

La nozione di centrale di committenza nella normativa europea e lo spazio decisionale del legislatore nazionale

di Danilo Pappano

Title: The notion of central purchasing body in the European law and the national law decision-making autonomy space

Keywords: Central purchasing body; Aggregation in public authority procurement; Aggregator subjects.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia è intervenuta nella causa *Causa C-3/19* avente ad oggetto la conformità al diritto europeo (e in particolare all'art. 1 par. 10, e all'art. 11 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004) della legislazione italiana, che nell'imporre ai Comuni di piccole dimensioni di fare ricorso ad una centrale di committenza ha previsto modelli organizzativi di natura esclusivamente pubblica senza la partecipazione di soggetti o di imprese private, e ha inoltre limitato l'ambito di operatività delle centrali di committenza istituite da enti locali al territorio di tali enti locali. La Corte di Giustizia ha ritenuto compatibili con il diritto europeo le scelte del legislatore nazionale ritenendole rimesse alla sua discrezionalità.

Per meglio illustrare la questione sottesa alla sentenza, è necessario premettere una breve disamina della nozione di centrale di committenza nell'ordinamento europeo e della sua evoluzione, anche perché la vicenda concreta si riferisce all'interpretazione delle precedenti direttive sugli appalti pubblici del 2004, e anche la normativa interna è stata intanto oggetto di modifiche. Va precisato che l'evoluzione normativa non intacca la sostanza della problematica.

2. – Le direttive europee del 2014 sugli appalti e da ultimo il codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) definiscono le centrali di committenza come un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore "che svolgono attività di centralizzazione delle committenze, e se del caso attività di committenza ausiliarie" (art. 3 c. 1, lett. i). L'attività di "centralizzazione delle committenze" è definita come attività svolta su base permanente (si tratta di una caratteristica che la distingue dall'istituto dell'appalto congiunto) e consistente nell' "acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti" oppure "nell'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti" (art. 3 c. 1, lett. l).

Si tratta dei due modelli di centrali di committenza che possono agire, come precisato dal considerando 69 della direttiva n. 24/2014, "in primo luogo come grossisti, comprando, immagazzinando e rivendendo o, in secondo luogo, (...) come

intermediari, aggiudicando appalti, gestendo sistemi dinamici di acquisizione o concludendo accordi quadro ad uso delle amministrazioni aggiudicatrici”. Il punto 2 del considerando 69 continua precisando che “tale ruolo di intermediari potrebbe, in alcuni casi, essere svolto espletando autonomamente le pertinenti procedure di aggiudicazione, senza istruzioni particolareggiate delle amministrazioni aggiudicatrici interessate o, in altri casi, attuando le pertinenti procedure di aggiudicazione secondo le istruzioni delle amministrazioni aggiudicatrici interessate, a loro nome e per loro conto”. Inoltre le centrali di committenza (art 39 c.1) possono svolgere «attività di committenza ausiliarie» che (ai sensi dell’art 3 c. 1 lett. m del codice d. lgs. n. 50/2016) consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza.

Problemi significativi si pongono a partire dalla determinazione della natura pubblica o privata dell’attività di centralizzazione delle committenze, e in particolare se si tratta di una funzione riservata alla pubblica amministrazione oppure se possa essere configurata come attività di impresa e svolta da operatori privati in regime concorrenziale.

A questo si lega l’ulteriore questione se debba essere il mercato a definire il numero di centrali di committenza e se sia quindi legittima o meno la previsione in via legislativa di un numero massimo di centrali di committenza. Infine, ulteriore questione è se le singole centrali di committenza operano in ambiti territoriali delimitati oppure se possono operare su tutto il territorio nazionale ed europeo; (le domande sono poste in questi termini da B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 5, 2016).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, prima delle direttive del 2004 e del 2014, e nella vigenza delle direttive degli anni Novanta, si era occupata di centrali di committenza (Corte di Giustizia 20/10/2005, C-264/03, in *Urb. e app.*, 2006, p. 45, con nota di M. Protto; Corte di Giustizia, 18/01/2007, C-220/2005) delineando un assetto dell’istituto sintetizzabile in questi termini:

- l’attività di committenza rientra nelle attività di prestazioni di servizi e in quanto tale è soggetta alle regole europee sugli appalti pubblici;
- tuttavia, è possibile l’affidamento diretto purché questo avvenga ad amministrazione aggiudicatrice che rispetti le direttive nell’effettuare i suoi acquisti.

