

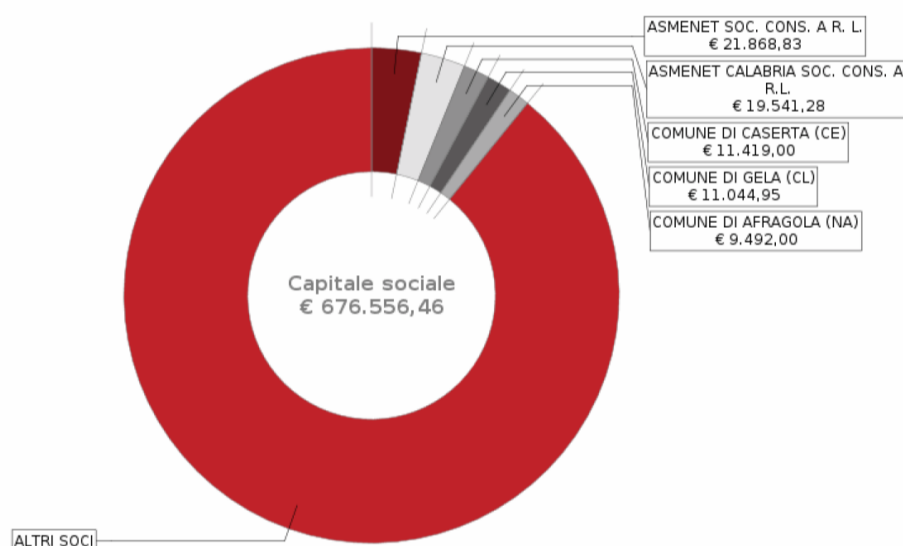
APPROFONDIMENTO ASMEL

1. L'Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali (ASMEL), con sede legale a Gallarate (VA), è un'associazione senza scopo di lucro costituita dai “*municipi, gli enti locali e loro aggregazioni ed in generale enti ed istituzioni territoriali*” (art. 3 dello Statuto) e persegue “*il fine di stimolare e sostenere l'innovazione e la valorizzazione del sistema delle istituzioni locali valorizzando i principi di sussidiarietà, autonomia e decentramento*” (art. 4 dello Statuto). **Ad oggi ASMEL associa più di 3300 enti locali** (dati 2022 – sito web ASMEL).

Nei primi 12 anni, l'Associazione ha superato 3.850 adesioni, il 49% dei Comuni italiani (il 60% dei Comuni del sud Italia).

4 Soci e titolari di diritti su azioni e quote

Sintesi della composizione societaria e degli altri titolari di diritti su azioni o quote sociali al 14/10/2022

