qualità e tempestività nell'esecuzione dei contratti pubblici. Si riporterebbe al centro l'operatore economico, come in tempi passati, con la migliore reputazione del “fornitore della Real Casa” premiato perché, ovviamente il pubblico che può e sa scegliere, sceglie il meglio e assicura un “titolo reputazionale” anche per il mercato privato (99). La soddisfazione dei cittadini dei comuni piccoli e grandi misurerà l'adeguatezza e la capacità delle amministrazioni e del sistema delle imprese di raccogliere la sfida della trasformazione digitale e sostenibile per le prossime generazioni.

(98) G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, cit., p. 4669-4706.

(99) Come noto, simili awards sono previsti anche oggi in Europa e nel mondo anglosassone.