



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

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

Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura dello Stato con domicilio *ex lege* presso gli uffici dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Milano ubicati in Milano, via Freguglia, 1;

***contro***

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

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

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

***per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,***

- del bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 9 del 7 agosto 2019 e sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. S-151 dello stesso 7 agosto 2019 avente ad oggetto *“Procedura Aperta per l'affidamento di una o più Convenzioni Quadro, della durata di 18 mesi, e ulteriori successivi 18 mesi in opzione, ai sensi dell'articolo 60 del D. Lgs. n. 50/2016, interamente telematica ai sensi dell'articolo 58 del D. Lgs. 50/2016 con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016 per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori smart city per gli Enti associati ASMEL. CIG: 7998175ECB”*;

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

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

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

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

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

Vista la documentazione depositata in giudizio da Anac in data 22 ottobre 2019 e la nota di chiarimenti del R.U.P. depositata da Asmel in data 22 ottobre 2019;

Viste le memorie difensive depositate dalle parti in data 28 ottobre 2019;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2019 il dott. Lorenzo Cordi' e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Considerato che, in applicazione dei principi indicati dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Commissione

speciale del 4 aprile 2018, parere n. 1119/2018 del 26 aprile 2018), la Sezione, con ordinanza n. 2182/2019, onera Anac di depositare in giudizio “*copia integrale delle delibere autorizzative del potere (salvo l’oscuramento con appositi omissis delle sole parti che risultino coperte per legge da segreto)*”.

2. Considerato che, in adempimento all’ordinanza n. 2182/2019, Anac provvede a depositare in giudizio: *a)* copia del verbale n. 23 del 4 settembre 2019, corredato della relazione dell’Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali, del parere del Presidente Anac e di una relazione integrativa dell’Ufficio piano di vigilanza e vigilanze speciali; *b)* copia del verbale n. 24 del 18 settembre 2019, correlato di un “*appunto per il Consiglio*” e della bozza del ricorso giurisdizionale.

3. Considerato che, diversamente da quanto dedotto da Asmel - Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti locali, la documentazione prodotta in giudizio prova la sussistenza della capacità processuale di Anac nell’esercizio di un atto espressivo della legittimazione straordinaria ed eccezionale conferita all’Autorità supportato, anche *per relationem* agli ulteriori documenti acclusi ai verbali, da un idoneo impianto motivazionale, come richiesto dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato indicato al punto 1 della presente ordinanza.

4. Considerato che, all’esito del pur sommario esame tipico della presente fase processuale, l’istanza cautelare risulta sorretta da adeguato *fumus boni iuris* sia in relazione al primo motivo che al secondo motivo di ricorso, sufficienti per disporre la misura richiesta, in presenza altresì dell’ulteriore requisito della “*estrema gravità ed urgenza*” di cui all’art. 119, comma 4, c.p.a.

5. Considerato, infatti, che: *a)* la procedura di gara in esame è volta all’affidamento di una o più convenzioni quadro, della durata di 18 mesi, e ulteriori successivi 18 mesi in opzione, per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica equipaggiati con sorgente a led, sistemi di sostegno degli apparecchi a led, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori “*smart city*” per gli Enti locali associati ad Asmel; *b)* il bando di gara indica “*Asmel Consortile S.C. a r.l.*”

quale centrale di committenza ed “Asmel Associazione per la Sussidiarietà e la modernizzazione degli enti locali” quale stazione appaltante; c) il quantitativo dell’appalto è pari ad euro 831.320.954,55, oltre I.V.A.

6. Considerato, in primo luogo, che la gara in esame non è riconducibile al disposto normativo di cui all’articolo 3, comma 1, lettera c), n. 1, del D.Lgs. n. 50/2016 che indica tra gli strumenti d’acquisto le Convenzioni quadro di cui all’articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori, non essendo né Asmel Associazione né Asmel consortile iscritte nell’elenco istituito ai sensi dell’articolo 9 del d.l. 24 aprile 2014 n. 66, convertito in l. 23 giugno 2014 n. 89. Lo conferma la stessa memoria difensiva di Asmel Associazione che, al foglio 17 della suddetta memoria, spiega il rimando al *nomen iuris* “convenzione quadro” come non diretto a richiamare “il portato normativo che si riferisce alle prerogative di Consip S.p.A. ed ai soggetti aggregatori” (ritenendosi, comunque, legittimata all’indizione della gara in quanto amministrazione aggiudicatrice).