Si tratta come è evidente di una deroga alla regola dell’affidamento mediante gara, confermata nelle direttive del 2004, ma anche alle regole fissate nella nota giurisprudenza sull’*in house* della stessa Corte ai fini della legittimità di un affidamento diretto,

Le successive direttive del 2014, nel dettare una disciplina più articolata in tema di centrali di committenza, ha confermato la tradizionale impostazione della Corte di Giustizia della quale la sentenza in commento, come si dirà, può costituire una significativa evoluzione. .

Il considerando n. 70 della direttiva n. 24/2014 precisa che “le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva” e aggiunge “che la presente direttiva non dovrebbe applicarsi nei casi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non sono effettuate attraverso un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della presente direttiva”. E l’art. 37 della direttiva dopo aver previsto che “gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare forniture e/o servizi da una centrale di committenza che offre l’attività di centralizzazione delle committenze” e “la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e servizi mediante contratti aggiudicati da una centrale di committenza, mediante sistemi dinamici di acquisizione gestiti da una centrale di committenza oppure (...) mediante un accordo quadro concluso da una centrale di committenza (...) che offre l’attività di

centralizzazione delle committenze (...), precisa 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. L'ultimo periodo precisa che “tali appalti pubblici di servizi possono altresì includere la fornitura di attività di committenza ausiliarie”.

La dottrina che si è interrogata sulle ragioni di questa deroga ha sottolineato come “le disposizioni della direttiva che facoltizzano gli stati membri ad attuare un sistema di centrali di committenza non trovano giustificazione sistematica, né sono il frutto di un attento bilanciamento di interessi, ma sono dovute alla realistica presa d'atto che tali sistemi erano già operativi in molti stati membri e che sarebbe stato molto difficile vietarne l'utilizzo” (M.E. Comba, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea e il modello italiano*, in *Urb. e app.*, n. 10, 2016, p. 1058).

Se la normativa europea considera legittimo l'affidamento diretto dell'attività di committenza, rimane aperto il problema se si è di fronte ad attività di impresa oppure no, e quindi se nel quadro dell'ordinamento europeo siano ipotizzabili centrali di committenza private, nel senso di operatori economici privati che si aggiudichino il servizio tramite gara.

In realtà la normativa europea non esclude espressamente la configurabilità di centrali di committenza private. La qualità di organismo di diritto pubblico (*recte* amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore) rileva soprattutto ai fini dell'affidamento diretto dell'attività di committenza, tuttavia la normativa non vieta espressamente l'ipotesi di un affidamento tramite gara dell'attività di committenza e che questa sia svolta da un soggetto privato. Del resto il citato considerando 70 della direttiva 24/2014 precisa che “è anche opportuno ricordare che la presente direttiva non dovrebbe applicarsi nei casi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non sono effettuate attraverso un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della presente direttiva”, distinguendoli quindi dai casi in cui si sia di fronte ad un contratto di appalto a cui la direttiva dovrebbe invece applicarsi. Ed in effetti sia nel modello del grossista, sia nel modello dell'intermediario i meccanismi di finanziamento della centrale di committenza possono far configurare in concreto l'attività come attività economica di tipo industriale e commerciale. Come è noto infatti il finanziamento della centrale di committenza potrebbe derivare da trasferimenti finanziari dei soggetti pubblici, ma potrebbe anche essere posto a carico dei singoli fornitori.

Nel quadro delle regole europee, stando al dato letterale, si potrebbero avere soggetti che svolgono attività di centralizzazione delle committenze che sono organismi di diritto pubblico e soggetti che non lo sono. Solo rispetto ai primi sarebbe ipotizzabile l'affidamento diretto.

Questa lettura ricavabile dal dettato normativo è però contraddetta dalla sentenza in commento della Corte di Giustizia, la quale valorizza la natura di “amministrazione aggiudicatrice” della centrale di committenza precisando espressamente che “ad un soggetto privo della qualità di amministrazione aggiudicatrice (...) non può essere riconosciuta, da parte di una normativa nazionale, la qualità di centrale di committenza” (punto 56), con ciò escludendo (o relegandola alle attività di committenza ausiliarie) l'ipotesi di una centrale di committenza “privata”, intesa nel senso di un operatore economico privato che si aggiudichi il servizio tramite gara.

