

*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

00198 Roma 14-12-22
Piazza G. Verdi 6/a - Tel. 06 838811

Spett.le ANCI – Associazione Nazionale
Comuni Italiani
c.a. dott.ssa Veronica Nicotra, Segretario
Generale
Via dei Prefetti, 46
00186 Roma
Pec: anci@pec.anci.it

Comunicazione via PEC

Oggetto: appunto sui rischi del ricorso ad ASMEL come centrale unica di committenza *in house* ex art. 5, comma 5, lett. a), del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

L'Autorità, nella sua adunanza del 13 dicembre 2022, a seguito delle numerose comunicazioni da parte dei comuni italiani, aventi ad oggetto delibere che dispongono l'acquisizione di quote pulviscolari in ASMEL consortile a.r.l., ha deliberato di rappresentare a codesta Associazione le criticità emerse, affinché possa intervenire attraverso un'attività volta a sensibilizzare i comuni soci circa i rischi del ricorso ad ASMEL come centrale unica di committenza *in house* ex art. 5, comma 5, lett. a), del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

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, ha evidenziato alcune criticità ricorrenti, dovute sostanzialmente alla impossibilità per ciascun socio di esercitare in concreto su ASMEL il controllo analogo (congiunto), nonché 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.

Ed infatti, sotto il profilo del controllo analogo (congiunto), sebbene lo Statuto e il Regolamento di ASMEL siano stati modificati sulla base degli interventi di ANAC e dell'Autorità, le criticità suddette sembrano permanere nelle ultime comunicazioni ricevute dagli enti locali.

Nel frattempo, con sentenza n. 461/2022, passata in giudicato, il TAR Basilicata ha accolto il ricorso dell'Autorità proposto a fronte del mancato adeguamento del Comune di Lavello al proprio parere motivato, e ne ha condiviso i rilievi, vista l'impossibilità per ciascuno dei numerosissimi comuni soci di esercitare in concreto un controllo analogo congiunto che permetta ad ASMEL di operare come società

in house, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 50/2016. Comportando rilevanti deroghe al normale funzionamento delle società di capitali, il TAR ha sottolineato la necessità che vi siano le condizioni affinché i soci pubblici, nel loro insieme considerati, possano esercitare "un'influenza determinante e un controllo effettivo sulla gestione dell'ente partecipato, attraverso poteri di interferenza e condizionamento penetranti sul complesso delle funzioni direttive e gestionali, in grado di conformare l'azione della persona giuridica controllata agli interessi pubblici di cui il singolo Ente Pubblico partecipante è portatore".

Inoltre, sotto differente ma collegato profilo, l'evidente e insanabile sproporzione fra proventi da conferimenti degli enti pubblici e da attività puramente commerciali compromette la possibilità di ASMEL di agire unicamente per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale (cfr. Consiglio di Stato 6 Dicembre 2021 n. 8072) e può costituire perfino una violazione dell'oggetto sociale (art. 2 dello Statuto). Al riguardo, infatti, giova evidenziare come la stessa ANAC, nonostante l'approvazione delle menzionate modifiche statutarie e regolamentari, condividendo i rilievi del giudice amministrativo, abbia negato 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.

In più occasioni con pareri motivati ex art. 21-bis, l'Autorità, anche a fronte delle modifiche allo Statuto e al Regolamento assunte da ASMEL a fine 2021, ha rilevato che non risultavano pienamente integrati i requisiti per operare come centrale di committenza *in house* ex art. 5, comma 5, lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto: *i*) lo statuto ASMEL non prevedeva espressamente che i membri del CdA venissero scelti soltanto tra i rappresentanti dei soci pubblici (art. 13); *ii*) non erano stati esplicitati i limiti territoriali dell'attività svolta; *iii*) non era stata prevista la possibilità di revocare il mandato di membro della giunta per il controllo analogo da parte dell'assemblea dei soci. Inoltre, è stato ribadito che ASMEL, in caso di affidamento diretto ex art. 36 D.Lgs. n. 50/2016, non può richiedere contributi agli aggiudicatari.

Si osserva, dunque, che al momento non risultano ancora pienamente rispettati i requisiti per l'esercizio dell'attività di centrale di committenza quale soggetto *in house*.

Ciò premesso, quindi, l'Autorità ravvisa in tali problematiche 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.

Si chiede, pertanto, nello spirito di massima collaborazione che da sempre contraddistingue i rapporti con l'Autorità, di contribuire a sensibilizzare i comuni sulle criticità che un ricorso ad ASMEL quale centrale di committenza può comportare.

Si allega, a tal fine, un sintetico contributo sulle questioni in oggetto.

Il Capo di Gabinetto

Maria Trucillo