7. Considerato, in secondo luogo ed incentrando - secondo la stessa prospettiva di parte resistente - l’attenzione del Collegio su Asmel Associazione (cfr. foglio 11 della memoria difensiva dell’11 ottobre 2019), che tale associazione non risulta riconducibile al novero delle amministrazioni aggiudicatrici che la previsione di cui all’articolo 3, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 50/2016 indica nelle amministrazioni dello Stato, negli enti pubblici territoriali, negli altri enti pubblici non economici, negli organismi di diritto pubblico, nelle associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

7.1. Considerato, infatti, che Asmel Associazione costituisce un’associazione non riconosciuta costituita ai sensi dell’articolo 36 c.c. con scrittura privata autenticata del 2 maggio 2010 dal Consorzio Asmez, da Asmenet Campania Società Consortile a r.l., da Asmenet Calabria Soc. Consortile a r.l. e dall’Associazione nazionale dei piccoli Comuni d’Italia.

7.2. Considerato che dell'associazione fanno parte, oltre all'Associazione nazionale dei piccoli Comuni e ai Comuni che vengono ammessi ai sensi dell'articolo 3, comma 1, dello Statuto (allegato 10 delle produzioni di Anac), una serie di soggetti formalmente privati tra cui il Consorzio Asmez a cui partecipano, per una quota pari al 30 per cento, due società private (la Selene service s.r.l. e Abacotelematica s.r.l.).

7.3. Ritenuto che la partecipazione all'Associazione di soggetti privati non risulta smentita dall'allegazione di parte resistente secondo cui il Consorzio Asmez non farebbe *“più parte della compagine dei soci da anni, come confermato anche dal TAR Lazio, Sezione III, con la sentenza n. 2339 del 22 febbraio 2016”* atteso che tale sentenza riguarda *“l'uscita dalla Asmel S.c. a r.l. [e quindi dalla Asmel Consortile e non dalla Asmel Associazione] del Consorzio Asmez”*, accertata in base alla visura prodotta di Asmel Consortile dalla quale *“si evince [...] che attualmente l'intero capitale sociale è diviso tra il Comune di Caggiano (51%) e Associazione Asmel (49%)”*.

7.4. Considerato, pertanto, che nella compagine dell'Associazione risulta, certamente, un soggetto partecipato da soggetti privati e che la resistente non offre alcuna ulteriore evidenza per provare l'assunto della partecipazione pubblica totalitaria degli ulteriori soggetti formalmente privati che compongono l'associazione sia come soci fondatori che come soci ordinari (atteso che, nell'elenco allegato alla produzione documentale di parte resistente, compaiono cinque società a responsabilità limitata e quattro società per azioni).

7.5. Considerato che, sul punto, risulta priva di rilievo l'iscrizione di Asmel Consortile (e, tra l'altro, non di Asmel Associazione) all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti essendo simile iscrizione non decisiva ai fini della verifica dell'esatta natura e della corretta qualificazione del soggetto che intende svolgere le funzioni di stazione appaltante o di centrale di committenza come nel caso di specie.

8. Considerato che l'Associazione Asmel non risulta neppure inquadrabile come

organismo di diritto pubblico difettando, *ex aliis* ma in modo dirimente, il requisito della personalità giuridica imposto dall'articolo 3, comma 1, lettera *d*), del D.Lgs. n. 50 del 2016.

9. Considerato che l'esclusione di Asmel Associazione dal perimetro delle Amministrazioni aggiudicatrici comporta l'impossibilità di svolgimento delle funzioni di centrale di committenza come definita dalla previsione di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *i*) del D.Lgs. n. 50/2016 (*“un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie”*).

9.1. Considerato che le conclusioni sopra esposte non sembrano, allo stato, revocabili in dubbio dal confronto con il diritto dell'Unione europea che, al contrario, offre ulteriori seppur diverse conferme alla tesi della ricorrente Anac.

9.2. Considerato, infatti, che la possibilità di svolgimento diretto di un servizio di committenza da parte di un soggetto privato deve escludersi anche aderendo alla prospettiva elaborata dalla parte resistente ai fogli 13 e ss. della propria memoria difensiva non risultando decisiva, sul punto, la previsione di cui all'articolo 37, comma 4, della Direttiva 2004/24/UE secondo cui: *“Le amministrazioni aggiudicatrici, senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva, possono aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze”*. Tale disposizione pare, infatti, calibrata sull'affidamento ad una centrale di committenza *“pubblicistica”* e non anche ad un soggetto privato operante sul mercato in modo concorrenziale. Lo conferma la disamina del *considerandum* n. 70 della Direttiva 2004/24/UE (che assume valenza interpretativa secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e secondo la previsione di cui all'articolo 31, par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati) che testualmente afferma: *“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di*

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

9.3. Da una lettura complessiva del *considerandum* può, quindi, inferirsi che il ricorso ad un soggetto privato che svolga l'attività di centralizzazione della committenza o le attività di committenza ausiliaria possa avvenire, secondo il

diritto dell'Unione, esclusivamente ricorrendo alle regole di evidenza pubblica per la scelta del soggetto privato chiamato a svolgere tale servizio e non mediante un affidamento diretto che risulterebbe consentito solo laddove il soggetto chiamato a svolgere simile servizio sia sostanzialmente pubblico. Diversamente opinando si realizzerebbe un'evidente violazione dei principi *“di non discriminazione e tutela della concorrenza che la disciplina degli appalti pubblici si pone di perseverare”* (cfr. Cassazione, sezioni unite, 28 marzo 2019, n. 8673 sul tema dell'organismo di diritto pubblico). Si consentirebbe, infatti, ad un soggetto privato ed anche privo dei requisiti pubblicistici richiesti dall'ordinamento di svolgere direttamente un servizio remunerato senza la preventiva applicazione delle regole in tema di evidenza pubblica.