Rispetto alla precedente giurisprudenza della stessa Corte, la sentenza in commento propende per una qualificazione in termini pubblicistici dell'attività di centralizzazione delle committenze, che sia di pertinenza della pubblica amministrazione, precisando che “non si può ritenere che le centrali di committenza offrano servizi su un mercato aperto alla concorrenza delle imprese private (punto 63) e che “una centrale di committenza agisce in qualità di amministrazione aggiudicatrice

al fine di provvedere ai bisogni di quest'ultima, e non in quanto operatore economico, nel proprio interesse commerciale" (punto 64).

3. – Dalla natura di "amministrazione aggiudicatrice" delle centrali di committenza la Corte ricava le descritte conseguenze in ordine alla configurazione della loro attività.

Tuttavia la necessaria qualità di "amministrazione aggiudicatrice" non implica di per sé anche una soggettività esclusivamente pubblicistica delle centrali di committenza, e ciò in ragione delle tipologie di modelli soggettivi contemplati nella nozione di amministrazione aggiudicatrice che, come noto, comprende formule organizzative privatistiche o con la partecipazione di privati al loro interno.

Inoltre, nella normativa europea non sono previsti espressamente limiti territoriali (quali specifici ambiti di competenza) all'attività delle centrali di committenza; anzi, al contrario ci sono regole che vanno in senso inverso, come quella della possibilità di affidare le attività di committenza anche a centrali di committenza di altri Stati membri (artt. 38 e 39, direttiva 24/2014). Di conseguenza in assenza di ambiti territoriali specifici, non può escludersi che un'amministrazione, motivando la decisione, possa scegliere tra le diverse centrali di committenza, quella a cui rivolgersi, determinando un certo grado di "competizione" tra le centrali di committenza, analogo a quello che accade, ad esempio, tra le istituzioni universitarie pubbliche e/o private.

È su questo fronte che si pongono le due questioni oggetto del rinvio pregiudiziale affrontate nella sentenza in commento con riferimento alla legislazione italiana che ha imposto l'aggregazione obbligatoria degli acquisti dei comuni, consentendo però formule organizzative esclusivamente pubbliche con esclusione della partecipazione dei privati al loro interno, e al contempo limitandone l'attività al territorio dei comuni interessati.

In particolare, la Corte di Giustizia è stata chiamata a chiarire se:

a) è compatibile con il diritto europeo una disciplina nazionale che imponga un modello organizzativo pubblicistico o che escluda la partecipazione dei privati al suo interno;

b) e che sottoponga la attività delle centrali di committenza ad ambiti territoriali di competenza determinati.

La controversia alla base delle questioni pregiudiziali si riferisce all'applicazione dell'art. 33 c. 3 del d. lgs. n. 163/2006 (nella versione modificata dall'art. 9 d.l. n. 66/2019) che riformava la disciplina dell'aggregazione degli acquisti dei comuni (già introdotta a partire dal 2011) rendendola obbligatoria, e prevedendo per la centrale di committenza sul piano organizzativo soltanto formule che escludono la partecipazione dei privati e introducendo ambiti specifici territoriali di competenza in cui svolgere la relativa attività. La disciplina citata è stata poi sostituita, nel vigente codice dei contratti pubblici, dall'art. 37 c. 4 del d. lgs. n. 50/2016, che ne ha nella sostanza confermato i contenuti.

4. – La questione pregiudiziale è stata sollevata da parte del Consiglio di Stato con riferimento alla citata normativa, in un caso che riguardava in particolare un consorzio privato (chiamato Asmel consortile a.r.l.) e composto da un piccolo Comune della provincia di Salerno e da un'associazione di Comuni chiamata (Asmel), alla quale hanno aderito nel tempo quasi 2200 comuni italiani (circa il 27% del totale), che aderendo al consorzio affidano a questo le funzioni di committenza.

In particolare, i Comuni con delibera del consiglio comunale aderiscono all'associazione Asmel (composta da soli Comuni), e poi con delibera di giunta affidano le funzioni all'Asmel s.c.a.r.l. le funzioni di centrale di committenza da esercitare nell'interesse del comune aderente. I Comuni non concludono quindi un accordo consortile tra loro, ma questo è tra il singolo comune (aderente all'associazione di

Comuni Asmel) e l'Asmel s.c.r.a.l. Le attività svolte dalla centrale sono remunerate con un contributo posto a carico degli aggiudicatari delle gare pari all'1,5% del corrispettivo di aggiudicazione, e che il comune che accede alla procedura è tenuto ad approvare nella determinazione a contrarre.

