

N. 02339/2016 REG.PROV.COLL.

N. 06869/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6869 del 2015, proposto da Asmel Società Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati prof. Aldo Sandulli e prof. Mario Pilade Chiti, con domicilio eletto presso lo stesso avv. Aldo Sandulli in Roma, Via Fulcieri Paulucci de' Calboli, 9;

contro

Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui Uffici è domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Associazione Nazionale Aziende Concessionarie e Pubblicità (ANACAP), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Di Benedetto e Giuseppe Dicuonzo, con domicilio eletto presso lo stesso avv. Pietro Di Benedetto in Roma, Via Cicerone, 28;

per l'annullamento

previa adozione delle opportune misure cautelari collegiali e monocratiche

della deliberazione n. 32 del 30.04.2015 (Fasc. 412/2014) del Consiglio dell'ANAC, depositata in data 7.5.2015 ed avente ad oggetto: *"istruttoria su Asmel società consortile a r.l. come centrale di committenza degli enti locali aderenti"*;

di ogni altro atto presupposto, conseguente, connesso o, comunque, ad esso collegato;

con contestuale domanda di risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dall'adozione del provvedimento illegittimo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) e della Associazione Nazionale Aziende Concessionarie e Pubblicità (Anacap);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2015 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. A seguito di numerosi esposti pervenuti all'ANAC (vedi doc. 2 ric.), concernenti le attività svolte da Asmel Consortile s.c.a.r.l. quale centrale di committenza degli enti locali ad essa aderenti, il Consiglio dell'Autorità, con delibera assunta all'adunanza del 6 novembre 2013, decideva di avviare apposita istruttoria nei confronti della predetta società consortile al fine di verificare, anche mediante visita ispettiva, la natura giuridica dei soggetti partecipanti all'iniziativa, le attività svolte, le modalità con cui venivano svolte le gare per conto degli enti locali aderenti alla Asmel ed i corrispettivi percepiti per tali attività (doc. 1 ric.). In data

27 febbraio 2014, presso la sede legale della società, si eseguivano attività ispettive, nel corso delle quali venivano acquisite informazioni, non solo riguardo ad Asmel s.c.a.r.l. – soggetto di più recente creazione in quanto costituita in data 23 gennaio 2013 - ma anche riguardo ai soci di essa, individuabili, all'epoca di svolgimento dell'ispezione, nel Consorzio Asmez, nell'Associazione privata Asmel e nel Comune di Caggiano (rispettivamente detentori, del 24%, del 25 % e del 51% delle quote sociali di Asmel consortile).

Si appurava, in particolare, che già in precedenza il Consorzio Asmez aveva espletato, per gli enti locali aderenti, le medesime attività oggi promosse da Asmel Società Consortile a r.l..

Nel corso del procedimento avviato, su richiesta dell'Autorità venivano forniti dalla Asmel s.c. a r.l. chiarimenti scritti e documenti (vedi doc. 10 ric., nota acquisita dal protocollo dell'Autorità al n. 35651 in data 20 marzo 2014).

Le principali risultanze istruttorie a cui l'Autorità è pervenuta, come riportate nella deliberazione impugnata n. 32 del 30 aprile 2015 (doc. 1 ric.), possono così riassumersi:

- 1) il Consorzio Asmez è stato costituito esclusivamente da imprese private a Napoli il 25 marzo 1994; l'inizio effettivo delle attività che caratterizzeranno la vita del Consorzio è avvenuto il 26 novembre 1995, data dell'ingresso nella compagine consortile di Selene Service s.r.l.; detta società al tempo aveva sottoscritto una convenzione con ANCI Campania per promuovere presso i Comuni associati, la diffusione delle innovazioni tecnologiche e gestionali e l'accesso ai finanziamenti pubblici, anche attraverso attività di formazione ed assistenza;
- 2) dal confronto tra operatori del settore ed amministratori locali di piccoli Comuni sarebbe nata l'idea di realizzare una struttura consortile in grado di aumentare, proprio attraverso l'aggregazione dei piccoli Comuni, il potere contrattuale di questi ultimi nei confronti delle grandi software-house ed, al

contempo, di erogare servizi di assistenza, formazione e consulenza;

3) nel tempo il Consorzio ha acquisito una caratterizzazione multiregionale raccogliendo adesioni oltre che in Campania, anche in Basilicata e Calabria; in Calabria, in particolare, la diffusione è stata favorita dagli scambi di informazioni tra segretari comunali, operanti contemporaneamente in più enti locali di modeste dimensioni;

4) in data 26 maggio 2010, Asmenet Campania s.c. a r. l., Asmenet Calabria s.c. a r. l. e il Consorzio Asmez hanno costituito l'Asmel, un'associazione non riconosciuta ai sensi dell'art. 14 del codice civile, unitamente all'ANPCI; l'ANPCI, a sua volta, è l'Associazione Nazionale Piccoli Comuni, nata nel 1996 su iniziativa dei piccoli comuni della provincia di Cuneo, in seguito ad uno strappo con l'ANCI, alla quale si contestava di non difendere adeguatamente dall'azione del Governo centrale gli interessi dei comuni con popolazione inferiore ai 5000 abitanti;

5) infine, in seguito all'inserimento nell'art. 33 del Codice degli Appalti del comma 3-bis, è stata costituita in data 23 gennaio 2013 Asmel Consortile s.c. a r.l. (odierna ricorrente), con un capitale sociale versato di euro 10.000,00 e con la finalità di svolgere funzioni di “centrale di committenza”;

5) per quanto emerso nel corso della visita ispettiva, i soci fondatori sono risultati essere:

- il Comune di Caggiano che deteneva il 51% delle quote sociali, pari ad € 5.100,00;
- l'Associazione Asmel che deteneva il 25% delle quote sociali pari ad € 2.500,00;
- il Consorzio Asmez che deteneva il 24% delle quote sociali pari ad € 2.400,00.

6) nel corso delle attività ispettive la Asmel consortile, ai fini di difesa, rinviava ad un parere legale, reso su richiesta della stessa società, in base al quale non sussisterebbero dubbi riguardo al fatto che Asmel, «in quanto consorzio di organismi di diritto pubblico, finalizzato ad attività di committenza per soci Asmel integra le caratteristiche volute dalla fattispecie della centrale di committenza»;

7) con riferimento all'attività sin ora svolta da Asmel, è emerso che essa ha svolto un'unica procedura per la stipula di convenzioni quadro, avente ad oggetto l'affidamento in concessione dei servizi di accertamento dei tributi ictu/immu e tarsu-tia/tares e riscossione coattiva delle entrate. Pertanto, è stata indetta una "procedura negoziata aperta a tutti i Concessionari privati iscritti allo speciale Albo tenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze". La procedura è stata preceduta anche dalla pubblicazione sulla G.U.E.E. di un avviso. In seguito alla pubblicazione - riferisce Asmel - si sono iscritti alla piattaforma telematica 15 Concessionari che hanno formulato numerose richieste di chiarimenti. Successivamente, le offerte pervenute al termine di scadenza sono state solo 3 e, all'esito della procedura, sono state sottoscritte 3 convenzioni, rispettivamente con GO.SA.F. spa per un massimale di 67,5 milioni di euro, con la Romeo Gestioni spa per un massimale di 4 milioni di euro e con l'RTI Infotirrena per un massimale di 37,5 milioni di euro; ad oggi, gli ordinativi inviati dagli enti locali consorziati sono 18;

8) sono inoltre risultate ulteriori 152 procedure espletate da Asmel consortile a r.l. al fine di aggiudicare, mediante gara telematica, appalti di eterogenea natura ed entità per conto di singoli comuni aderenti/richiedenti; in queste procedure Asmel ha messo a disposizione la propria piattaforma informatica ed ha fornito un supporto operativo (l'importo totale delle gare già aggiudicate alla data del 19.03.2014 è di circa € 18.000.000).

9) già prima dell'istituzione di Asmel s.c. a r.l., il Consorzio Asmez aveva svolto attività di centrale di committenza ed aveva bandito per i Comuni consorziati, numerose procedure finalizzate alla sottoscrizione di convenzioni alle quali i comuni consorziati avrebbero potuto aderire; si tratta di undici procedure per un importo complessivo di oltre 74 milioni di euro.

10) con riferimento alle strutture operative della società e delle sue associate, si è

potuto accertare che:

- la sede operativa di Asmel consortile è a Napoli presso il Centro Direzionale;
- la società dispone degli uffici e delle risorse del Consorzio Asmez che, a sua volta, ha la propria sede presso il Centro Direzionale;
- sono stati elencati dalla società Asmel s.c. a r.l. diversi Comuni presso i quali la società dispone di locali;
- la società ha alle proprie dipendenze due addetti assunti nel 2013 e si avvale delle prestazioni di due consulenti; nel contempo, la società ricorre al supporto degli amministratori del Consorzio Asmez;

11) quanto all'altro socio, Associazione Asmel, si evidenzia che la stessa dispone di una sede operativa presso il Comune di Borgofranco d'Ivrea (TO), di un'altra sede sempre presso il Centro Direzionale di Napoli (che è anche la sede di Asmenet Campania) e di una a Lamezia Terme (che è anche la sede di Asmenet Calabria). L'Associazione si avvale del supporto dei dipendenti delle proprie associate.

2. Con la comunicazione delle risultanze istruttorie di cui alla nota prot. n. 82205 del 21 luglio 2014 (doc. 11 ric.), l'ANAC ha contestato alla società interessata che il descritto sistema non risulta conforme alle disposizioni normative che disciplinano la centralizzazione degli appalti degli enti locali, in ragione: 1) della presenza, seppur indiretta, di società private nella compagine consortile; infatti, l'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 costituito ai sensi dell'art. 2602 c.c. ed entrambi i predetti enti sono partecipati da società private; 2) dell'operatività territoriale sostanzialmente illimitata di Asmel s.c.a.r.l., in quanto lo statuto ammette adesioni successive di enti collocati su tutto il territorio nazionale.

A seguito della predetta comunicazione, l'Asmel ha presentato le proprie controdeduzioni con memoria datata 19.9.2014, pervenuta all'ANAC in data 22

settembre 2014 (doc. 13 ric.), in cui si invoca il principio del pluralismo delle centrali di committenza per affermare, non solo che sul medesimo territorio potrebbero operare più soggetti aggregatori, ma soprattutto che per questi ultimi non vi è alcun obbligo di limitarsi entro ambiti territoriali definiti. Infatti, a seguito del d. l. n. 66/2014, dall'art. 33 del codice dei contratti sarebbe stato eliminato il riferimento ai piccoli comuni ed al territorio di ciascuna provincia. In ragione di ciò ed in considerazione della sussistenza in capo ad Asmel dei requisiti propri dell'organismo di diritto pubblico, occorrerebbe concludere che del tutto legittimamente la società espleta attività di centrale di committenza in favore degli enti locali, con le modalità ricostruite nel corso dell'attività istruttoria, potendo - perciò - essere annoverata tra i soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d. l. n. 66/2014. Peraltro, ove pure Asmel s.c.a.r.l. non fosse in possesso dei requisiti dimensionali per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori tenuto dall'Autorità - come definiti con l'apposito d.p.c.m. - la stessa società ben potrebbe continuare a svolgere le attività di centrale di acquisto, in quanto il citato articolo 9 non esclude l'operatività di altri soggetti aggregatori, costituiti ai sensi del comma 3-bis dell'art. 33, oltre a quelli che ottengono l'iscrizione nell'elenco.