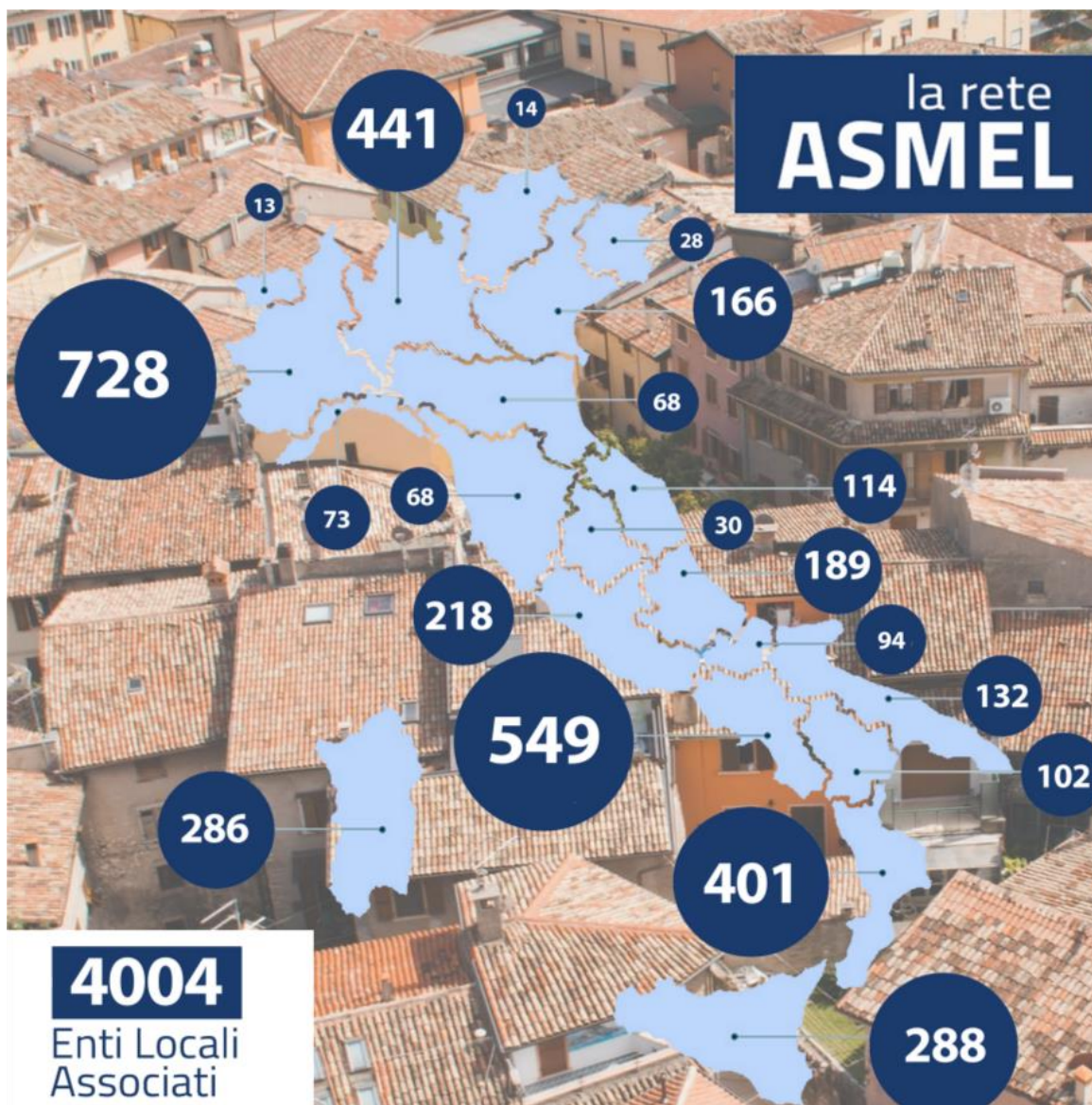


Il grafico e la sottostante tabella sono una sintesi degli assetti proprietari dell'impresa relativa ai soli diritti di proprietà, che non sostituisce l'effettiva pubblicità legale fornita dall'elenco soci a seguire, dove sono riportati anche eventuali vincoli sulle quote.

2. Nel 2012 ASMEL ha costituito ASMEL consortile s.c. a r.l., avente come attività prevalente la consulenza imprenditoriale e amministrativo-gestionale.

3. Dalla visura camerale risulta che ASMEL consortile è attualmente partecipata da 888 soci e ha un capitale sociale pari a € 1.021.802. Tra i soci, oltre a centinaia di enti pubblici detenenti irrisorie quote di poche centinaia di euro (per lo più Comuni e qualche azienda pubblica, Unioni montane e di comuni), figurano Asmenet soc. cons. a r.l. e Asmenet Calabria soc. cons. a r.l., aventi rispettivamente una quota di € 21.868 e € 19.541¹.

¹ A sua volta Asmenet soc. cons. a r.l. e Asmenet Calabria soc. cons. a r.l. sono partecipate da centinaia di enti locali con quote irrisorie.



