

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1846 - COMUNE DI BOLLENGO (TO) - ACQUISTO QUOTE SOCIETARIE CENTRALE DI COMMITTENZA ASMEL CONSORTILE

Roma, 27 aprile 2022

Comune di Bollengo

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 20 aprile 2022, ha deliberato di esprimere un parere, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, relativamente alla delibera del Consiglio comunale n. 4 del 3 febbraio 2022, avente ad oggetto "*Acquisto quote societarie della società centrale di committenza "Asmel consortile s.c. a r.l. ai sensi dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) e dell'art. 4, comma 2, lett. e) del d.lgs. n. 175/2016 (TUSP)*", trasmessa all'Autorità in data 14 marzo 2022, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 (Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica – TUSPP).

Con tale deliberazione il Comune ha deciso di aderire ad Asmel consortile s.c. a r.l. (d'ora in avanti anche solo "Asmel") attraverso l'acquisto di una quota di partecipazione societaria pari ad € 316,20. Le ragioni della partecipazione sono "*legate essenzialmente alla necessità di aggiudicare gli appalti finanziati con fondi P.N.R.R., nei tempi e con le procedure previste dalla legge*".

Nell'adozione di tale provvedimento, il Comune ha altresì preso atto che Asmel consortile opera secondo il modello dell'*in house providing* nei confronti degli enti locali soci.

Nella deliberazione, *inter alia*, si rappresenta che: *i)* Asmel risponde alla previsione di cui all'art. 9, comma 2, del d.l. n. 77/2021 ("*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*"), come convertito in l. n. 108/2021; *ii)* Asmel è costituita quale centrale di committenza ai sensi dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici, d'ora in avanti anche CCP) nel rispetto delle disposizioni dell'art. 4, comma 2, lett. e) del TUSPP; *iii)* ai sensi dell'art. 52, comma 1.2, del citato d.l. n. 77/2021 è previsto l'obbligatorio ricorso alle centrali di committenza per gare rientranti in tutto o in parte nel PNRR indette da Comuni non capoluogo di Provincia.

Conseguentemente, il Comune ha approvato lo Statuto di Asmel e il "*Regolamento delle attività di indirizzo e controllo analogo congiunto sulla società Asmel consortile s.c.a r.l.*", quali parti integranti e sostanziali della stessa deliberazione.

Asmel consortile è una società partecipata da più di 800 soci, tra cui centinaia di enti pubblici detenenti irrisorie quote di poche centinaia di euro (per lo più Comuni, qualche azienda pubblica e alcune Unioni montane e di comuni), nonché le società Asmenet soc. cons. a r.l. e Asmenet Calabria soc. cons. a r.l., a loro volta partecipate da centinaia di enti pubblici. L'oggetto sociale di Asmel consortile, ai sensi dell'art. 2 del relativo Statuto societario, consiste nell'esercizio su tutto il territorio nazionale delle attività e funzioni di centrale di committenza ex articoli 37 e 38 CCP.

Si richiama, in particolare, l'art. 37, comma 4, CCP, là dove prevede che se la stazione appaltante è un Comune non capoluogo di provincia, come nel caso di specie, 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. L'art. 3 comma 1, lett. i), CCP, quindi, 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”*.

Pertanto, l'attività di centrale di committenza può essere svolta, oltre che da soggetti pubblici, anche da soggetti privati, ricorrendo tuttavia i presupposti per l'affidamento *in house*.

Come noto, per il ricorso all'*in house providing* - ai sensi dell'art. 5 CCP - è necessaria la contestuale sussistenza dei requisiti della partecipazione pubblica, dell'attività prevalente e del controllo analogo a quello che l'ente esercita nei confronti delle proprie articolazioni amministrative.

Inoltre, il comma 5 del citato articolo 5 CCP dispone che il controllo analogo congiunto è esercitato da un'amministrazione quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti¹.

L'Autorità è già intervenuta, nell'ambito dei propri poteri ex art. 21-bis della l. n. 287/1990, relativamente allo svolgimento dell'attività di centrale di committenza da parte di Asmel quale società *in house*², esprimendo delle osservazioni di carattere concorrenziale riguardo ad alcune delle previsioni contenute nello Statuto societario e nel *“Regolamento delle attività di indirizzo e controllo analogo congiunto sulla società Asmel consortile s.c. a r.l.”*.

¹ Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. d) del TUSPP il controllo analogo congiunto è *“la situazione in cui l'amministrazione esercita con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”*, laddove ricorrono le condizioni di cui al citato art. 5, comma 5. La lettera c), del d.lgs. n. 50/2016, a sua volta, qualifica il controllo analogo come *“la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante”*.

² Cfr. AS1790, COMUNE DI LAVELLO (PZ) - ACQUISTO QUOTE SOCIETARIE DELLA SOCIETA' ASMEL CONSORTILE, Bollettino AGCM n. 39/2021. Preso atto del mancato adeguamento della città di Lavello a tale parere, l'Autorità, nella propria riunione del 31 agosto 2021, ha disposto di impugnare dinanzi al Tar per la Basilicata la Deliberazione del consiglio comunale della Città di Lavello n. 51 del 29 dicembre 2020, *“Adempimenti ai sensi dell'articolo 37, comma 4, del d.lgs. 18.04.2016 n. 50 – Acquisto quote societarie della società Asmel consortile s.c. a r.l. per adesione alla centrale di committenza in house”*.

Al riguardo, si osserva che codesto Comune ha approvato lo Statuto e il Regolamento, come da ultimo modificati ed approvati il 6 dicembre 2021 dall'assemblea dei soci di Asmel. Tuttavia, ancora persistono delle criticità concorrenziali ai fini della sussistenza del requisito del controllo analogo congiunto, presupposto indefettibile per la qualificazione di una società *in house*.