In data 17 dicembre 2014, si è svolta l'audizione innanzi al Consiglio dell'Autorità del Presidente dell'Associazione Asmel, assistito dal proprio legale di fiducia. In vista dell'audizione, la società consortile Asmel ha presentato un ulteriore parere legale, nel quale si conclude che la legittimità della propria posizione sarebbe rafforzata dalle disposizioni della nuova direttiva europea 24/2014/UE che, anche alla luce di quanto previsto dal considerando 33, inducono a ritenere che la centrale di committenza possa anche essere un organismo di diritto pubblico e, dunque, un soggetto che comprende nella propria compagine una partecipazione privata minoritaria; inoltre l'art. 33 comma 3-bis del Codice dei contratti nell'ultima versione introdotta dal d.l. n. 66/2014 e l'art. 9 del medesimo decreto non

indicherebbero alcuna delimitazione territoriale, rispetto alla centralizzazione della committenza mentre l'elencazione degli strumenti giuridici utilizzabili dagli enti locali per l'aggregazione della domanda non avrebbe carattere tassativo (si fa riferimento anche alla circostanza che il legislatore ha fissato un numero complessivo di soggetti aggregatori pari a 35, con ciò confermando il principio della pluralità dei soggetti aggregatori)

Nel corso dell'audizione, con riferimento alla problematica della partecipazione di soggetti privati alla compagine societaria di Asmel s.c. a r.l., la difesa della società ha rappresentato che di recente (settembre 2014) il Consorzio ASMEZ (partecipato per il 30% da soggetti privati), ha ceduto la propria quota pari al 24% del capitale. Pertanto, attualmente, sono titolari delle quote di partecipazione solo il Comune di Caggiano (51%) e l'Associazione non riconosciuta Asmel (49%).

Nella stessa adunanza del 17 dicembre 2014, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di richiedere un parere all'Avvocatura Generale, la quale si è espressa con nota acquisita al n. 20407 in data 24 febbraio 2015, confermando sostanzialmente la ricostruzione contenuta nella comunicazione di risultanze istruttorie del 21.7.2014.

3. Con la deliberazione n. 32 del 30 aprile 2015 (fascicolo 412/2014), a conclusione dell'articolato procedimento sopra descritto, l'ANAC ha deliberato che:

- il Consorzio Asmez e la società consortile Asmel a r.l. non rispondono ai modelli organizzativi indicati dall'art. 33 comma 3-bis del d.lgs. 163/06, quali possibili sistemi di aggregazione degli appalti di enti locali;
- pertanto, la società consortile Asmel a r.l. non può essere inclusa tra i soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d. l. n. 66/2014, né può considerarsi legittimata ad espletare attività di intermediazione negli acquisiti pubblici, peraltro senza alcun limite territoriale definito;
- conseguentemente, sono prive del presupposto di legittimazione le gare finora poste in essere dalla predetta società consortile Asmel.

Il provvedimento si giustifica sulla base dei passaggi motivazionali che testualmente si trascrivono: *“Il "sistema Asmel" non pare avere le caratteristiche appena descritte e, pertanto, si ritiene che certamente non possa rientrare nel novero dei soggetti aggregatori, in quanto non corrisponde ad alcun dei modelli previsti. Infatti, come emerso nel corso dell'attività istruttoria e confermato anche nella memoria difensiva pervenuta, utilizzando moduli già predisposti e reperibili sul sito della società, gli enti locali procedono mediante deliberazione del Consiglio comunale all'adesione all'Associazione Asmel e con ulteriore deliberazione della Giunta (avente ad oggetto "Approvazione accordo consortile ai sensi dell'art. 33 comma 3-bis del d.lgs. n. 163/06 e ss.mm.") all'affidamento alla società Asmel consortile a r.l. delle proprie funzioni di acquisto; infine, nella determina a contrarre l'ufficio competente affida a quest'ultima la gestione della specifica gara. Pertanto, la partecipazione degli Enti locali alla centrale di committenza è solo indiretta, in quanto si realizza attraverso l'adesione all'associazione non riconosciuta Asmel (che a sua volta è socia della società Asmel s.c.ar.l.) e "l'accordo consortile" con la Asmel s.c.a.r.l., a cui gli Enti conferiscono una sorta di "delega" delle funzioni di committenza, in spregio alle previsioni dell'art. 33 (...). In buona sostanza, in assenza di una previsione normativa che lo preveda, la società Asmel s.c.ar.l. ha realizzato un sistema attraverso il quale offre i propri servizi di intermediazione negli acquisti a tutti i comuni dell'intero territorio nazionale, mediante l'adesione successiva all'Associazione Asmel”.*

4. Avverso il suddetto provvedimento è insorta l'Asmel Società Consortile a r. l. con ricorso spedito a notifica in data 1.6.2015 e depositato entro il termine di rito, nel quale si articolano i sette motivi di gravame sintetizzabili come segue:

I. Violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per sviamento: il provvedimento impugnato, sostiene la ricorrente, è stato adottato, non solo nei suoi confronti, ma anche nei confronti del Consorzio Asmez, che è stato nel passato (ma ora non è più), socio della Asmez Consortile, odierna ricorrente; tuttavia per poter provvedere nei confronti del Consorzio Asmez, l'ANAC avrebbe dovuto istruire un procedimento nei suoi confronti,

coinvolgendolo direttamente, il che non è avvenuto con conseguente illegittimità della deliberazione ANAC impugnata per la parte riferita al Consorzio suddetto;

II. Violazione di legge con riguardo all'art. 33, comma 3 bis, D lgs. n. 163 del 2006 e del d.P.C.M. 11.11.2014: sarebbe stata fraintesa e male applicata dall'ANAC la norma di cui all'art. 33, comma 3 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 che, nella nuova versione introdotta, con il d.l. n. 66 del 2014, fissa due principi: a) pluralità dei soggetti aggregatori; b) necessità dell'essere i soggetti aggregatori ammessi, esponenziali degli enti locali. Ai sensi dell'art. 3, comma 34, D.Lgs. n. 163 del 2006, la centrale di committenza è un' "amministrazione aggiudicatrice" e, pertanto, può anche consistere in "organismo di diritto pubblico" o in una qualsiasi associazione di detti soggetti (comma 25 del medesimo art. 3). L'Asmel consortile possiede tutti e tre i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, come elaborati dal diritto dell'Unione Europea (personalità giuridica; finalizzazione alla soddisfazione di esigenze di interesse generale, prive di carattere industriale o commerciale, operando la società con scopo cooperativo e senza fine di lucro; influenza dominante degli enti locali aderenti); sottolinea, in particolare, la ricorrente che le *"esigenze di carattere generale"* non debbono necessariamente coincidere con bisogni di interesse pubblico *"irrinunciabili"* e che nessuna disposizione, né interna né europea, vieta che la partecipazione degli enti pubblici alla società-organismo di diritto pubblico possa avvenire anche in forma indiretta, attraverso loro associazioni o consorzi (come, nella specie, l'Associazione di diritto privato Asmel). In punto di fatto la ricorrente evidenzia che, prima dell'adozione del provvedimento impugnato, tutti i soggetti privati precedentemente presenti sono usciti sia dall'Asmel Consortile che dall'Associazione Asmel, come da documentazione versata in atti (doc. 7 ric.);

III. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 33, comma 3, D.Lgs. n. 163 del 2006. Sulla presunta delimitazione territoriale di una centrale di committenza: la

ricorrente contesta l'affermazione dell'ANAC secondo cui l'operatività di una centrale di committenza al servizio di enti locali e, con riguardo alla specie, di Comuni di piccole e medie dimensioni, dovrebbe essere limitata al territorio dei comuni fondatori, oltre a doversi escludere – mediante espressa previsione statutaria – l'ammissibilità di nuove adesioni, senza limite territoriale. In realtà, secondo la ricorrente, siffatta affermazione sarebbe priva di "*apparato legislativo di supporto*", tanto nella originaria versione (2011) dell'art. 33, comma 3, bis – nella quale si faceva riferimento ai comuni del territorio di un'unica provincia, affinché essi si rivolgessero in modo unitario, ad un'unica centrale di committenza ma non ponendo limiti al raggio di azione di quest'ultima - quanto, a maggior ragione, in quella vigente (dove è scomparso ogni limitazione di tipo territoriale); la possibilità dei comuni non capoluogo di provincia di scegliere una centrale di committenza diversa da quella nazionale (Consip S.p.a.) e da quella unica operante a livello regionale, implica la possibilità che tale diverso soggetto aggregatore operi al di là del ristretto ambito provinciale o infra-regionale, soddisfacendo le richieste provenienti da qualsiasi comune italiano;

IV. Eccesso di potere per sviamento: si contesta che attraverso il provvedimento impugnato nella presente sede l'ANAC, di fatto, impedisce alla ricorrente di vedere valutata, secondo la propria legittima aspettativa, la domanda da essa presentata alla medesima Autorità ai fini dell'ottenimento dell'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del D.L. n. 66 del 2014; la difesa della Asmel si duole cioè del fatto che prima di concludere il separato procedimento per l'inserimento nel novero dei soggetti aggregatori, ANAC esprime, in sede impropria, l'avviso che Asmel Consortile non possa essere comunque inclusa tra i soggetti aggregatori;

V. Violazione di legge (art. 9 D.L. n. 66 del 2014, conv. in Legge n. 89 del 2014; d.P.C.M. 11.11.2014). Eccesso di potere: l'art. 9 del D.L. n. 66 del 2014 ha previsto

una nuova figura giuridica denominata “soggetto aggregatore”; analoga figura è contemplata dalla nuova direttiva appalti 2014/24/UE; la disposizione citata prevede che siano definiti con d.P.C.M. i requisiti per beneficiare della qualifica di “*soggetto aggregatore*” ed ambire all’iscrizione nell’apposito elenco di cui all’art. 9 cit., per le centrali di committenza diverse dai “*soggetti aggregatori di diritto*” individuati nella Consip S.p.a., a livello statale e nelle centrali uniche di committenza, costituite ai sensi dell’art. 1, comma 455, Legge n. 296 del 2006, in ambito regionale; la determinazione ANAC n. 2 del 2015, oggetto di separato ricorso dinanzi a questo TAR, da parte della stessa Asmel s.c. a r.l., ha illegittimamente limitato l’ambito soggettivo degli enti che possono aspirare all’inserzione nell’elenco dei soggetti aggregatori, riferendosi alle sole forme associative previste dal d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), a ciò non autorizzata dalla fonte di rango superiore (il citato d.P.C.M. 11.11.2014) né, tantomeno, dall’art. 9 del D.L. n. n. 66 del 2014 che, in perfetta coincidenza con la direttiva UE 2014/24, non imporrebbe alcuna forma tipizzata di collaborazione tra enti locali per la configurazione dei nuovi soggetti aggregatori;

VI. Violazione e falsa applicazione dell’art. 33, comma 3, D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell’art. 30 TUEL. Sui limiti dell’affidamento all’attività di una centrale di committenza: partendo dall’analisi di alcuni pareri resi dalle sezioni regionali della Corte dei conti, nel ricorso si deduce la diversità di regime giuridico tra lo strumento della convenzione di cui all’art. 30 TUEL e quello dell’ “*accordo consortile*” di cui parla il comma 3 bis dell’art. 33 del Codice dei contratti pubblici: quest’ultima disposizione infatti richiama il solo art. 32 del TUEL per la disciplina delle unioni dei comuni (altra figura ammessa ad assumere le funzioni di centrale di committenza) mentre non richiama l’art. 30 TUEL (dedicato alle convenzioni tra enti locali) ai fini della definizione e disciplina degli accordi consortili, segno evidente, secondo la ricorrente, che il legislatore ha inteso consentire diverse ed

“atipiche” modalità di cooperazione tra enti locali, anche con il coordinamento con soggetti diversi dagli enti locali e mediante forme indirette (come accade, ne caso di specie, attraverso l’adesione del singolo Comune alla Asmel consortile, tramite la sua adesione alla Associazione Asmel);

VII. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità dell’azione amministrativa: l’Amministrazione, secondo parte ricorrente, anziché concludere “*in modo precipitoso*” per l’impossibilità di Asmel di operare quale centrale di committenza avrebbe potuto e dovuto concedere al soggetto interessato un periodo di tempo entro il quale mettersi in regola a livello organizzativo eliminando le difformità riscontrate, così individuando una misura meno sacrificante per l’interessata.

