Centrali di committenza e registro soggetti aggregatori sotto la lente del Consiglio di Stato

11 Novembre 2020

Il motivo del ricorso

L'Anac, con ricorso al Tar, ha impugnato gli atti della procedura di gara indetta da Asmel Consortile, in qualità di centrale di committenza delegata da vari enti, per la procedura aperta di affidamento "di una o più convenzioni quadro per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori smart city per gli Enti associati Asmel".

Il ricorso si incentrava essenzialmente sull'illegittimità degli atti delle procedura di gara per il difetto della qualifica di centrale di committenza attribuibile alla Asmel Consortile s.c.a.r.l., che non poteva essere considerata come amministrazione aggiudicatrice, non essendo in possesso dei requisiti per bandire una gara per la stipula di convenzioni quadro per l'acquisizione di forniture a favore di pubbliche amministrazioni. L'Anac, inoltre, rilevava l'illegittimità del bando di gara nella parte in cui imponeva ai concorrenti, per poter partecipare alla procedura, il pagamento del costo del servizio svolto da Asmel Consortile quale centrale di committenza per conto degli enti locali. Il Tar Lombardia aveva dato ragione ad Anac. Asmel ha presentato ricorso al Consiglio di Stato.

Come agisce l'ANAC

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, l'ANAC agisce secondo due modalità distinte. E' importante comprendere questi passaggi, visto che il ricorso proposto da Asmel "batteva" proprio sul fatto che l'Anac non avesse il diritto di impugnare questo bando.

Intanto l'Anac ha il potere di agire in giudizio "per l'impugnazione dei bandi, degli altri 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".

Inoltre, l'Anac può emettere un parere motivato per indicare alla stazione appaltante le "gravi violazioni", ovvero i vizi di legittimità che inficiano i provvedimenti presi in considerazione dall'Autorità, invitando la medesima stazione appaltante a conformarsi. "Solo se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'Anac, questa può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo". Il regolamento di Anac prevede che questa agisca su "contratti a rilevante impatto" e specifica le categorie di atti impugnabili. Oltre che definire l'ambito delle "gravi violazioni delle norme in materia di contratti pubblici".

Ma l'intervento dell'Anac è sempre subordinato alla sussistenza dei presupposti che sono indicati nel D.Lgs. n. 50/2016 (c.d. Codice dei contratti). Ma questo non subordina il fatto che Anac possa agire in base a ulteriori valutazioni (i cui esiti dovrebbero riflettersi nella motivazione) che investano le ragioni di interesse pubblico, specifico e concreto, all'annullamento giurisdizionale di un provvedimento impugnato.

La legittimazione a ricorrere attribuita per legge all'Anac

L'Anac è titolata a curare anche in giustizia, seppure nei termini generali e nelle forme proprie del processo amministrativo, gli interessi e le funzioni cui è preposta dalla legge. Perciò le è consentito (anche) di agire in giudizio seppur nei limiti segnati dal codice degli appalti e dal suo regolamento. Nel caso specifico, dunque, il Consiglio di Stato ha visto come normale la decisione di agire in giudizio da parte dell'Anac. "Va rilevato – si legge nella sentenza – che le deliberazioni depositate in giudizio illustrano in maniera adeguata ed esaustiva le ragioni che hanno portato l'Anac alla proposizione del ricorso per impugnare gli atti della procedura di gara indetta da Asmel Consortile". Tra questi il parere indirizzato ad Asmel (contenente i vizi di legittimità contestati) e, constatato l'inadempimento della stazione appaltante, ha determinato di procedere all'impugnazione del bando della procedura aperta indetta da Asmel Consortile. Ecco perché, dice il Consiglio di Stato, "il primo motivo d'appello va integralmente respinto".

Asmel, centrale di committenza?

Nel ricorso che stiamo analizzando, Asmel Associazione contesta la decisione del Tar Lombardia che non l'ha considerata amministrazione aggiudicatrice. "Diversamente da quanto affermato dalla sentenza – scrivono gli avvocati di Asmel – l'attribuzione della qualifica di organismo di diritto pubblico in capo ad Asmel Associazione non comporta il conferimento di funzioni pubblicistiche, dagli enti pubblici soci alla stessa Asmel, ma è lo strumento per consentire ai medesimi enti soci di raggiungere l'obiettivo della centralizzazione delle commesse pubbliche degli enti locali di minor dimensione".

Asmel, dunque, contesta il capo della sentenza che ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa, posto che, una volta escluso che Asmel Associazione potesse essere qualificata come amministrazione aggiudicatrice, il Tar avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione. Ma, dice il Consiglio di Stato, le censure sono infondate.