Gli interventi dell'ANAC e della Giustizia amministrativa

4. Il ruolo di **ASMEL** consortile (e ancor prima di ASMEL associazione) e le funzioni svolte dalla stessa sono state oggetto di intervento dell'ANAC e di pronunce della giustizia amministrativa, anche nell'ambito dei ricorsi spiccati dall'Autorità anticorruzione nell'esercizio dei poteri *ex art.* 211 del d.lgs. n. 50/2016 (omologo dei poteri conferiti all'Autorità *ex art.* 21-*bis* della n. 287/1990).

5. I rilievi svolti dall'ANAC e dalla giustizia amministrativa hanno principalmente riguardato:

- i)* la qualificazione di ASMEL consortile quale centrale di committenza;
- ii)* i presupposti per l'esercizio dell'*in house providing*;
- iii)* la legittimità del corrispettivo richiesto da ASMEL al concorrente aggiudicatario;
- iv)* l'affidamento dei servizi di committenza ausiliaria.

6. Con riguardo al **profilo sub i) relativo alla qualificazione di ASMEL consortile quale centrale di committenza**, preliminarmente si richiama l'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016² secondo cui «*se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia*», tra le diverse modalità consentite per l'acquisizione di beni, servizi o lavori, è previsto il ricorso a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati.

7. Inoltre, l'art. 38 disciplina la procedura per la qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza, prevedendo l'iscrizione delle stesse in un elenco detenuto dall'ANAC. Tale qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce di importo.

8. In particolare, il comma 4 di detto articolo 38 dispone che «*Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità: a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziosandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento; c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56*». L'art. 3, comma 1, lett. i), del codice, poi, definisce centrale di committenza, «un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie». Le funzioni delle centrali di committenza, descritte dall'art. 3, comma 1, lett. l), del d.lgs. n. 50/2016, consistono in: acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti; aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti.

9. Inoltre, l'art. 3, comma 2, lett. m), definisce «attività di committenza ausiliarie» quelle attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata; 4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata. Ai sensi dell'art. 39 le attività di committenza ausiliarie possono essere affidate a centrali di committenza di cui all'articolo 38 oppure, ad esclusione delle attività di gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata, «possono essere affidate a prestatori di servizi individuati mediante svolgimento delle procedure di cui al presente codice».

² L'ANAC, con riferimento al precedente codici dei lavori pubblici (d.lgs. n. 163/2006), aveva assunto la deliberazione n. 32 del 30 aprile 2015, in cui aveva ritenuto che «*Il Consorzio 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 [relativo agli acquisti tramite accordo consortile o soggetto aggregatore, n.d.r.], 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 acquisti pubblici, peraltro senza alcun limite territoriale definito; conseguentemente, sono prive del presupposto di legittimazione le gare poste in essere dalla predetta società consortile Asmel*». Infatti, l'ANAC ha osservato che «*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*».

10. Sul ruolo di ASMEL quale centrale di committenza si è espresso il Consiglio di Stato che, con sentenza n. 6975 del 12 novembre 2020, ha dichiarato l'illegittimità di una procedura di gara per via del fatto che ASMEL non poteva rivestire il ruolo di centrale di committenza³. A riguardo, il Giudice amministrativo ha escluso il presupposto di legittimazione per espletare attività di intermediazione negli acquisti pubblici. Il Giudice amministrativo ha infatti ritenuto che ASMEL “continuerebbe a non possedere neppure le caratteristiche del modello organizzativo previsto dall'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 per la costituzione di centrali di committenza da parte dei comuni, continuando ad avere (nonostante l'intervenuta estromissione dei soci privati) una sostanziale natura privatistica, in quanto società di diritto privato costituita da altre associazioni (ASMEL Campania ed ASMEL Calabria). Per l'ordinamento italiano le centrali di committenza sono, invece, in ogni caso enti pubblici (province e città metropolitane), ovvero forme associative di enti locali quali “l'unione di comuni” o anche il consorzio di comuni, sorte a seguito di accordi ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000; anche ad ammettere il ricorso a soggetti privati, dovrebbe, comunque, trattarsi di organismi in house, la cui attività sia limitata al territorio dei comuni fondatori, laddove, nel caso di specie, nella previsione di una legittimazione a svolgere funzione di centrale di committenza a livello nazionale mancherebbe sia il profilo del controllo analogo, sia quello dei limiti territoriali”.