La Asmel consortile ha formulato nel ricorso anche istanza risarcitoria in relazione ai gravissimi danni subiti, in conseguenza della deliberazione oggi impugnata, per la paralisi della propria attività consortile e per la lesione della reputazione al cospetto di centinaia di comuni aderenti alla Asmel.

5. Si è costituita l’ANAC che, attraverso l’approfondita memoria articolata dalla difesa erariale, mira all’integrale rigetto del ricorso, dovendo ritenersi del tutto infondati i motivi di gravame, a fronte dell’approfondita istruttoria svolta dall’ANAC e dell’articolata motivazione della deliberazione impugnata, non scalfita dalle censure dedotte.

6. Si è altresì costituita in giudizio l’Associazione Nazionale Aziende Concessionarie e Pubblicità (ANACAP), ente al quale (oltre che all’ANAC) il ricorso introduttivo è stato notificato e dai cui esposti ha preso avvio l’indagine ispettiva sfociata nel provvedimento oggi impugnato. L’ANACAP, con articolata memoria e produzione documentale, mira anch’essa a confutare gli argomenti della ricorrente che, a suo avviso, per la sua strutturazione soggettiva, non può considerarsi in nessun modo legittimata a svolgere le funzioni pubbliche di centrale

di committenza, trattandosi di soggetto di diritto privato, costituito sulla base di iniziativa assunta da soggetti privati e non rispondente ad alcuno dei modelli di centrale di committenza desumibili dall'art. 33 del D.lgs. n. 163 del 2006.

7. In esito all'udienza camerale del 17 giugno 2015 la Sezione, con ordinanza n. 6869/ 2015, ha respinto la proposta istanza cautelare. Successivamente, la Sezione VI del Consiglio di Stato, investita dell'appello cautelare, lo ha accolto limitatamente alle seguenti ragioni: *“considerato....che l'art. 1, comma 169, della legge 13 luglio 2015, n. 107 ha prorogato l'entrata in vigore del suddetto art. 33 al “1 novembre 2015”; che, per valutare se il modello di aggregazione posto in essere sia o meno compatibile con il modello organizzativo legale, è necessario che la legge, che lo contempla e ne disciplina il regime transitorio, sia entrata in vigore; che tale accertamento presuppone un approfondito esame nel merito della questione; che, pertanto, è necessario che tale questione venga decisa dal tribunale amministrativo con celerità in ragione della particolare rilevanza degli interessi implicati dalla vicenda in esame; che, nelle more della decisione, all'esito di un complessivo bilanciamento degli interessi, è opportuno anche al fine di non incidere sulle procedure di gara in corso, sospendere l'efficacia del provvedimento 30 aprile 2015, n. 32(1) dell'Autorità nazionale anticorruzione....”*.

In vista della pubblica udienza per la trattazione di merito hanno depositato: documenti, memoria conclusionale e memoria di replica l'Amministrazione; documenti e memoria di replica la difesa della ricorrente. Quest'ultima, oltre ad ulteriormente illustrare i motivi di ricorso, evidenzia in termini critici la circostanza che, nelle more del giudizio, con deliberazione ANAC del 22.7.2015 è stata disposta l'esclusione dell'Asmel dall'elenco dei soggetti aggregatori e la contestuale ammissione del Consorzio Energia Veneto (CEV), nonostante quest'ultimo possieda caratteristiche soggettive e oggettive assimilabili a quelle della ricorrente. Quest'ultima deliberazione è stata impugnata dalla odierna ricorrente, con motivi aggiunti nell'ambito del distinto giudizio pendente dinanzi a questa Sezione n. 3949/2015, originariamente introdotto avverso il d.P.C.M. 11.11.2014 (di

definizione dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori) ed avverso la delibera ANAC n. 2/2015. La difesa della ricorrente ha richiesto la riunione ovvero la trattazione congiunta, per motivi di connessione, del predetto ricorso e del presente.

La difesa erariale nella propria memoria di replica fa riferimento al provvedimento ANAC in data 15.10.2015 con cui è stata disposta la sospensione del Consorzio CEV dall'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori *“fino alla conclusione della procedura di verifica dei presupposti per l'adozione di una possibile azione in via di autotutela per la rivalutazione dell'iscrizione del Consorzio nel suddetto elenco”*.

Alla pubblica udienza del 2 dicembre 2015, dopo ampia discussione, il Collegio, non ritenendo di aderire alla richiesta di riunione avanzata dalla società ricorrente, ha assunto la causa in decisione.

DIRITTO

1. Occorre, in via preliminare, affrontare l'eccezione di inammissibilità dei motivi IV e V di gravame, per violazione del principio del *“ne bis in idem”*, sollevata dalla difesa erariale (vedi pag. 29 della prima memoria) in quanto, come attestato dalla stessa ricorrente, è pendente dinanzi a questo TAR altro ricorso, precedentemente iscritto a ruolo (RG. 3949/2015), nel quale si deducono le medesime censure ora riproposte in questa sede ed afferenti alla determina ANAC n. 2/2015. Il Collegio ritiene fondata l'eccezione limitatamente al motivo V del ricorso nel quale si articolano, in effetti, censure ampiamente sovrapponibili a quelle svolte nel gravame precedentemente proposto, rivolte alla determinazione ANAC n. 2 del 2015, diversa da quella oggetto del presente ricorso (ove si chiede l'annullamento della sola delibera n. 32 del 30 aprile 2015). Trattandosi di censure articolate con ricorso avente data di iscrizione a ruolo anteriore a quella relativa al presente, il motivo sub V deve ritenersi inammissibile in applicazione dei principi del *“ne bis in idem”* e di litispendenza ex art. 39 c.p.c. (applicabile al processo

amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a.). La stessa conclusione non sembra invece attagliarsi al motivo di ricorso sub IV, nel quale, come visto, la ricorrente censura sotto il profilo dell'eccesso di potere la circostanza che l'Autorità, con il provvedimento all'odierno esame, si sia espressa sull'impossibilità di includere Asmel s.c. a r.l. nell'elenco dei soggetti aggregatori di cui al D.L. n. 66 del 2014, in una sede procedimentale diversa da quella appropriata, costituita dal separato procedimento per la definizione dell'istanza di inclusione nell'elenco stesso, ancora in corso al momento dell'adozione della deliberazione per cui è causa. A quest'ultimo vizio non paiono estensibili le ragioni di inammissibilità sopra riferite al motivo sub V e, pertanto, l'inammissibilità preclusiva dell'esame di merito deve affermarsi limitatamente a questo solo motivo.

2. Inammissibile per difetto di legittimazione attiva deve considerarsi anche il primo motivo di gravame in cui, come visto, la Asmel consortile si lamenta dell'indebito inserimento nel dispositivo provvedimento e dell'estensione dei suoi effetti alla figura soggettiva costituita dal Consorzio Asmez, rimasto formalmente e sostanzialmente estraneo al procedimento di verifica conclusosi con la delibera qui impugnata. Come rilevato da parte ricorrente, il Consorzio, nel passato, è stato socio della Asmel s.c.a r.l. e ha contribuito attivamente alla costituzione di essa ma ne è recentemente uscito (doc. 6 ric.); tuttavia, attualmente, esso non opera più, né intende nel futuro operare, quale centrale di committenza. In ogni caso, essendosi svolta l'istruttoria nei soli confronti della società consortile ricorrente, senza il coinvolgimento del Consorzio Asmez, non era possibile assumere il provvedimento (anche) nei confronti di quest'ultimo per il doveroso rispetto dei fondamentali principi procedimentali di cui alla Legge n. 241 del 1990.

Al Collegio sembra evidente che le censure riportate siano estranee alla sfera di legittimazione della Asmel consortile che lamenta la lesione di posizioni giuridiche

altrui, in quanto afferenti ad un soggetto (il Consorzio Asmez), rispetto al quale essa stessa rimarca la propria diversità ed autonomia decisionale. Oltre a ciò non è ravvisabile neanche l'interesse a ricorrere in quanto, ove anche si pervenisse alla conclusione dell'illegittimità del provvedimento nella parte in cui si rivolge al Consorzio Asmez, ciò non determinerebbe alcuna illegittimità riflessa del provvedimento in quanto rivolto alla Asmel s.c. a r.l.. Pertanto, anche il primo motivo (al pari del quinto) non può essere esaminato nel merito.

3. Il motivo di ricorso sub II rappresenta il punto nevralgico del ricorso all'odierno vaglio, in quanto è in esso che la ricorrente, sulla base dell'analitica disamina della normativa interna e UE (è citata ampiamente la nuova Direttiva UE sugli appalti, 2014/14/UE, di ormai prossimo recepimento nel nostro ordinamento), afferma che non sono individuabili, a livello normativo, ragioni ostative alla possibilità di un soggetto strutturato secondo il "*modello Asmel*" di poter operare quale centrale di committenza ai sensi dell'art. 33, comma 3 bis, D.Lgs. n. 163 del 2006 in favore dei numerosi comuni di piccole e medie dimensioni che, nel corso degli anni, hanno aderito, per il tramite dell'Associazione privata Asmel, alla Asmel consortile e richiesto a quest'ultima servizi corrispondenti a quelli delineati dall'art. 3, comma 34, D.Lgs. n. 163 del 2006, che possono consistere:

- nell'acquisto di forniture o servizi (non lavori) destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori;
- nell'aggiudicare appalti pubblici o nel concludere accordi quadro di lavori, forniture e servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori.

3.1. La messa in chiaro del problema richiede una descrizione, completa per quanto sintetica, delle disposizioni e dei principi che vanno a comporre il quadro normativo di riferimento applicabile alla tematica della centrale di committenza (*genus*) e del "*soggetto aggregatore*" (*species*), nell'ambito delle procedure di

affidamento di lavori, servizi e forniture.

Prevede l'art. 3, comma 34, D.Lgs. n. 163 del 2006, poc'anzi citato, che la centrale di committenza è una “*amministrazione aggiudicatrice*”, per la cui definizione si deve fare riferimento al comma 25 del medesimo articolo secondo cui sono amministrazioni aggiudicatrici: le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli “*organismi di diritto pubblico*” nonché le “*associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati costituiti da detti soggetti*” (nella prospettiva della ricorrente, l'ultima citata sarebbe la categoria a cui ricondurre il “*sistema Asmel*”).