9.4. Del resto, l'ordinanza n. 68/2019 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nel rimettere una serie di quesiti interpretativi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (in una vertenza relativa, tra l'altro, alla stessa Asmel), muove dalla constatazione che una centrale di committenza sia *“per il diritto euro-unitario un'impresa che offre il servizio dell'acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici”* (punto 10.3). Simile servizio potrebbe, allora, risultare espletabile in forza di un *“mandato di committenza”* (punto 10.1) che, tuttavia, impone, in ossequio ai già richiamati principi del diritto dell'Unione europea, la preventiva applicazione delle regole di evidenza pubblica per la scelta del *“mandatario”*. Lo conferma la stessa sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europea del 20 ottobre 2005, in causa C-264/03, richiamata dall'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato (punto 10.1), che ritiene i mandati di committenza derivati rientranti nell'alveo della direttiva 92/50, operante *ratione temporis*, e, per questo, dichiara incompatibile la legislazione francese esaminata nella parte in cui impone una restrizione all'accesso di simile servizio ai prestatori non contemplati da tale regolazione. *A fortiori*, simile principio consente, quindi, di escludere la possibilità di un conferimento diretto di tale funzione ad un



soggetto privato in difetto di un'apposita procedura di affidamento che la parità di trattamento tra gli operatori non può che imporre.

10. In definitiva, risulta provvisto di adeguato *fumus boni iuris* il primo motivo di ricorso che va ricondotto nell'alveo di cui all'articolo 211, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 50/2016 e di cui all'articolo 3, comma 2, lettera *e*) del Regolamento Anac (allegato 1 di parte ricorrente).

11. Parimenti provvisto di adeguato *fumus boni iuris* risulta il secondo motivo di ricorso che va ricondotto alla previsione di cui all'articolo 211, comma 1-*ter*, del D.Lgs. 50/2016 e all'articolo 6, comma 2, lettera *h*) del Regolamento Anac (“*bando o altro atto indittivo di procedure ad evidenza pubblica che contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza*”).

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

13. Simile corrispettivo “*sembra concretare - in assenza di espressa copertura legislativa specifica - una violazione di legge (art. 41, comma 2 bis del Decreto Legislativo n. 50/2016 e art. 23 della Costituzione)*” (T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, sez. III, ord. 29 maggio 2019, n. 328; cfr., inoltre, T.A.R. per la Puglia – sede di Lecce, sez. III, 31 ottobre 2019, n. 1664 relativa alla medesima controversia) e non risulta giustificabile evocando, al pari di quanto effettuato dalla resistente, la previsione di cui all'articolo 16-*bis* del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, (secondo cui “*le spese di copia, stampa, carta bollata e tutte le altre inerenti ai contratti sono a carico dei contraenti con l'amministrazione dello Stato*”) sia per

la consistenza dell'importo che non è neppure rapportato alle spese sia perché l'applicazione di tale normativa non necessiterebbe di un atto unilaterale d'obbligo che, evidentemente, mira al fine ulteriore e diverso della remunerazione per l'attività svolta nell'interesse dei Comuni aderenti.

14. Ritenuto sussistente il pregiudizio grave ed irreparabile che Anac correttamente individua nel rischio di *“consolidamento di posizioni pregiudizievoli - e potenzialmente irreversibili - per le pubbliche amministrazioni e per l'intero sistema degli appalti pubblici”* in caso di mancata sospensione della procedura di gara anche in ragione dell'ingente valore economico della stessa.

14.1. Considerato che l'esigenza di non far consolidare posizioni pregiudizievoli anche a danno degli stessi operatori rivela la sussistenza dell'ulteriore condizione della *“estrema gravità ed urgenza”* di cui all'art. 119, comma 4, c.p.a. e impone pertanto che si disponga la misura cautelare richiesta stante altresì la mancata aggiudicazione, allo stato, dell'affidamento della fornitura, come dichiarato dal difensore di Asmel Associazione all'udienza del 30 ottobre 2019.

15. Ritenuto equo compensare le spese di lite della presente fase processuale stante la complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda),

- a) accoglie l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospende l'efficacia dei provvedimenti impugnati;
- b) fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 10 gennaio 2020, ore di regolamento;
- c) compensa le spese di lite della presente fase processuale.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Lorenzo Cordi', Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Lorenzo Cordi'**

**IL PRESIDENTE**

**Italo Caso**

**IL SEGRETARIO**