11. Con parere di precontenzioso *ex art. 211, comma 1-ter, del d.lgs. n. 50/2016* (Delibera n. 179 del 26 febbraio 2020) l'ANAC si è nuovamente pronunciata ribadendo che “...la società ASMEL consortile a r.l. – oltre a non essere inclusa nell'elenco dei soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d. l. n. 66/2014 – non risponde ad alcun legittimo modello organizzativo di aggregazione di enti locali per l'aggiudicazione degli appalti”.

12. Al parere di ANAC è seguito un contenzioso amministrativo culminato con la sentenza del Consiglio di Stato n. 6787 del 3 novembre 2020, con cui è stato confermato quanto rilevato dall'ANAC e conseguentemente sono stati annullati i bandi e gli altri atti di gara in cui ASMEL consortile svolgeva le funzioni di centrale di committenza. In particolare, il Supremo giudice amministrativo ha affermato che “né la ASMEL Consortile s.c. a r.l. (che, come veduto, ha indetto la procedura di gara spendendo la qualifica di centrale di committenza), né ASMEL Associazione (indicata nel bando come stazione appaltante), possono essere qualificate come centrali di committenza o soggetti aggregatori, non risultando iscritte all'anzidetto elenco ed essendo insufficiente, a tali fini, la loro iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti”.

13. L'ANAC è tornata da ultimo ad esprimersi sull'attività di ASMEL consortile con delibera n. 202 del 3 marzo 2021 («Procedura aperta per l'affidamento in concessione, tramite finanza di progetto ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, del

³ Nell'ambito del contenzioso davanti al Consiglio di Stato, quest'ultimo – su istanza di Asmel – ha sollevato una questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* davanti alla **Corte di giustizia dell'Unione Europea**, che si è pronunciata con sentenza del 4 giugno 2020, così statuendo: “L'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'autonomia organizzativa dei piccoli enti locali di fare ricorso a una centrale di committenza a soli due modelli di organizzazione esclusivamente pubblica, senza la partecipazione di soggetti o di imprese private.

L'articolo 1, paragrafo 10, e l'articolo 11 della direttiva 2004/18, come modificata dal regolamento n. 1336/2013, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale che limita l'ambito di operatività delle centrali di committenza istituite da enti locali al territorio di tali enti locali”.

servizio di gestione e di efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione del Comune di B. - A. Consortile S.c. a r.l.»), con cui ha nuovamente contestato che ASMEL consortile s.c.a r.l. non è una centrale di committenza (ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. i); artt. 37-38 d.lgs. n. 50/2016).

14. Elementi chiarificatori, infine, sono stati forniti dal Supremo giudice amministrativo che, condividendo quanto definito nella sentenza n. 8072/2021 del Consiglio di Stato, ha escluso sia che il modello proposto dalla ASMEL consortile rientri tra i modelli organizzativi delle centrali di committenza come definiti dall'ordinamento nazionale, sia la qualificazione di organismo di diritto pubblico *“a ciò ostando l'assenza tanto del requisito teleologico (lo svolgimento di attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale), stante la previsione dell'obbligo in capo agli operatori commerciali aggiudicatari del pagamento di una commissione per i servizi di committenza espletati dalla stessa, quanto quello dell'influenza dominante, difettando il c.d. controllo analogo da parte degli enti locali aderenti?”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VII, 7 novembre 2022, n. 9780/2022).