Si deve poi rammentare che, ai sensi dell'art. 33, comma 1, del codice dei contratti pubblici, tutte le stazioni appaltanti sono legittimate a fare ricorso alle centrali d'acquisto anche associandosi e consorziandosi. Per comprendere quali siano i soggetti legittimati a svolgere le funzioni di centrali di committenza, si evidenzia che, a livello nazionale, è stata istituita un'unica centrale per gli acquisti delle Amministrazioni dello Stato, la Consip s.p.a., a cui peraltro – ai sensi del comma 3 – bis dell'art. 33 D.Lgs. n. 163/2006- come da ultimo modificato dall'art. 9 del d.l. n. 66/2014 - anche i comuni possono (ma non sono tenuti a) ricorrere in assenza di altro soggetto aggregatore di riferimento.

In ambito territoriale regionale si individuano invece, come soggetti aggregatori, le centrali di acquisto regionali per le quali esiste, fin dal 2006, una specifica copertura normativa rinvenibile legge 27 dicembre 2006, n. 266, in forza della quale le regioni hanno provveduto, seppur in modi e termini diversificati, all'adozione di propri provvedimenti attuativi (leggi regionali, deliberazioni etc.).

Con particolare riguardo agli enti locali - che sono i soggetti pubblici nell'interesse specifico dei quali la Asmel consortile è destinata a svolgere le sue funzioni di centrale di committenza e, più in generale, ad erogare, tramite la propria piattaforma informatica, servizi utili nella gestione delle procedure di affidamento

di appalti - il Codice dei contratti, all'art. 33 ha confermato la possibilità, per i comuni, di organizzarsi per delegare i procedimenti di acquisto alle centrali uniche di committenza.

Secondo il comma 3 bis dell'art. cit., infatti, è attualmente previsto che: *“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'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) ai comuni non capoluogo di provincia che procedano all'acquisizione di lavori, beni e servizi in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma. Per i Comuni istituiti a seguito di fusione l'obbligo di cui al primo periodo decorre dal terzo anno successivo a quello di istituzione”* (trattasi del testo ora vigente, introdotto dall'art. 9, comma 4, D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 giugno 2014, n. 89).

Il comma 3 – bis, originariamente inserito nel corpo dell'art. 33 cit. dall'art. 23, comma 4, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto "Salva-Italia", convertito, con modificazioni, dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214), fino al testo vigente sopra trascritto, ha subito diverse modifiche. In particolare, a seguito delle novità introdotte dall'art. 1, comma 343, Legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), il testo pre-vigente rispetto all'attuale formulazione prevedeva che *«i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo*

*consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici. In alternativa ...ecc».*Entrambe le disposizioni nel tempo succedutesi stabiliscono (per i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti, nella versione anteriore, per i Comuni non capoluogo di Provincia nel testo più recente), accanto alla possibilità di rivolgersi a centrali di committenza ove esistenti, la possibilità di dar vita a forme di aggregazione, definendone caratteristiche dimensionali ed organizzative. Nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 9, comma 4, D.L. 24 aprile 2014, n. 66, infatti, è venuto meno il riferimento all'ambito territoriale di operatività come corrispondente a quello provinciale; resta fermo invece, nelle due versioni della norma, il riferimento agli *"accordi consortili"* e l'obbligo di utilizzo dei *"competenti uffici"* degli enti locali stessi. Il sistema delineato, a seguito del più recente intervento legislativo costituito dal D.L. 24.4.2014, n. 66, contempla, vicino ad un livello nazionale (Consip S.p.a.) e ad un livello regionale di centralizzazione, forme di aggregazione ulteriori, da realizzarsi su iniziativa dei piccoli enti locali, attraverso la condivisione delle proprie risorse umane e strumentali, nell'ambito di Province, Unioni o mediante la stipula di convenzioni. Con riguardo a queste ultime figure negoziali, la dizione *"accordo consortile"* non sembra da interpretare, in termini tecnici e restrittivi come richiamante, necessariamente, la figura del consorzio pubblico di cui all'art. 31 TUEL. Nell'attuale versione dell'art. 33 comma 3-bis, pur essendo stato eliminato il riferimento al *«territorio di ciascuna provincia»*, restano tutti gli altri elementi e cioè:

- la necessità di avvalersi dei competenti uffici (anche delle Province);
- le unioni dei Comuni ovvero gli *"accordi consortili"*, quali strumenti di aggregazione dell'offerta;
- come si legge nel provvedimento impugnato (pag. 9) *"la ratio della normativa in esame è rimasta quella di "centralizzare" attraverso forme di aggregazione in ambito territorialmente circoscritto e definito, per consentire anche la condivisione delle risorse umane e*

strumentali degli Enti interessati, la razionalizzazione dei centri di spesa, la riduzione dei costi di gestione e il conseguente risparmio di risorse pubbliche”.

Si è già citato l'art. 9 del decreto legge n. 66 del 2014 ed il suo impatto sul comma 3 bis dell'art. 33 del Codice dei contratti pubblici. Il medesimo articolo 9 prevede altresì, al comma 2, che *“2. I soggetti diversi da quelli di cui al comma 1 (e cioè la Consip S.p.a. e le centrali di acquisto regionali, ndr) che svolgono attività di centrale di committenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 richiedono all'Autorità l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori. I soggetti aggregatori di cui al presente comma possono stipulare, per gli ambiti territoriali di competenza, le convenzioni di cui all'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni. L'ambito territoriale di competenza dei soggetti di cui al presente comma coincide con la regione di riferimento esclusivamente per le categorie merceologiche e le soglie individuate con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 3. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previa intesa con la Conferenza unificata sono definiti i requisiti per l'iscrizione tra cui il carattere di stabilità dell'attività di centralizzazione, nonché i valori di spesa ritenuti significativi per le acquisizioni di beni e di servizi con riferimento ad ambiti, anche territoriali, da ritenersi ottimali ai fini dell'aggregazione e della centralizzazione della domanda. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previa intesa con la Conferenza unificata, è istituito il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, coordinato dal Ministero dell'economia e delle finanze, e ne sono stabiliti i compiti, le attività e le modalità operative”.*

Il numero massimo dei soggetti aggregatori presenti sul territorio nazionale è stato fissato in un massimo di trentacinque soggetti (vedi comma 5, art. 9 cit.), numero nel quale sono inclusi *“di diritto”* Consip S.p.a. (Società *“in house”* del M.E.F.) ed una centrale di committenza per ciascuna regione a cui si vanno ad aggiungere gli

altri soggetti aggregatori che svolgano attività di centrale di committenza ai sensi dell'art. 33 del Codice dei contratti pubblici e che richiedano ed ottengano l'iscrizione nell'apposito Elenco (vedi comma 2, art. 9 cit.).

E' quindi intervenuto, in attuazione del comma 2, art. 9 sopra trascritto, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 novembre 2014 (*"Requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, secondo periodo, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89"*, pubblicato nella Gazz. Uff. 20 gennaio 2015, n. 15) il quale ha definito le condizioni per l'iscrizione nell' Elenco Nazionale dei soggetti aggregatori, prevedendo all'art. 2 quanto segue:

«1. Richiedono l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori, se in possesso dei requisiti di cui al successivo comma 2, i seguenti soggetti o i soggetti da loro costituiti che svolgano attività di centrale di committenza ai sensi dell'art. 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 con carattere di stabilità, mediante un'organizzazione dedicata allo svolgimento dell'attività di centrale di committenza, per il soddisfacimento di tutti i fabbisogni di beni e servizi dei relativi enti locali:

a) città metropolitane istituite ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56 e del decreto legislativo 17 settembre 2010, n. 156 e le province;

b) associazioni, unioni e consorzi di enti locali, ivi compresi gli accordi tra gli stessi comuni resi in forma di convenzione per la gestione delle attività ai sensi del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

2. Ai fini dell'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori, i soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, devono nei tre anni solari precedenti la richiesta, avere pubblicato bandi e/o inviato lettera di invito per procedure finalizzate all'acquisizione di beni e servizi di importo a base di gara pari o superiore alla soglia comunitaria, il cui valore complessivo sia superiore a 200.000.000 euro nel triennio e comunque con un valore minimo di 50.000.000 euro per ciascun anno. In sede di prima attuazione del presente decreto, rileva ai fini del possesso del requisito il triennio 2011-2012-2013.».

Il provvedimento, pertanto, conferma che l'inclusione nell'elenco dei soggetti aggregatori è riservata agli enti locali intermedi, ai quali siano state delegate le funzioni di acquisto dai comuni inclusi nel territorio di riferimento (Città metropolitane e Province) oppure, in alternativa, ad associazioni, unioni, consorzi tra enti locali, che possono coordinarsi anche mediante accordi resi in forma di convenzione, ai sensi del T.U. degli Enti Locali (vedi artt. 30 – 34 TUEL), occorrendo, secondo le norme del d.P.C.M., che i soggetti aggregatori siano istituiti su iniziativa di enti locali, al fine di aggregare, attraverso la delega ad un unico soggetto, le funzioni di acquisto degli enti partecipanti all'iniziativa.

Infine, è stato istituito un Fondo per l'aggregazione degli acquisti di beni e di servizi destinato al finanziamento delle attività svolte dai soggetti aggregatori.

Per l'entrata in vigore e l'applicabilità delle disposizioni contenute nel comma 3 bis dell'art. 33, si veda l'art. 23-ter del D.L. n. 90/2014, come da ultimo modificato dall'art. 1, comma 169, L. 13 luglio 2015, n. 107, a mente del quale *“le disposizioni di cui al comma 3-bis dell'articolo 33 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, modificato da ultimo dall'articolo 23-bis del presente decreto, entrano in vigore il 1° novembre 2015. Sono fatte salve le procedure avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”* (in merito alla disposizione da ritenere vigente al momento dell'adozione del provvedimento ANAC impugnato, si tornerà nel successivo par. 3.3.).

Per completezza ricostruttiva e perché ampiamente citate dalla ricorrente nei propri scritti difensivi (vedi in particolare pag. 8 e ss. ricorso), appare opportuno riportare, per quanto di interesse nella presente sede, alcune disposizioni della nuova direttiva appalti 2014/14/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativa ai *“settori ordinari”*, attinenti alla tematica delle centrali di committenza:

- art. 2, comma 1, 14) (definizioni): *«attività di centralizzazione delle committenze”*:

attività svolte su base permanente, in una delle seguenti forme: a) l'acquisizione di forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici; b) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici;

- 15) "attività di committenza ausiliarie": attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: a) infrastrutture tecniche che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; b) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; c) preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata";

16) "centrale di committenza": un'amministrazione aggiudicatrice che fornisce attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie».