Al consorzio citato è stato contestato dall'ANAC (con Delibera 30.04.2015 n. 32) un assetto organizzativo non consentito dalla legge e lo svolgimento abusivo dell'attività su tutto il territorio nazionale.

Il contenzioso che ne è derivato (per la cui ricostruzione si veda P. Cosmai, R. Iovino, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Milano, 2016, 116 ss) ha visto pronunce del giudice amministrativo differenti nei giudizi cautelari di primo e secondo grado, e nel giudizio di merito il Tar Lazio (con sent. 22 febbraio 2016, n.2339; ma nello stesso senso si è espresso anche il Tar Lombardia, Milano, 3 febbraio 2020, n. 240) ha respinto il ricorso del Consorzio confermando l'impostazione dell'ANAC, evidenziando che Asmel consortile non risponde ai modelli organizzativi indicati nell'art. 33 c.3 del codice dei contratti n. 163/2006, e ciò perché "l'accordo consortile (...) 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 solo indiretta in quanto si realizza attraverso l'adesione all'associazione privata (a sua volta socia della Asmel consortile) mentre l'accordo consortile (non interviene tra enti locali ma) si configura alla stregua di una delega delle funzioni di committenza all'Asmel consortile da parte del singolo Comune aderente"; inoltre non risponde al modello legale la competenza territoriale illimitata. Ritiene peraltro che in mancanza di recepimento della direttiva 2014/24/UE, non sia possibile costituire centrali di committenza partecipate da associazioni private e che esse in ogni caso non possono operare sull'intero territorio nazionale; ritiene per questo che Asmel consortile non può considerarsi legittimata ad espletare attività di intermediazione negli acquisti. Infine la sentenza del Tar Lazio esclude anche la natura di organismo di diritto pubblico del ricorrente Consorzio Asmel consortile.

Nel giudizio di appello, il Consiglio di Stato (sez. V, ord.. 03.01.2019, n. 68) dubitando, a differenza del giudice di primo grado, che il quadro normativo interno fosse compatibile con i principi del diritto euro-unitario, ha sollevato la questione pregiudiziale in ordine a se una norma che imponga ai piccoli comuni di ricorrere a modelli organizzativi solo pubblicistici e con un ambito di competenza territorialmente definito sia contraria ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici di servizi.

La Corte di Giustizia nella sentenza in commento ha ritenuto compatibile con la normativa europea la scelta del legislatore interno di configurare in termini solo pubblicistici i modelli organizzativi consentiti per l'aggregazione degli acquisti dei Comuni, perché è nella legislazione nazionale che possono essere meglio dosati il grado di autonomia organizzativa degli enti e la configurazione dell'attività della centrale di committenza come funzione territorialmente delimitata.

Si tratta dunque di valutazioni rimesse alla discrezionalità del legislatore nazionale che la esercita "sulla base delle proprie esigenze e delle circostanze particolari prevalenti nello stato membro" (punto 61). Nel caso concreto la ragionevolezza della normativa italiana è ricondotta all' "esigenza di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose, ma anche di prevedere uno strumento di controllo delle spese" (punto 62).

5. – La Corte di Giustizia nella sentenza in commento rispetto al passato assume una posizione più netta in ordine alla natura dell'attività di centralizzazione della committenza e nell'individuazione dello spazio decisionale del legislatore nazionale.

Con riferimento al primo profilo, la precisazione secondo cui le centrali di committenza " non offrono servizi su un mercato aperto alle imprese private", anche se

inserita in una sentenza riferita alla precedente normativa, può orientare l'interpretazione della normativa in tema di centrali di committenza del codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. 50/2016), con cui si sono recepite le direttive del 2014, che sul punto non è univoca.

Come noto, nel tentativo di ridurre il numero, il codice ha previsto un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, che riguarda anche le centrali di committenza, istituendo presso l'ANAC l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, demandando ad un dPCM la previsione dei requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione. Tra questi, per le centrali di committenza, si prevedono il carattere di stabilità delle attività, ma soprattutto il "relativo ambito territoriale" (art. 38 c.2). Con riferimento all'aggregazione obbligatoria degli acquisti dei comuni il codice ha inoltre previsto modelli organizzativi di tipo pubblicistico con cui i Comuni possono aggregarsi secondo criteri e modalità da individuare con un successivo d.P.C.M. che ne disciplini anche "gli ambiti territoriali di riferimento" (art. 37).