15. Come evidenziato dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 6975/2020 l'attività di centrale di committenza può anche essere svolta da un soggetto privato, a condizione che esso si configuri come un organismo *in house*. Proprio riguardo alla sussistenza dei **presupposti per l'affidamento in house (profilo sub ii)**, già nella citata delibera del 2015 l'ANAC ha osservato che *“non essendo previsto un sistema che garantisca un “controllo analogo” da parte degli enti locali coinvolti, ASMEL s.c.a.r.l. agisce come un soggetto del tutto autonomo da questi ultimi. Infatti, la forma prescelta è quella di una società di diritto privato costituita a propria volta da altre associazioni, sebbene – come già evidenziato - il legislatore abbia sempre fatto riferimento oltre che a Province e Città Metropolitane, alle forme associative riservate agli enti locali (associazioni, unioni, consorzi o di accordi ai sensi dell'art. 30 T.U.), che possono considerarsi enti strumentali dei comuni che li costituiscono, al pari di un'azienda speciale”*. Inoltre, l'ANAC ha osservato che *“la legittimazione degli enti in questione a svolgere funzioni di centrale di committenza anche a livello nazionale, come previsto nello Statuto di ASMEL s.c.a.r.l. non possa derivare solo dalla eventuale sussistenza in capo agli stessi dei requisiti propri degli organismi di diritto pubblico. Infatti, la definizione di organismo di diritto pubblico è funzionale ad assoggettare agli obblighi di evidenza pubblica, anche enti aventi forma societaria sottoposti ad un'influenza pubblica. Affinché un ente possa, invece, ritenersi legittimato ad operare quale centrale di committenza si ritiene che occorra, altresì, il rispetto delle disposizioni normative nazionali disciplinanti la materia, che al contrario - per quanto sopra rilevato - non sembrano affatto ammettere iniziative come quella posta in essere da ASMEL. D'altro canto, non risultando abrogato l'art. 4 della legge n. 70/1975 “Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente”, in base al quale «Salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge», per poter imprimere ad una società la qualificazione pubblicistica, è necessaria l'espressa previsione legislativa in tal senso o quantomeno la sussistenza dei requisiti dell'in-house”*.

16. Con il già citato parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1-ter, del d.lgs. n. 50/2016 (Delibera n. 179 del 26 febbraio 2020) l'ANAC ha affermato che il modello societario non sarebbe conforme alle prescrizioni in materia di in house, posto che:

i) i comuni del “sistema ASMEL” non hanno mai richiesto all'ANAC l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano

mediante affidamenti diretti, nei confronti di proprie società in house, come invece chiaramente prescritto dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016;

ii) non sussisterebbero gli estremi per il riconoscimento del controllo analogo.

17. Riguardo alla partecipazione di una grande molteplicità di enti locali nella compagine societaria di ASMEL consortile appare utile anche il ragionamento svolto dal Tar Lombardia, sede di Milano, n. 240 del 3 febbraio 2020, ancorché relativo ad ASMEL associazione, la quale riteneva di potere svolgere detta attività di centrale di committenza per gli enti locali associati perché qualificabile come organismo di diritto pubblico. Il Tar si è pronunciato a seguito di un ricorso dell'ANAC ex art. 211 del d.lgs. n. 50/2016, in cui è stato evidenziato - con riferimento al requisito dell'influenza pubblica dominante richiesta per la configurazione di un organismo di diritto pubblico - che “la partecipazione di un 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.; 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””.

18. Da ultimo, il Tar Campania, sede di Salerno, con la sentenza n. 1/2021, con riferimento alla società consortile, ha evidenziato l'assenza del requisito del controllo analogo congiunto da parte dei Comuni coinvolti nella prestazione dei servizi di centralizzazione delle committenze e di gestione delle procedure di gara. Il Tar ha sottolineato che “la giunta per il controllo analogo ha infatti solo un ruolo formale, che rende i soci e la giunta destinatari di mere informative, senza alcun potere di indirizzo. I soci dispongono del solo potere di nomina e revoca dell'organo amministrativo, sulla base della titolarità di un voto per ciascun socio indipendentemente dalla quota di partecipazione posseduta; l'amministrazione della società è affidata a un consiglio di amministrazione la cui composizione denota legami con i soggetti privati promotori, in quanto composto da tre membri nominati a tempo indeterminato, due dei quali scelti dall'assemblea tra i non soci e uno designato dal consorzio Asmez, consorzio costituito da società private (che ancora detengono il 30 per cento delle quote) e nel quale solo successivamente hanno acquisito partecipazioni gli enti locali?”.