Si legge inoltre all'art. 37, comma 4, della direttiva (dedicato alle attività di centralizzazione delle committenze) che *"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. Tali appalti pubblici di servizi possono altresì includere la fornitura di attività di committenza ausiliarie".*

3.2. Secondo parte ricorrente l'erogazione, da parte della Asmel s.c.a r.l., dei servizi propri della centrale di committenza, come attualmente definiti dal comma 34 dell'art. 3 (norma non molto diversa sul punto da quella della nuova direttiva) appare pienamente legittima e compatibile con il quadro normativo di riferimento, da interpretare in chiave evolutiva, con particolare riguardo al più recente testo del comma 3 bis dell'art. 33 D. lgs. n. 163/2006 ed ai passaggi sopra evidenziati della nuova direttiva appalti (settori ordinari). Cercando di sintetizzare le argomentazioni ricorsuali di cui al II motivo di ricorso è possibile descrivere il seguente *"sillogismo"*: ASMEL consortile è organismo di diritto pubblico; gli organismi di diritto pubblico sono amministrazioni aggiudicatrici, le centrali di

committenza sono amministrazioni aggiudicatrici anch'esse; *“ergo”* gli enti partecipanti (seppure indirettamente nella specie, attraverso l'associazione di diritto privato Asmel) possono avvalersi della centrale di committenza costituita da ASMEL consortile ovvero utilizzare le convenzioni-quadro che (sul *“modello Consip”*) siano state da essa stipulate o, ancora, utilizzare la piattaforma informatica progettata dalla stessa ASMEL consortile per coadiuvare le stazioni appaltanti nella gestione delle procedure di gara.

Né la riferita conclusione può trovare un ostacolo, secondo la ricorrente, nella partecipazione (soltanto) indiretta dei comuni aderenti che, come visto, non sono né fondatori, né soci della Asmel consortile, bensì associati della Asmel associazione, a propria volta socia della Asmel consortile con una quota pari al 49 %.

Si tratterebbe infatti di un *“involucro meramente formale”* (vedi pag. 13 memoria di replica ric.) atteso che nella società consortile, contrariamente al passato, non vi sarebbe più alcun soggetto privato ed essendo la compagine sociale composta esclusivamente dal Comune di Caggiano (detentore del 51%) e dalla menzionata Associazione (detentrica del restante 49%), la quale, del pari, non annovera più al suo interno soggetti privati ma soltanto enti pubblici (cfr. docc. 10 e 11 ric.).

Parte ricorrente sottolinea inoltre che: - ciò che conta è la volontà dell'ente locale di avvalersi (non importa se in via diretta o indiretta) dei servizi della centrale di committenza Asmel; i Comuni aderiscono alla Associazione e, quindi, assunto tale *“status”*, deliberano un apposito *“accordo consortile”* avente ad oggetto il conferimento alla Asmel s.c. a r.l. dell'attività di centrale di committenza da svolgere nel loro interesse; gli enti locali aderenti esercitano comunque *“significativi poteri (una sorta di “golden share”) sia nell'indirizzo gestionale che nella scelta dell'amministratore unico”* (attraverso l'Associazione socia); non si avrebbe, inoltre, *“delega di funzioni di committenza”*, in quanto l'accordo Comune/Asmel s.c. a

r.l. lascia in capo ai comuni aderenti la titolarità dell'appalto, riservando alla struttura operativa soltanto un ruolo di supporto e consulenza; l' *"accordo consortile"* di cui all'art. 33, comma 3 bis, del Codice dei contratti pubblici costituisce una *"formula negoziale aperta e flessibile, dotata di un certo grado di atipicità"*.

3.3. Ad avviso del Collegio il motivo è infondato.

3.4. Occorre un chiarimento preliminare sulla disposizione da applicare alla specie, considerate le possibili incertezze ingenerate dai ripetuti interventi legislativi succedutisi in breve lasso di tempo, che hanno inciso sul comma 3 bis dell'art. 33, a partire dalla sua introduzione, per effetto del ricordato D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, sia sul piano contenutistico (variamente integrato nel tempo) sia sulla sua entrata in vigore ed applicabilità.

Come già evidenziato, le disposizioni del comma 3 bis, come fissate dalle più recenti modifiche legislative, sono entrate in vigore soltanto a decorrere dallo scorso 1 novembre 2015 per effetto delle norme così succedutesi: art. 23 – ter, comma 1, D.L. 24.6.2014, n. 90; quindi, art. 8, comma 3 – ter, D.L. 31.12.2014, n. 192 e art. 1, comma 169, Legge 13.7.2015, n. 107 (cfr. anche il comma 211 del medesimo articolo), disposizioni che hanno inciso direttamente sull'art. 23 – ter, comma 1 del D.L. 90 cit. e, soltanto in via indiretta sul testo del comma 3 bis dell'art. 33 del Codice dei contratti pubblici, determinando comunque la proroga reiterata della sua entrata in vigore fino allo scorso 1 novembre 2015 (il comma 3 bis, pertanto, nel suo testo ultimo ed aggiornato, è vigente soltanto dallo scorso novembre). Ciò significa che, per effetto della proroga avente effetto a partire dal 25 giugno 2014 in forza del D.L. n. 90 del 2014 (pubblicato in G.U. il 24 giugno) e, come visto, successivamente rinnovata senza soluzione di continuità, al momento della deliberazione (impugnata) n. 32 assunta dal Consiglio dell'Autorità in data 30.4.2015, il testo attuale dell'art. 3 bis dell'art. 33 (e cioè quello introdotto dall'art. 9, comma 4, del D.L. 24.4.2014, n. 66) non era ancora entrato in vigore. Viceversa

si doveva considerare vigente, al momento della determinazione dell'ANAC impugnata, il precedente testo della disposizione, così come introdotto dal D.L. 6.12.2011, n. 201 e, per quanto rileva nella presente sede, il precedente “*nucleo precettivo*”, contenuto nel primo periodo che, per comodità di lettura di seguito si trascrive: “*3- bis. I Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia, affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni di comuni, di cui all'art. 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici*”. Quest'ultima norma doveva ritenersi vigente all'atto della decisione per cui è causa in quanto introdotta dall'art. 23, comma 4, del citato decreto-legge n. 201 del 2011, ritualmente convertito con legge 22.12.2011, n. 214. Detta norma (al contrario di quella sostitutiva derivante dall'art. 9, comma 4, D.L. n. 66/2014) non ha subito proroghe relative alla sua entrata in vigore bensì soltanto differimenti relativi alla sua applicabilità e concreta operatività, in virtù di quanto previsto “*ab origine*” dall'art. 23, comma 5, dello stesso D.L. n. 201 cit. secondo cui l'art. 33, comma 3 bis, del d. lgs. 163 del 2006 - introdotto dal comma 4 dello stesso D.L. n. 201 – “*si applica alle gare bandite successivamente al 31 marzo 2012*”, termine successivamente prorogato fino 30 giugno 2014 per effetto di varie disposizioni intervenute, fino, in ultima battuta, all'art. 3 del D.L. 30.12.2013, n. 150 (conv. con legge n. 15 del 27.2.2014).

Ciò significa che la norma doveva considerarsi vigente, anche se non ne era ancora obbligatoria l'applicazione alle procedure di affidamento indette da parte dei piccoli Comuni (quelli con popolazione non superiore ai 5.000 abitanti). In ogni caso, i piccoli Comuni erano pienamente legittimati ad implementare i nuovi strumenti di centralizzazione degli acquisti di cui all'art. 33, comma 3 bis (secondo la formulazione di cui al D.L. 201 / 2011) – unioni di Comuni ex art. 32, “accordi

consortili” tra Comuni – la cui concreta utilizzazione ed applicazione veniva differita a successiva data predeterminata.

E’ pertanto a questa formulazione del comma 3 bis (e non all’attuale, entrata in vigore lo scorso 1 novembre 2015) che si deve fare riferimento per valutare la corrispondenza del sistema Asmel al modello legale e, conseguentemente, per sindacare la legittimità dell’esercizio del potere di sua spettanza da parte dell’ANAC, come espressosi nel provvedimento impugnato.

3.5. Il Collegio, inoltre, ritiene che le previsioni contenute nella direttiva 2014/24/UE non siano rilevanti nel presente giudizio. Come già detto, tali disposizioni vengono ampiamente citate dalla Asmel s.c. a r.l., in quanto, a suo dire, amplierebbero notevolmente le possibilità, per gli enti pubblici interessati, di avvalersi di forme diversificate di centrale di committenza, con possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di affidare appalti di servizi aventi ad oggetto la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze, anche a soggetti societari con partecipazione privata minoritaria ed a prescindere dall’applicazione delle procedure competitive previste dalla direttiva (vedi art. 37, par. 4 della direttiva).

Al riguardo il Collegio ritiene che la direttiva “*de qua*” non possa ritenersi “*self executing*” ed immediatamente applicabile da parte del Giudice nazionale, per la semplice ragione che essa è tuttora in attesa di recepimento all’interno del nostro ordinamento, non essendo ancora scaduto il termine a tal fine previsto. Sul problema appaiono illuminanti e del tutto condivisibili alcuni passaggi, di seguito riportati, della recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660:

- “....la giurisprudenza comunitaria riconosce una forma di rilevanza giuridica alla direttiva anche prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento. Si tratta, però, di una rilevanza giuridica certamente minore rispetto al c.d. effetto diretto (che implica l’immediata applicazione della direttiva dettagliata ai rapporti c.d. verticali), che si traduce semplicemente, in nome del

principio di leale collaborazione, in un dovere di standstill, ovvero nel dovere per il legislatore di astenersi dall'adottare, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva nella GUUE e il termine assegnato per il suo recepimento, qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto (C. giust. 18 dicembre 1997, C-129/96, Inter-EnvironnementVallonie)" e per il giudice di astenersi da qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva (C. giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/08, Impact)";

- l'unico obbligo che incombe sul Giudice nazionale di fronte alle disposizioni di una direttiva UE (potenzialmente rilevanti nel caso sottoposto al suo vaglio), che sia in attesa di formale e pieno recepimento mediante l'atto legislativo interno, è un obbligo negativo *"che si sostanzia nel dovere di astenersi dall'interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire. Si tratta, in altri termini, di un obbligo attenuato rispetto a quello di interpretazione conforme in quanto discende da un principio sì fondamentale del diritto dell'Unione, quale è quello di leale cooperazione, ma, pur tuttavia, gerarchicamente sotto ordinato a quello del primato, il cui mancato rispetto mina la stessa essenza dell'ordinamento dell'Unione";*

- va inoltre considerato che nel caso considerato dalla sentenza in commento (affidente all'istituto dell' *"in house providing"*), così come per il tema della legittimazione a fungere da centrale di committenza, oggetto del presente ricorso, le regole di cui si fa applicazione (con riguardo al presente giudizio, *"in primis"*, il comma 3 bis dell'art. 33 del Codice dei contratti pubblici), le quali possono apparire in potenziale contrasto con le previsioni della nuova direttiva, in realtà sono regole già esistenti nell'ordinamento nazionale (e non introdotte ex novo dal legislatore in violazione del dovere di standstill) e trovano la loro fonte proprio nell'ordinamento dell'Unione Europea;

- pertanto, nella presente fattispecie, come in quella esaminata dall'Adunanza

Plenaria, *“non si può, quindi, ritenere che la mera pubblicazione della direttiva determini, prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento, il superamento automatico e immediato di una disciplina preesistente di derivazione comunitaria”*.

In ogni caso, al di là delle considerazioni sopra svolte, deve sempre osservarsi che il ricorso (da parte dei piccoli Comuni associati alla ass. Asmel e aderenti alla soc. consortile) ad una centrale di committenza, come pretende di essere qualificata la ricorrente, in assenza di una procedura comparativo – selettiva aperta a tutte le imprese in grado di offrire simili servizi, costituisce comunque una deroga ai fondamentali principi di derivazione comunitaria della libertà di concorrenza, *“par condicio”* e non discriminazione tra operatori economici in ambito UE (vedi art. 2, comma 2 bis, D.Lgs. n. 163 del 2006). Trattandosi, pertanto, di istituto *“derogatorio”* e non applicativo di principi cogenti di matrice eurounitaria, è ammissibile che di esso (il riferimento è primariamente all’art. 37, par. 4 della nuova direttiva appalti) il legislatore nazionale possa avvalersi, ma deve del pari ammettersi che sarebbe altrettanto legittima la futura scelta legislativa di ricorrere all’istituto *“centrale di committenza”* in termini più restrittivi rispetto a quanto sembra consentito, in prospettiva, dalla direttiva 2014/24/UE.