La non univocità della disciplina in ordine alla natura dell'attività delle centrali di committenza che vi è sottesa, è stata evidenziata da chi ha sottolineato che "il criterio della qualificazione può far pensare ad un mercato regolato in cui tutti i soggetti che dimostrano di avere i necessari requisiti possono prestare il servizio, mentre il criterio della specializzazione, soprattutto territoriale fa pensare a un regime di monopolio in cui l'attività è riservata a soggetti pubblici" (B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 5, 2016, p. 619).

La sentenza della Corte in commento, quando afferma che le centrali di committenza non possono agire come operatori economici perseguendo propri interessi commerciali, propende per la seconda ipotesi, e può quindi rappresentare se confermato in futuro, uno standard interpretativo della disciplina sulle centrali di committenza meno orientato alle logiche del mercato.

L'ulteriore contributo offerto dalla sentenza in commento si riferisce alla definizione dello spazio decisionale rimesso al legislatore nazionale. Una volta qualificata l'attività di centralizzazione in termini pubblicistici, al legislatore nazionale dovrebbero essere precluse tutte le decisioni incompatibili con tale natura. Se, ad esempio, rientra nella discrezionalità del legislatore escludere le formule organizzative delle centrali di committenza con partecipazione dei privati, è da ritenere ormai preclusa la soluzione opposta, e cioè escludere le formule organizzative di carattere pubblicistico.

Una volta definito meglio il suo ambito decisionale, al legislatore sono richieste però scelte chiare ma soprattutto stabili. Tuttavia proprio il settore degli appalti pubblici è caratterizzato da una frenesia legislativa che compromette la stabilità del quadro normativo interno. Ne è un esempio la disciplina dell'istituto dell'aggregazione obbligatoria degli acquisti dei Comuni, destinata a rimanere fluida perché interessata dall'intervento di modifica della disciplina degli appalti pubblici introdotte dal c.d. sblocca cantieri (d.l. 32/2019, conv. in legge n. 55/2019) che ne ha sospeso l'obbligatorietà fino al 31 dicembre 2021.

Durante il periodo della sospensione, i comuni non capoluogo (fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa) possono decidere se procedere ad acquisti in via autonoma oppure ricorrere a uno dei modelli organizzativi previsti dalla normativa, che diventano perciò nel periodo di sospensione, facoltativi e non più obbligatori. La deroga, per di più temporanea, non è spiegabile con la volontà di aspettare la decisione della Corte di Giustizia sulla questione pregiudiziale oggetto della sentenza in commento, perché è stato sospeso l'obbligo di aggregazione, non la tassatività delle forme organizzative ivi previste, tutte di natura pubblicistica e con ambiti territoriali limitati, elementi considerati compatibili con la normativa europea.

Il depotenziamento dello strumento dell'aggregazione degli acquisti è invece il segno dell'incertezza programmatica del legislatore interno in tema di appalti pubblici

che, in tema di aggregazione degli acquisti, prima ne massimizza la funzione rendendola obbligatoria, e poi a distanza di poco tempo, sembra perseguire esigenze diverse, se non opposte. Ciò può amplificare l'incertezza, perché i comuni che nel periodo sospensione dell'obbligo avviassero percorsi autonomi opererebbero in un quadro in cui tutto potrà alla fine essere rimesso in discussione; intanto però sarà cresciuta la frammentazione, e le decisioni da assumere diventeranno più complesse. La volatilità delle scelte normative interne in tema di contratti delle pubbliche amministrazioni (le cui ragioni ho cercato di individuare in D. Pappano, *La normativa degli appalti tra "novismo" e modernità: una disciplina senza centro di gravità*, in G. Caruso, D. D'Alessandro, D. Pappano, *I contratti della pubblica amministrazione. Questioni attuali*, Torino Giappichelli, 2019, 1 ss) rischia così di vanificare il contributo offerto dalla Corte di Giustizia con la sentenza in commento nella definizione dell'ambito decisionale rimesso al legislatore nazionale.

Danilo Pappano
Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali
Università della Calabria
danilo.pappano@unical.it