19. Sul **profilo sub iii)**, ovvero la richiesta di corrispettivo da parte di ASMEL al concorrente aggiudicatario si sono parimenti pronunciati negativamente sia gli organi di giustizia amministrativa sia l'ANAC.

20. Il Consiglio di Stato, con le citate sentenze n. 6975/2020 e n. 6787/2020, ha evidenziato che ASMEL richiede illegittimamente ai concorrenti aggiudicatari in tutti i propri bandi i costi di gestione della propria piattaforma di gestione delle procedure, in violazione dell'art. 41, comma 2-bis, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui: «E' fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, i costi di gestione delle piattaforme di cui all'art. 58».

21. Parimenti il Tar Campania, sede di Salerno, con la menzionata sentenza n. 1/2021 ha ritenuto illegittima la clausola del bando che pone il corrispettivo dei servizi ausiliari in capo all'aggiudicatario, per violazione dell'art. 41, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 50/2016 e del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.

22. Il Tar salernitano ha altresì ritenuto detta clausola in contrasto con il principio di libera concorrenza di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016. Nello specifico, infatti, il TAR afferma che la clausola del bando che pone il corrispettivo dei servizi ausiliari in capo all'aggiudicatario è idonea ad incidere sulla concorrenza e sulla libera e piena capacità imprenditoriale dell'operatore economico. Infatti, l'imposizione dell'onere in questione (non previsto per legge) ha ripercussioni anche sull'offerta, in quanto *“riduce la possibilità degli stessi concorrenti di formulare la propria proposta in maniera pienamente libera, incidendo sulla capacità di elaborare una proposta tecnica ed economica che sia concretamente espressione di scelte imprenditoriali vincolate unicamente dalle esigenze tecniche della stazione appaltante, dalla base d'asta formulata e dalle convenienze dello stesso concorrente”*. In questo senso, *“il contratto ben può essere alterato dalla sopportazione immediata e certa di un costo che non è comunque qualificabile come investimento (in quanto non diretto a generare future entrate) e che può essere recuperato solo mediante ricavi di gestione di per sé futuri e incerti; ciò tende a scoraggiare la partecipazione, soprattutto laddove, come spesso accade, gli utili attesi siano particolarmente contenuti”*. Fermo restando che *“In ogni caso il meccanismo previsto nella presente procedura determina il trasferimento a carico di concorrenti del costo dei servizi di committenza ausiliari fruiti dalla Stazione appaltante che risulta unica richiedente e unica beneficiaria di tali servizi, senza che alcun vantaggio né diretto né indiretto ne derivi agli stessi concorrenti o all'aggiudicatario; il costo dei citati servizi ricade quindi su quest'ultimo senza che ne sia certa la traslazione sulla Stazione appaltante”*.

23. L'ultima delibera ANAC n. 202 del 3 marzo 2021 ha ritenuto illegittima la previsione contenuta nella documentazione di gara con la quale la stazione appaltante impone al concorrente, in caso di aggiudicazione dell'affidamento, l'obbligo di corrispondere una somma a titolo di pagamento delle attività di committenza ausiliarie, precisando che tali costi devono essere posti a carico della stazione appaltante, quale *“controprestazione dovuta dal committente pubblico all'appaltatore, per i servizi da quest'ultimo resi, e che non può essere posto a carico all'aggiudicatario di una gara, del tutto estraneo al rapporto”*.