3.6. Una volta chiarito il quadro normativo di riferimento in concreto applicabile alla presente fattispecie, il Collegio, sulla base dell’istruttoria processuale, osserva che:

- l’indagine ispettiva svolta dall’Autorità di Vigilanza (sul punto non smentita dalla ricorrente) ha permesso di verificare che la Asmel consortile s.c. a r.l. non è stata costituita soltanto da enti pubblici ma anche da soggetti privati e, precisamente: dalla Associazione Asmel, associazione non riconosciuta di diritto privato, (che aveva certamente tra i soci fondatori soggetti di diritto privato e non solo comuni e municipi, vedi atto costitutivo doc. 4 res.); dal Consorzio Asmez (costituito e partecipato da imprese private e loro organismi associativi, cfr. atto costitutivo,

doc. 3 res.); soltanto il terzo socio fondatore era un ente pubblico: si tratta del Comune di Caggiano, piccolo Comune meridionale che detiene tuttora la quota di maggioranza del 51 %;

- è inoltre emerso (anche tale circostanza è pacifica) che l'operatività territoriale della Asmel s.c.a r.l. è del tutto illimitata, in quanto lo Statuto ammette, senza particolari limiti, adesioni successive di enti locali collocati su tutto il territorio nazionale;

- in particolare è emerso che, avvalendosi dell'apposito modulistica predisposta dalla Asmel, qualsiasi comune italiano, previa deliberazione del Consiglio comunale, possa aderire all'Associazione non riconosciuta Asmel e, successivamente, con delibera della Giunta, approvare il c.d. *"accordo consortile"* con cui, in sostanza, si affidano alla Asmel s.c. a r.l. le funzioni di centrale di committenza da esercitare nell'interesse del comune aderente (il c.d. accordo consortile, pertanto, non interviene tra comuni ma tra il singolo Comune aderente all'Associazione e la Asmel consortile);

- attraverso lo stesso sistema di adesione, gli enti locali sono anche ammessi ad usufruire degli accordi - quadro già sottoscritti da Asmel consortile, inoltrando ordinativi diretti agli operatori economici privati risultati aggiudicatari;

- i costi di funzionamento della centrale di committenza sono posti a carico degli aggiudicatari delle gare, tenuti a versare una somma pari all'1,5% del corrispettivo di aggiudicazione, *"meccanismo"* che l'ente locale che accede alla procedura di affidamento gestita da Asmel è tenuto ad approvare con la stessa determinazione a contrarre;

- secondo quanto riferisce la ricorrente l'Associazione Asmel raccoglierebbe oltre 2.200 comuni di varie parti d'Italia, oltre il 27% di tutti i comuni italiani (vedi memoria di replica, pag. 2);

- parte ricorrente ha dimostrato in corso di causa l'uscita dalla Asmel S.c. a r.l. del

Consorzio Asmez; si evince infatti dalla visura prodotta (doc. 10 prod. ric. 20.11.2015) che attualmente l'intero capitale sociale è diviso tra il Comune di Caggiano (51%) e Associazione Asmel (49%); la medesima ricorrente allega inoltre che, attualmente, all'interno dell'Associazione Asmel non vi sarebbero più soggetti di natura privatistica ma soltanto enti locali; verrebbero pertanto definitivamente fugati, nell'ottica ricorsuale, tutti i residui dubbi in ordine all'influenza dominante esclusivamente pubblica sulla “*governance*” di Asmel consortile.

3.7. Ad avviso del Collegio il sistema Asmel, come sopra descritto nei suoi connotati fondamentali, non appare conforme al modello legale della “centrale di committenza” come emergente dal combinato disposto degli artt. 3, commi 25 e 34 e 33, commi 1, 2 e 3 bis, d.lgs. n. 163 del 2006.

Ciò, principalmente, per un duplice ordine di ragioni:

a) la Asmel società consortile a r.l. non può essere qualificata “organismo di diritto pubblico” non possedendo tutte i caratteri che a tale figura soggettiva impone il comma 26 dell'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006;

b) in ogni caso la ricorrente non appare conformarsi ad alcuno dei modelli organizzativi enucleabili dal più volte menzionato comma 3 bis dell'art. 33 cit., atteso che l' “accordo consortile” a cui si riferiscono le adesioni degli enti territoriali alla Asmel nulla ha a che vedere con l'omonimo strumento ammesso dal comma citato.

3.8. Quanto al primo aspetto giova premettere che la nozione di “*organismo di diritto pubblico*”, di matrice europea ma ormai saldamente acquisita all'interno del nostro ordinamento (vedi comma 26 dell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici), non sembra poter svolgere alcun ruolo esplicativo o ricostruttivo della fattispecie in esame. E' noto, infatti, che la figura è stata elaborata in vista della possibilità di equiparare società di capitali a partecipazione pubblica totale o maggioritaria agli enti pubblici di stampo tradizionale al (solo) fine di assoggettare le prime alla

medesima disciplina di evidenza pubblica seguita dalle pp.AA., negli affidamenti delle commesse pubbliche. All'interno di una nozione di ente pubblico che, in ambito comunitario, appare cangiante e funzionale all'istituto di cui si deve fare, di volta in volta, applicazione, anche una società formalmente strutturata su un modello privatistico (una s.p.a., ad esempio), in presenza di determinati requisiti organizzativi (influenza dominante del socio pubblico) e teleologici (perseguimento di bisogni di interesse generale di natura non industriale o commerciale), finisce per essere equiparata alle amministrazioni pubbliche in senso tradizionale, ai fini del suo assoggettamento alle norme di derivazione comunitaria disciplinanti le procedure di affidamento di lavori, forniture e servizi, norme funzionali alla piena affermazione del principio di libera e piena concorrenza tra le imprese di un certo settore economico, operanti in ambito UE.

La questione posta dalla ricorrente, tuttavia, è ben diversa da quella a cui la figura dell'organismo è chiamata a dare risposta. Nella specie, infatti, non si è posto (e non si pone) il problema del rapporto (per così dire, *"esterno"*) da instaurare con i fornitori privati a cui la Asmel s. c. a r.l. si dovesse rivolgere per acquistare, per sé stessa, beni o servizi (per i quali nessuno può seriamente affermare che la società in discorso sia tenuta ad indire una procedura di affidamento regolata dalle norme del d.lgs. n. 163/2006). Si pone, al contrario, il problema del rapporto *"interno"* tra la Asmel s.c. a r.l. ed ente pubblico territoriale che intenda affidare ad essa la gestione di una procedura comparativo-selettiva di propria competenza, per l'aggiudicazione di un appalto (assegnandole il ruolo di *"centrale di committenza"*), ovvero più circoscritti servizi ausiliari di supporto nella gestione della gara.

Tale rapporto, in quanto attinente all'esercizio di una funzione certamente pubblica - quale è quella che attiene all'organizzazione della procedura di selezione comparativa della migliore offerta atta a meglio realizzare l'interesse pubblico - non

sembra trovare il suo referente nel modello dell'organismo di diritto pubblico (nato per la disciplina del rapporto c.d. "esterno" tra S.A. e imprese concorrenti) ma in altri e distinti modelli organizzativi quali la delega interorganica o intersoggettiva di funzioni (tra organi o enti pubblici) oppure mediante l'"*in house providing*" di società a forma privatistica che costituiscano la "*longa manus*" delle amministrazioni aggiudicatrici (che svolgono su di esse un "*controllo analogo*" a quello svolto su uffici e articolazioni propri).

Si deve infatti muovere dal principio (fondamentale in materia di commesse pubbliche di rilevanza comunitaria) che, fuori di tale figura eccezionale ("*in house providing*"), l'affidamento di "servizi" di committenza, suscettibili di valutazione patrimoniale, di regola deve avvenire sulla base di un contratto aggiudicato in esito ad una procedura competitiva, nel rispetto della libertà di concorrenza e della "par condicio" delle imprese idonee a fornire tali "servizi"

3.9. Ciò detto, si è visto che, secondo l'impostazione ricorsuale, per potere essere annoverata tra le centrali di committenza e svolgere le attività tipiche di esse (cfr. art. 3, comma 34), alla società ricorrente sarebbe necessario e sufficiente l'essere ricondotta alla figura dell'organismo di diritto pubblico, considerando che, sul piano della strutturazione soggettiva, ai sensi del comma 34 dell'art. 3 del Codice la centrale di committenza deve rispondere alla definizione di "*amministrazione aggiudicatrice*" e che a loro volta sono "*amministrazioni aggiudicatrici*": "*le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti*"(art. 3, comma 25, d.lgs. n. 163 del 2006).

E' noto poi che, sulla base della normativa e dell'elaborazione giurisprudenziale comunitarie, oggi confluite nell'art. 3, comma 26 del codice, l'organismo di diritto pubblico si individua sulla base dei seguenti indici di riconoscimento, tutti e tre necessari:

- la personalità giuridica;
- la sottoposizione ad *“influenza pubblica dominante”*;
- il perseguimento stabile di *“bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale”*.

Orbene, ad avviso del Collegio, in primo luogo non è ravvisabile nel *“sistema Asmel”* un’influenza pubblica dominante sull’attività e sull’organizzazione della società consortile da parte dei piccoli comuni aderenti, tale da poter essere ricondotta al paradigma dell’organismo di diritto pubblico, come elaborato dall’ormai consolidata giurisprudenza sia in ambito UE che nazionale.

Esclusa la configurabilità, nella specie, di un finanziamento pubblico maggioritario delle attività di Asmel-centrale di committenza (che, invece, mira a porre a carico dell’impresa aggiudicataria il *“compenso”* per le attività svolte nell’ambito delle procedure di affidamento da essa gestite), dovrebbe potersi configurare un controllo gestionale, da parte degli enti pubblici di riferimento, sull’attività della società-organismo di diritto pubblico da essi partecipata, che sia tale da integrare quella che, nell’elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, è stata definita come *“influenza pubblica dominante”*.

Seguendo, infatti, l’impostazione sostanzialistica propria dei Giudici comunitari, deve ritenersi che un organismo può qualificarsi come *“di diritto pubblico”*, pur rivestendo una forma privata, essendo costituito in forma di società (cfr. Corte di Giustizia CE, sent. 15 maggio 2003, in causa C-214/2000), in quanto ciò che rileva non è la veste giuridica (formale) bensì l’effettiva realtà interna dell’ente e la sua preordinazione al soddisfacimento di un certo tipo di bisogni, cui anche le imprese a struttura societaria sono in grado di provvedere.

Sicché, ha natura di organismo di diritto pubblico e, come tale, è tenuta ad applicare le regole previste per le procedure ad evidenza pubblica, ad esempio, una società per azioni che sia interamente controllata da un comune (vedi Cassazione,

sezioni unite civili, sentenza 7 ottobre 2008 n. 24722).