La qualifica di centrale di committenza

Il codice dei contratti parla chiaro (art. 37, comma 4 – sospeso fino al 31 dicembre 2021 dal D.L. n. 32/2019 convertito dalla Legge n. 55/2019, c.d. Sblocca Cantieri, e modificata dal D.L. n. 76/2020 convertito dalla Legge n. 120/2020, c.d. Decreto Semplificazioni):

4. *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.

"Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia", come nel caso che stiamo analizzando, "tra le diverse modalità consentite per l'acquisizione di beni, servizi o lavori, è previsto il ricorso a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati. Come rileva l'Anac, per poter acquisire la qualifica di centrale di committenza o di soggetto aggregatore, occorre che il soggetto sia non solo iscritto all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, ma anche all'elenco dei soggetti aggregatori (inizialmente istituito presso l'autorità di vigilanza attualmente compreso nelle competenze dell'Anac). L'iscrizione all'elenco è disciplinata dal decreto-legge n. 66/2014, poi convertito nella legge n. 89/2014. Qui viene specificato che i soggetti che intendono operare come

soggetti aggregatori o centrali di committenza, diversi dalla Consip e dalle centrali di committenza istituite dalle singole regioni, devono richiedere all'Anac l'iscrizione nell'elenco. L'iscrizione è condizione necessaria per "stipulare, per gli ambiti territoriali di competenza, le convenzioni-quadro che sono oggetto del bando di gara indetto da Asmel Consortile (quale centrale di committenza) e impugnato dall'Anac col ricorso in primo grado.

Differenze tra stazione appaltante e centrale di committenza

Quali sono le differenze tra stazione appaltante e centrale di committenza? Per chiarirci i dubbi attingiamo al decreto legge n. 66/2014 che separa l'elenco dei soggetti aggregatori dall'anagrafe unica delle stazioni appaltanti. Inoltre la distinzione è sottesa alla disciplina prevista per i soggetti (diversi da Consip e dalle centrali di committenza regionali, iscritti di diritto) che chiedono l'iscrizione nell'elenco, i quali debbono dimostrare il possesso dei requisiti previsti dal Dpcm dell'11 novembre del 2014. La verifica dei requisiti è riservata all'Anac. Il codice degli appalti (il decreto legislativo numero 50 del 2016), però, ha introdotto un nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, non ancora entrato in vigore, basato sull'istituzione di "un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza". Anche secondo quest'ultima disposizione, dell'elenco fanno parte le stazioni appaltanti, le centrali di committenza e i soggetti aggregatori che conseguano la qualificazione rilasciata dall'Autorità. Fino all'entrata in vigore di questa norma, però, scrive il Consiglio di Stato "i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'anagrafe. Gli effetti (provvisori) della qualificazione (e in particolare la possibilità di pretendere dall'Anac il rilascio del "codice identificativo della gara" necessario per l'effettuazione delle procedure di gara, si producono, infatti, solo per le stazioni appaltanti, in quanto siano iscritte all'anagrafe unica; non per le centrali di committenza e i soggetti aggregatori (per i quali è necessario anche l'inserimento nell'elenco dei soggetti aggregatori). Nel caso specifico, né la Asmel Consortile s.c. a r.l. (che ha indetto la procedura di gara spendendo la qualifica di centrale di committenza), né Asmel Associazione (indicata nel bando come stazione appaltante), possono essere qualificate come centrali di committenza o soggetti aggregatori, non risultando iscritte all'elenco ed essendo insufficiente, a tali fini, la loro iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti.

La Corte di Giustizia Europea chiarisce

È la Corte di Giustizia Europea a fare chiarezza su un punto importante. Il diritto euro-unitario, alla luce dei principi di libera prestazione dei servizi e di massima apertura alla concorrenza delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non osta "a una disposizione di diritto nazionale che limita l'autonomia organizzativa dei piccoli enti locali di fare ricorso a una centrale di committenza a soli due modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di soggetti o di imprese private", né "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". Nel caso specifico bisogna però rimarcare il fatto che Asmel Consortile non ha mai acquisito l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori o delle centrali di committenza. E il Consiglio di Stato respinge al mittente la questione relativa al fatto che il mancato riconoscimento della qualifica di amministrazione aggiudicatrice in capo ad Asmel comporti il venir meno della giurisdizione amministrativa sulla controversia in esame. "Il punto oggetto dell'accertamento fin qui svolto non riguarda la natura di amministrazione aggiudicatrice (o, in alternativa, di soggetto di diritto privato) di Asmel Associazione – si legge nella sentenza- ma il solo difetto della sua qualificazione come centrale di committenza o soggetto aggregatore e conseguentemente la sua incapacità a svolgere le relative funzioni. Il che costituisce uno specifico vizio della procedura di gara avviata da Asmel (attraverso Asmel Consortile)". Il ricorso di Asmel è stato respinto.

sentenza-cds-03.11.2020-6787