24. In ultimo, si richiama nuovamente la decisione del Tar Salerno relativamente all'affidamento ad ASMEL consortile dei **servizi di committenza ausiliaria (profilo sub iv)**). A riguardo, il Giudice ha osservato che poiché quindi ASMEL non è qualificabile come società *in house* e, quindi, *“non svolge un'attività di centralizzazione delle committenze e non presta quindi le attività di committenza ausiliarie unitamente a questa, l'affidamento diretto di queste ultime alla citata società non può essere inquadrato nell'ambito dell'art. 39, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, bensì nell'ambito del comma 2 del medesimo articolo, con la conseguenza che l'Amministrazione avrebbe dovuto provvedere all'affidamento “mediante lo svolgimento delle procedure di cui al presente codice”*, configurandosi quale affidamento a prestatore di servizi in materia di appalti ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. s), del già citato d.lgs. n. 50/2016. Tuttavia, il Giudice ha ritenuto nel caso specifico qualificabile l'affidamento come diretto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a) del codice dei contratti pubblici, per via dell'importo inferiore a € 40.000.

Gli interventi dell'AGCM

25. L'Autorità ha ricevuto numerose comunicazioni da parte di comuni italiani, ai sensi all'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 (di seguito anche TUSPP), aventi ad oggetto delibere che dispongono l'acquisizione da parte di detti comuni di quote pulviscolari in ASMEL consortile a.r.l. (di seguito anche ASMEL), ai sensi dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 4, comma 2, lett. e), del TUSPP. Le acquisizioni sono finalizzate all'affidamento ad ASMEL delle attività e funzioni di centrale di committenza *ex* articoli 37 e 38 del d.lgs. n. 50/2016.

26. L'acquisizione di quote in ASMEL è stata più volte valutata dall'Autorità che, sulla scorta di alcune pronunce del giudice amministrativo intervenute a partire dal 2020 nell'ambito di autonomi ricorsi, ha evidenziato alcune criticità ricorrenti, con riguardo alla impossibilità per ciascun socio di esercitare in concreto su ASMEL il controllo analogo (congiunto) a quello sui propri servizi e alla prevalenza delle entrate commerciali di quest'ultima, quale corrispettivo per i servizi resi chiesti agli aggiudicatari delle procedure da essa organizzate, rispetto alle quote dei comuni soci.

27. Nonostante le modifiche allo Statuto e al Regolamento delle attività di indirizzo e controllo analogo congiunto sulla società ASMEL (di seguito anche Regolamento) apportate da quest'ultima a seguito di alcuni interventi di ANAC e dell'Autorità proprio per rafforzare l'esercizio in concreto del controllo analogo congiunto e individuale dei numerosi soci, nelle ultime comunicazioni ricevute l'Autorità ha rilevato che permangono dette criticità.

28. In particolare, come emerge anche dalla sentenza n. 461/2022, passata in giudicato, con cui il TAR Basilicata ha accolto il ricorso dell'Autorità proposto a fronte del mancato adeguamento del Comune di Lavello al proprio parere motivato (AS1790), condividendone i rilievi, ai sensi dell'art. 5, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, è necessario che venga espressamente previsto che i membri del consiglio di amministrazione siano scelti solo tra i rappresentanti delle amministrazioni, mentre l'art. 13 dello Statuto di ASMEL non prevede espressamente una simile ipotesi.

29. Inoltre, per ricevere la piena qualifica di società *in house*, dovrebbero essere esplicitati i limiti territoriali dell'attività svolta, nonché la possibilità di revoca dell'incarico di membro della giunta da parte dell'assemblea.

30. Infine – e soprattutto –, permane il fatto che la quasi totalità del fatturato di ASMEL proviene dai contributi versati dagli aggiudicatari. In base all'ultimo bilancio ASMEL, il fatturato 2021 è stato di 4.607.667 €, a titolo di “*proventi per le prestazioni di servizi*”, seguiti dalla “*emissione della fattura o ... apposita “comunicazione”*” o fattura pro-forma inviata al cliente, a fronte di “*altri ricavi e proventi*” – ovvero le quote dei soci – per soli 483.315€.