La Corte di giustizia ha inoltre affermato che un mero controllo “*a posteriori*” non soddisfa il criterio del controllo “*dominante*” sulla gestione (Corte di giustizia CE, V sezione, 27.2.2003, C.373/00). La Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 12 maggio 2005, n. 9940) hanno precisato che è possibile l’esercizio del controllo da parte di più enti pubblici e che, ove si tratti di organismi di diritto pubblico che abbiano forma di società per azioni, la nozione di controllo deve ricavarsi dall’art. 2359 cod. civ. il che comporta la necessità che l’influenza dominante dell’ente pubblico partecipante alla società si estrinsechi in una delle tre forme alternative, contemplate dalla norma e cioè:

- la disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- ovvero il controllo di un numero di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- ovvero l'esistenza di particolari vincoli contrattuali con la società partecipata tali da comportare un' “influenza dominante” su di essa.

Secondo la Suprema Corte, in tutte e tre le ipotesi elencate dalla disposizione civilistica sul controllo societario, ricorre una situazione di controllo pienamente sufficiente ad integrare la nozione comunitaria di “*influenza pubblica dominante*”.

Applicando siffatte coordinate ermeneutiche alla situazione della compagine societaria Asmel s.c. a r.l. e operando gli opportuni adattamenti del principio giurisprudenziale alla specie (la quale concerne non una s.p.a. ma una società consortile a responsabilità limitata), è facile verificare che si è ben lungi dal poter configurare un controllo dei piccoli comuni che indirettamente partecipano alla Asmel (non essendo suoi soci, ma come visto, associati alla Associazione Asmel che riveste lo status di socio della consortile), anche lontanamente assimilabile ad una delle ipotesi contemplate dall’art. 2359 cit. atteso che:

- la quota di spettanza della Associazione Asmel è del 49 % e, pertanto, non è

maggioritaria; tutti i numerosi comuni ad essa aderenti, cumulativamente (e, va sempre ribadito, in via indiretta) hanno un potere di indirizzo gestionale sulla Asemil consortile che, in ogni caso, sarà inferiore a quello di un solo, piccolo Comune, quale quello di Caggiano, che da solo continua a detenere il 51 % in modo del tutto sproporzionato ed ingiustificato rispetto alle forze in campo;

- appare evidente che l'influenza pubblica non può essere “delegata” ad un unico Comune, ma deve necessariamente essere effettiva e “promanare” da ognuno degli enti territoriali che si avvalgano delle prestazioni della centrale di committenza-organismo di diritto pubblico: a quest'ultimo riguardo deve ritenersi del tutto logico e conforme ai principi che se la deroga ai principi di concorrenza (per cui un Comune si avvale direttamente, al di fuori di qualsiasi procedura competitiva, di un soggetto esterno affinché svolga, nel suo interesse, i compiti della centrale di committenza) pretende l'individuazione di un organismo di diritto pubblico e l'influenza dominante dell'ente pubblico che ad esso partecipa, nessuna deroga può giustificarsi ove tale influenza sia integralmente ascrivibile ad un ente locale del tutto diverso ed estraneo a quello che si avvale dei servizi della centrale di committenza; rispetto a quest'ultimo, infatti, il preteso organismo di diritto pubblico si pone in realtà come un qualsiasi “operatore economico” da selezionare con gara;

- la peculiarità della partecipazione indiretta e la partecipazione di una elevatissimo numero di comuni associati (nell'ordine di migliaia, per stessa ammissione della ricorrente) comporta altresì che il singolo piccolo Comune associato alla Asmel (Associazione) abbia un potere parcellizzato e diluito in quanto condiviso con un elevatissimo numero di associati e, pertanto, alquanto assai limitato sulla vita associativa in rapporto agli indirizzi gestionali, alle attività, alla nomina degli amministratori ecc.; trattasi di potere che si può esprimere in un voto che è rimesso all'imprevedibile “gioco” delle maggioranze che di volta in volta si

possono formare in seno all'associazione e che è soggetto a (potenzialmente) continui mutamenti del proprio "peso" stante la clausola statutaria di apertura all'adesione di nuovi enti locali;

- se è vero che la giurisprudenza ammette (sia per la figura dell'organismo che per la società "*in house*") la possibilità che le attività di controllo ed indirizzo da parte dell'ente pubblico di riferimento possano svolgersi facendo ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche (come potrebbe, con una certa approssimazione, considerarsi nella specie l'Associazione non riconosciuta Asmel) e che tale "controllo" possa essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che esso venga esercitato individualmente da ciascuna di esse, la Corte di Giustizia ha però ulteriormente chiarito (con argomenti sviluppati con riguardo al fenomeno dell' "*in house*" ma spendibili, a parere del Collegio, anche con riferimento all'organismo di dir. pubblico) che "*ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto. Infatti, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del «controllo analogo» sull'entità in questione»* (v. in tal senso, sentenza del 21

luglio 2005, Coname, citata anche da Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660).

Può dirsi che nessuno dei Comuni aderenti al “sistema Asmel” (escluso il Comune fondatore) abbia la titolarità di un potere di controllo effettivo sull’Associazione e, quindi, sulla Asmel Società Consortile a r.l., che vada al di là di *“una presenza puramente formale nella compagine di tale entità”* né a diversa conclusione può pervenirsi in ragione del potere statutariamente riconosciuto alla Associazione di indicare una terna di nomi nell’ambito della quale viene eletto, dall’assemblea della consortile, l’amministratore unico (vedi art. 13, comma 1, Statuto Asmel S.c. a r.l. - doc. 5 res.): non servono ulteriori parole per dimostrare che si è ben lontani dalla ricorrenza dell’influenza pubblica dominante, nei termini richiesti dall’ordinamento ai fini dell’integrazione della figura soggettiva di cui all’art. 3, comma 26, d. lgs. n. 163 del 2006.

3.10. In conclusione sul punto: l’inconfigurabilità di un controllo pubblico dominante in mano ai singoli enti locali (piccoli comuni) aderenti, esclude la sussistenza di un organismo di diritto pubblico e, quindi, la stessa possibilità di individuare nella Asmel una *“amministrazione aggiudicatrice”*, con conseguente impossibilità, per essa, di operare come *“centrale di committenza”*.

Il motivo sub II, pertanto, deve essere respinto.

4. Infondato è anche il terzo motivo attraverso il quale la ricorrente denuncia la violazione dell’art. 33, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, da parte del provvedimento, nella parte in cui afferma che l’operatività della Asmel non può estendersi a tutti i comuni dell’intero territorio nazionale, dovendo l’attività della ricorrente limitarsi al territorio dei comuni fondatori ed escludersi l’ammissibilità di nuove adesioni da parte di nuovi comuni, senza alcuna limitazione territoriale. Richiamando integralmente le considerazioni sopra svolte (par. 3.4.) in merito alla formulazione della norma di cui all’art. 33, comma 3 bis, d. lgs. n. 163/2006, il Collegio ritiene

che la disposizione da considerare ancora vigente ed applicabile alla fattispecie affrontata dall'ANAC, non sia quella attuale ma la seguente: “3- bis. *I Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia, affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni di comuni, di cui all'art. 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici*”. Come sopra rilevato, quest'ultima norma doveva ritenersi vigente all'atto della determinazione per cui è causa in quanto introdotta dall'art. 23, comma 4, del citato decreto-legge n. 201 del 2011, ritualmente convertito con legge 22.12.2011, n. 214 (detta norma - al contrario di quella sostitutiva e più recente, derivante dall'art. 9, comma 4, D.L. n. 66/2014 - non ha subito proroghe dell'entrata in vigore bensì soltanto differimenti relativi alla sua applicabilità e concreta operatività, in virtù di quanto prevedeva “ab origine” l'art. 23, comma 5, dello stesso D.L. n. 201 cit. secondo cui l'art. 33, comma 3 bis, del d. lgs. 163 del 2006 - introdotto dal comma 4 dello stesso D.L. n. 201 – “*si applica alle gare bandite successivamente al 31 marzo 2012*”, termine successivamente prorogato fino 30 giugno 2014 per effetto di varie disposizioni intervenute, fino all'art. 3 del D.L. 30.12.2013, n. 150 (conv. con legge n. 15 del 27.2.2014).

Considerata la suddetta formulazione del comma 3 bis (e non all'attuale, entrata in vigore lo scorso 1 novembre 2015) e rapportato il “*sistema Asmel*” al modello legale, è evidente che la norma ha come propri destinatari “*i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia*”, i quali sono tenuti a centralizzare i loro acquisiti o avvalendosi delle unioni dei comuni di cui all'art. 32 TUEL ovvero mediante “*accordi consortili*”. Entrambe le formule organizzative, pertanto, si riferiscono ai piccoli Comuni ricadenti nel territorio di una singola Provincia, elemento che esclude, in modo troncante, la possibilità, per una centrale

di committenza che svolga la propria attività nell'interesse di tale specifica categoria di enti locali, di operare oltre l'ambito provinciale.

Peraltro, riportando il discorso all'attualità di un testo normativo (vedi, in particolare, il primo periodo del comma 3 bis) che non fa più riferimento al “*territorio di ciascuna Provincia*”, tuttavia si deve rilevare che il sistema complessivo delle centrali di acquisto e dei soggetti aggregatori come delineato dai vigenti artt. 33 d. lgs. n. 163/2006, 9 D.L. n. 66 del 2014 nonché dal d.P.C.M. 11.11.2014, con l'istituzione dell'apposito elenco dei soggetti aggregatori, fissa comunque diversi livelli ed anche diversi ambiti territoriali in cui i distinti soggetti aggregatori individuati dalla legge (o sulla sua base) sono chiamati ad operare. Come già evidenziato nella superiore disamina della normativa applicabile, l'art. 9 del D.L. n. 66 del 2014 prevede, al comma 2, che “*2. I soggetti diversi da quelli di cui al comma 1 (e cioè la Consip S.p.a. e le centrali di acquisto regionali, ndr) che svolgono attività di centrale di committenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 richiedono all'Autorità l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori. I soggetti aggregatori di cui al presente comma possono stipulare, per gli ambiti territoriali di competenza, le convenzioni di cui all'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni. L'ambito territoriale di competenza dei soggetti di cui al presente comma coincide con la regione di riferimento esclusivamente per le categorie merceologiche e le soglie individuate con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 3. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previa intesa con la Conferenza unificata sono definiti i requisiti per l'iscrizione tra cui il carattere di stabilità dell'attività di centralizzazione, nonché i valori di spesa ritenuti significativi per le acquisizioni di beni e di servizi con riferimento ad ambiti, anche territoriali, da ritenersi ottimali ai fini dell'aggregazione e della centralizzazione della domanda. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del*

presente decreto, previa intesa con la Conferenza unificata, è istituito il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, coordinato dal Ministero dell'economia e delle finanze, e ne sono stabiliti i compiti, le attività e le modalità operative”.

Il numero massimo dei soggetti aggregatori presenti sul territorio nazionale è stato fissato in un massimo di trentacinque soggetti (vedi comma 5, art. 9 cit.), numero nel quale sono inclusi “di diritto” Consip S.p.a. (Società “in house” del M.E.F.) ed una centrale di committenza per ciascuna regione, a cui si vanno ad aggiungere gli altri soggetti aggregatori che svolgano attività di centrale di committenza ai sensi dell’art. 33, comma 3 bis, del Codice dei contratti pubblici e che richiedano ed ottengano l'iscrizione nell'apposito Elenco (vedi comma 2, art. 9 cit.).