31. Detto importo somma i proventi delle acquisizioni di quote societarie, che sono sempre di valore irrisorio e che, per tale motivo, risultano anche inidonee a dimostrare la stretta necessità dell'operazione per il perseguimento del fine pubblico, non riuscendo a incidere in maniera determinante sulla gestione della società partecipata (Consiglio di Stato, sent. n. 578/2019). In ogni caso, l'evidente e insanabile sproporzione fra proventi da conferimenti degli enti pubblici e da attività puramente

commerciali compromette, anche, la stessa possibilità di ASMEL di agire unicamente per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 8072/2021) e può costituire perfino una violazione dell'oggetto sociale (art. 2 dello Statuto).

32. Al riguardo, come più ampiamente sottolineato in precedenza, proprio per tale profilo ANAC ha negato, nonostante l'approvazione da parte della stessa ANAC delle menzionate modifiche statutarie e regolamentari, l'iscrizione di ASMEL nell'Elenco "delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli Enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società *in house*" ex art. 192 d.lgs. n. 50/2016, considerando ostativa all'esercizio del controllo analogo la preponderante incidenza dei contributi privati sul fatturato complessivo e l'autonomia patrimoniale e gestionale di cui gode la società.

33. Ciò premesso, quindi, l'Autorità ravvisa in tali criticità una violazione degli articoli 5, comma 5, 38 e 39 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 2, comma 1, lett. c) e d), del TUSPP.

34. Considerata la diffusione tra gli enti locali del ricorso a tale società per l'esercizio delle funzioni di centrale di committenza, l'Autorità ha quindi deliberato di rappresentare a codesta Associazione le suddette criticità concorrenziali, affinché provveda a sensibilizzare i comuni soci nella scelta del soggetto cui rivolgersi per affidare i servizi di centrale unica di committenza. Tale intervento di sensibilizzazione può infatti evitare:

- l'insorgere di nuovo contenzioso attivato da Agcm ai sensi dell'articolo 21-*bis* della 287/90 in relazione alle future delibere di acquisizione da parte delle amministrazioni pubbliche in ASMEL. Tale contenzioso grava peraltro **sulle casse di piccoli comuni**;
- ricadute negative per i Comuni derivanti dall'annullamento delle delibere di acquisizione delle quote di ASMEL. Gli annullamenti di tali delibere generano inevitabili ritardi sulla prestazione e fornitura ai cittadini dei servizi offerti tramite la centrale di committenza. Si tratta di servizi molto complessi tra i quali si segnalano (art. 3, comma 1, lett. l), d. lgs. n. 50/2016): acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti; aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;
- l'ampliamento dell'area delle attività conferite ad ASMEL implica anche un evidente impatto negativo sotto il profilo concorrenziale, in quanto, consentendo alla medesima di svolgere attività che potrebbero essere affidate ad altre imprese operanti sul mercato, si determinano indebiti vantaggi concorrenziali a favore di ASMEL;
- infine, sempre con riguardo alle attività di *committenza ausiliaria* che molti comuni attribuiscono ad ASMEL, si rileva che l'affidamento di alcuni servizi in via diretta ad ASMEL e nel rispetto dei presupposti dell'art. 36 d. lgs. n. 50/2016, non possa in ogni caso prevedere l'erogazione di un corrispettivo da parte del

concorrente aggiudicatario per la prestazione dei servizi di committenza ausiliaria. Tale onere è idoneo ad incidere sulla concorrenza e sulla libera e piena capacità imprenditoriale degli operatori economici atteso che l'imposizione dell'onere in questione (non previsto per legge) ha invero ripercussioni anche sull'offerta, in quanto *“riduce la possibilità degli stessi concorrenti di formulare la propria proposta in maniera pienamente libera, incidendo sulla capacità di elaborare una proposta tecnica ed economica che sia concretamente espressione di scelte imprenditoriali vincolate unicamente dalle esigenze tecniche della stazione appaltante, dalla base d'asta formulata e dalle convenienze dello stesso concorrente”* (cfr. Tar Campania, sezione distaccata di Salerno, sentenza n. 1/2021).