Sussistono pertanto plurimi ed inequivoci indici normativi che, anche oggi, fanno riferimento alla necessità di un ambito territoriale predefinito, in certi casi delimitato già a livello di legislazione primaria (ambito nazionale per la Consip S.p.a., ambito regionale per le centrali di acquisto regionali) e, in altri casi, rimesso invece alla concrete e puntuali determinazioni del d.P.C.M. a ciò autorizzato dal comma 2, dell’art. 9, primo e secondo periodo (“....*Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, (.....) sono definiti i requisiti per l'iscrizione tra cui il carattere di stabilità dell'attività di centralizzazione, nonché i valori di spesa ritenuti significativi per le acquisizioni di beni e di servizi con riferimento ad ambiti, anche territoriali, da ritenersi ottimali ai fini dell'aggregazione e della centralizzazione della domanda.....*”). Deriva da ciò che, anche con riferimento al sistema oggi in vigore, può quanto meno affermarsi che certamente la pretesa attorea di svolgere la propria attività di centrale di committenza senza limiti territoriali, non può affermarsi in termini incondizionati, dipendendo tale possibilità di estensione operativa dalle determinazioni di coordinamento che il legislatore ha inteso rimettere alla fonte secondaria che è chiamata a delimitare, tra le altre cose, anche gli ambiti territoriali di operatività dei soggetti aggregatori diversi da quelli iscritti di

diritto nell'apposito elenco. Il sistema che oggi si delinea, infatti, è caratterizzato da diversi livelli (anche territoriali) di operatività e dalla necessità di un numero chiuso di soggetti aggregatori ed implica, perciò, la necessità che siano evitate duplicazioni ed interferenze di ruoli ed attività tra soggetti chiamati, nei diversi ambiti di rispettiva competenza, a svolgere un servizio pubblico di rilievo ormai centrale nell'ordinamento amministrativo.

5. Quanto al motivo sub IV (eccesso di potere per sviamento), il Collegio lo ritiene palesemente infondato.

Il provvedimento oggi impugnato, infatti, è l'esito di un procedimento del tutto diverso e distinto rispetto a quello successivamente instaurato, su istanza della medesima società ricorrente, allo scopo di ottenere l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori di cui all'art. 9 D.L. n. 66 del 2014. Il provvedimento per cui è causa, infatti, definisce il procedimento avviato d'ufficio dall'Autorità (a seguito degli esposti presentati dalla ANACAP), nell'esercizio del generale potere di vigilanza che l'art. 6, comma 5, d. lgs. n. 163 del 2006 le assegna, al fine di verificare il rispetto, da parte di tutti i soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici, dei principi di cui all'art. 2 e più in generale delle disposizioni del codice dei contratti nelle procedure di scelta del contraente. La possibilità che l'esito negativo di questo procedimento potesse avere degli effetti indirettamente pregiudizievoli per la ricorrente sull'esito del successivo (e ben distinto) procedimento, ad istanza di parte, diretto ad ottenere l'iscrizione nell'apposito elenco dei soggetti aggregatori, non poteva in alcun modo incidere sulla necessità che l'ANAC esercitasse comunque il proprio potere-dovere di vigilanza portando a compimento il procedimento avviato "ex officio", non appena completata l'istruttoria, nel rispetto dei principi che in generale governano l'attività amministrativa.

6. Stante l'inammissibilità del motivo sub V, il Collegio può senz'altro esaminare il

sesto motivo di ricorso, con cui si lamenta la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 TUEL sui limiti di affidamento all'attività di una centrale di committenza. Prendendo spunto da alcuni orientamenti emergenti da pareri recenti resi da sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, la società ricorrente sostiene la tesi che quelli che il comma 3-bis dell'art. 33 d.lgs. n. 163/2006 definisce come “*accordi consortili*” vanno intesi in senso a-tecnico, senza alcun riferimento alla effettiva costituzione di un consorzio tra enti locali ai sensi dell'art. 31 TUEL e pertanto, come figure convenzionali attraverso le quali, in modo ampiamente discrezionale, gli enti locali di cui al comma 3 bis cit. possono dar vita a modalità di coordinamento e di cooperazione diverse da quella della convenzione di cui all'art. 30 TUEL (che può intervenire soltanto tra enti locali), ivi comprese le figure di collaborazione instaurate, nella specie, tra la Asmel consortile e gli enti locali “aderenti”.

Il vigente testo del comma 3-bis dell'art. 33 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e, in particolare, il suo primo periodo prevede che “*I Comuni non capoluogo di provincia (in precedenza “i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna 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.....*”. Pur nelle diversità testuali evidenziate nei precedenti paragrafi, anche il testo del comma 3-bis - previgente rispetto alla sostituzione di esso in forza dell'art. 9, comma 4, D.L. 24 aprile 2014, n. 66 - faceva anch'esso riferimento ai due strumenti alternativi di centralizzazione esperibili dai piccoli Comuni: unioni di comuni di cui all'art. 32 TUEL oppure “*accordo consortile tra i*

comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici”.

Al riguardo assume particolare interesse il parere reso sul tema dalla Corte dei Conti, Sezione controllo Regione Umbria, n. 112 del 5.6.2013 ove si legge che *“E’ stato da più parti osservato che il termine “accordo consortile” costituisce una espressione atecnica, con la quale il legislatore ha inteso genericamente riferirsi alle convenzioni ex art. 30 del TUEL, come strumento alternativo all’unione dei comuni. La norma dispone infatti che, in caso di stipulazione dell’accordo consortile, ci si debba avvalere dei “competenti uffici”, con ciò sottintendendo la volontà di non dare vita ad un organismo autonomo rispetto agli enti stipulanti. Tale opzione interpretativa, oltre a trovare conferma nell’impianto complessivo della norma, si mostra maggiormente conforme alla scelta del legislatore, attuata con l’art. 2, comma 186, della legge 191/2009, di sopprimere i consorzi di funzioni tra enti locali, ad eccezione dei consorzi imbriferi. In tale ottica interpretativa, l’espressione “accordi consortili” deve essere intesa non già come accordi istitutivi di un vero e proprio consorzio, ai sensi dell’art. 31 del TUEL, al quale spetterebbe successivamente la competenza a istituire una propria centrale di committenza, bensì come atti convenzionali volti ad adempiere all’obbligo normativo di istituire una centrale di committenza, in modo da evitare la costituzione di organi ulteriori e con essi le relative spese. Peraltro, la convenzione costituisce un modello di organizzazione che sembra conciliare, ancor più del consorzio o dell’unione, i vantaggi del coordinamento con il rispetto delle peculiarità di ciascun ente. Ritiene, quindi, la Sezione che l’obbligo di istituire una centrale unica di committenza, imposto dall’art. 33, comma 3 bis, del D. Lgs. 163/2006, possa essere assolto dai comuni con popolazione non superiore ai 5.000 abitanti o nell’ambito dell’unione dei comuni ovvero mediante una convenzione, nei termini previsti dall’art. 30 del TUEL”.*

Alla luce di ciò la Sezione non può che ribadire quanto già rilevato in sede cautelare sul fatto che la ASMEL Società consortile a r.l. appare eccentrica e non riconducibile ad alcuno dei modelli ammessi dal suddetto art. 33, comma 3 bis ai fini della configurabilità di uno dei “soggetti aggregatori” ammessi dalla legge, stante la presenza nella compagine consortile della associazione non riconosciuta ASMEL

che è una associazione di diritto privato (e che tale resta anche se gli associati sono dei Comuni), aderendo alla quale gli Enti locali interessati partecipano alla ASMEL - centrale di committenza.

L'accordo c.d. "*consortile*" - sia che esso costituisca una forma di coordinamento tra comuni concordata ex art. 30 TUEL mediante la condivisione di risorse materiali, personale ed uffici, sia che dia luogo ad una nuova entità aggregatrice, nei limiti in cui ciò è ammesso – deve comunque intervenire "*tra comuni*", quali unici soggetti legittimati alla stipula di simili accordi ad oggetto pubblico. Al contrario, nel "*sistema Asmel*" la partecipazione dei Comuni alla centrale di committenza è soltanto indiretta in quanto si realizza attraverso l'adesione all'associazione privata (a suo volta socia della ASMEL s.c.a r.l.) mentre l'"*accordo consortile*" (non interviene tra Enti locali ma) si configura alla stregua di una delega delle funzioni di committenza alla Asmel consortile da parte del singolo Comune aderente.

Considerato che, per quanto sopra esposto: - la Asmel consortile è stata in origine promossa e costituita da due entità soggettive private (oltre che dal Comune di Caggiano) quali il Consorzio Asmez e la Asmel Associazione non riconosciuta; - tuttora, nonostante la fuoriuscita dalla società consortile del Consorzio Asmez, permane nella detenzione del 49 % delle quote societarie una Associazione di diritto privato e la società ricorrente non può in alcun modo qualificarsi in termini di ente strumentale dei comuni aderenti (secondo lo schema della società "in house") né, per quanto sopra ampiamente esposto, come organismo di diritto pubblico stante la non configurabilità di un'influenza pubblica dominante; per queste ragioni l'affidamento dei servizi di centrale di committenza ad un soggetto, non soltanto formalmente, privato, quale deve ritenersi la Asmel S.c.a r.l., appare difforme dal modello legale emergente da comma 3 bis dell'art. 33 del d. lgs. n. 163 del 2006 ed in contrasto con i principi fondamentali di derivazione comunitaria in tema di affidamento "pro – concorrenziale" di servizi comunque suscettibili di

determinare un vantaggio economico.

Il sesto motivo, pertanto, va respinto.

7. Appare, infine, infondato nel merito anche il settimo (ed ultimo motivo di ricorso) ove si denuncia l' *"eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa"*, vizio che, nella stessa articolazione di parte ricorrente, non appare fondato su precisi appigli normativi ma, piuttosto, su considerazioni di opportunità. In realtà il principio di proporzionalità può venire in rilievo ove si contesti il carattere eccessivamente penalizzato e non necessario del contenuto precettivo del provvedimento, rispetto all'interesse pubblico perseguito. Nella specie, una volta appurata la non conformità della struttura controllata, nella sua conformazione organizzativa di base, alle prescrizioni di legge, la scelta dell'ANAC era obbligata nel senso di vietare alla ricorrente di continuare ad espletare attività di intermediazione negli acquisti pubblici.

Non è rinvenibile né in base a puntuali disposizioni di legge (neanche della legge n. 241/90), né sulla base dei principi di matrice europea, un dovere dell'Autorità di vigilanza di concedere un termine al soggetto vigilato affinché lo stesso si adegui alla legge, mediante la rimozione delle difformità e delle criticità riscontrate dall'Autorità medesima.

8. Per tutte le ragioni sopra esposte, i motivi primo e quinto di gravame debbono ritenersi inammissibili. Sono infondati nel merito i restanti motivi.

Il ricorso della Asmel consortile deve pertanto essere respinto mentre le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti in ragione dell'assoluta novità e complessità delle questioni affrontate con il ricorso in esame.

Lo stesso vale per le spese di lite sostenute dall'ANACAP, anche in considerazione del fatto che quest'ultima Associazione, pur avendo svolto ampia attività difensiva, non era parte necessaria del presente giudizio non potendosi qualificare controinteressata in senso tecnico.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza),
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2015 con
l'intervento dei magistrati:

Daniele Dongiovanni, Presidente FF

Achille Sinatra, Consigliere

Claudio Vallorani, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)