In particolare, nonostante le modifiche apportate incidano positivamente sulle condizioni necessarie per l'esercizio del controllo analogo congiunto rispetto a quanto previsto nelle precedenti versioni di detti societari già oggetto di intervento dell'Autorità, si osserva che ancora non risultano pienamente integrati i requisiti per l'esercizio dell'attività di centrale di committenza quale soggetto *in house*.

Infatti, ai sensi dell'art. 5, comma 5, lett. a) del CCP, 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 consortile non prevede espressamente una simile ipotesi³; inoltre, ai fini della qualificazione come società *in house*, occorre che vengano anche esplicitati i limiti territoriali dell'attività svolta, nonché la possibilità di revoca dell'incarico di membro della giunta da parte dell'assemblea.

Ciò posto, con tale deliberazione, codesto Comune ha inteso aderire ad Asmel all'espresso scopo di avvalersi di tale società per l'aggiudicazione degli appalti finanziati con fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in avanti "PNRR") nelle vesti di centrale di committenza, considerato che il comma 1.2 dell'art. 52 del d.l. n. 77/2021 (come convertito in l. n. 108/2021) che ha modificato l'art. 1 del d.l. n. 32/2019, come convertito in l. n. 55/2019, ha previsto l'obbligatorio ricorso alle centrali di committenza *ex art. 37 cit.* (o attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia) per le procedure rientranti nel PNRR e nel Piano Nazionale Complementare (PNC).

La permanenza delle criticità riguardo alla sussistenza dei requisiti necessari per la qualificazione come società *in house*, esclude la possibilità di avvalersi di Asmel come centrale di committenza anche allo scopo di gestire le procedure di aggiudicazione relative agli investimenti derivanti dai fondi PNRR e PNC.

Parimenti, per lo stesso motivo, non si ritiene che sia possibile ricorrere ad Asmel ai fini di un supporto tecnico-operativo per il PNRR, posto che il comma 1 dell'art. 10 del d.l. n. 77/2021 *cit.* dispone che: *"Per sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027, le amministrazioni interessate, mediante apposite convenzioni, possono avvalersi del supporto tecnico-operativo di società in house qualificate ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"*.

Inoltre, ai sensi del successivo comma 4 dell'articolo 10 del d.l. n. 77/2021, la qualifica di società *in house* è richiesta anche per le società che - per il tramite delle Amministrazioni centrali dello Stato - prestino agli enti locali il supporto tecnico-operativo per la promozione e la realizzazione di progetti di sviluppo territoriale finanziati da fondi europei e nazionali, fermo restando che ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del d.l. n. 77/2021, possono richiedere il supporto tecnico-operativo per il

³ Infatti, la nuova versione dell'art. 13 dello Statuto di Asmel consortile ("Amministrazione, controllo congiunto e rappresentanza") ora dispone che *"l'amministrazione della società è affidata ad un consiglio di amministrazione, composto da tre membri. Il Consiglio di Amministrazione dura in carica cinque anni."*

PNRR da società a prevalente partecipazione pubblica per assicurare l'efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR.

Da ultimo, si osserva che, laddove il Comune intenda affidare detti servizi ad Asmel consortile in via diretta e nel rispetto dei presupposti dell'art. 36 CCP, non possa essere richiesta l'erogazione di un corrispettivo da parte del concorrente aggiudicatario per la prestazione dei servizi di committenza, poiché quest'onere si ripercuote 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”* (Tar Campania, sezione staccata di Salerno, sentenza n. 1/2021).

Sul tema, anche il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3538 del 6 maggio 2021, ha ritenuto illegittima la previsione di siffatto onere tra le clausole dei bandi di gara predisposti da Asmel *“non tanto, o non solo, perché contrasta con l'art. 41, comma 2 – bis) del codice dei contratti pubblici, [...] ma specialmente perché comporta effettivamente l'imposizione di una prestazione a carico del privato in assenza di previa disposizione di legge, come richiesto dall'art. 23 Cost.”*⁴.

Si consideri, poi, che l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la recente delibera n. 130 del 16 marzo 2022, ha accertato che l'incidenza dei corrispettivi richiesti agli aggiudicatari da parte di Asmel negli anni 2018, 2019, 2020 e 2021 assorbiva la quasi totalità del fatturato di Asmel, facendo così venir meno il presupposto dell'attività prevalente, inteso come svolgimento di almeno l'80% del fatturato in favore degli enti pubblici soci, come previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e dagli art. 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016, nonché depotenziando il controllo analogo congiunto svolto dagli enti pubblici aderenti al punto da fare emergere la mancanza di un'effettiva capacità di indirizzo sull'attività della società da parte degli innumerevoli soci.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si ritiene che la Deliberazione del Consiglio Comunale di Bollengo n. 4 del 3 febbraio 2022 viola gli articoli l'art. 5, comma 5, 38 e 39 del CCP, nonché l'art. 2, comma 1, lett. c) e d) del TUSPP e gli articoli 10 e 52 del d.l. n. 77/2021, come convertito in l. n. 108/2021.

⁴ Sul punto si richiama anche la sentenza n. 8072 del 6 dicembre 2021 del Consiglio di Stato nella parte in cui ha negato in capo ad Asmel anche 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.”*.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/90, codesta Amministrazione dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative dovessero risultare non conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Comunicato in merito all'adeguamento del Comune di Bollengo (Torino) al parere motivato espresso dall'Autorità ex art. 21-bis della legge n. 287/1990 in merito all'acquisizione di una quota del capitale della società ASMEL Consortile a r.l.

Nella propria riunione del 20 aprile 2022, l'Autorità ha deliberato di inviare un parere motivato ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, pubblicato sopra la presente comunicazione, in merito alla Deliberazione del Consiglio comunale di Bollengo n. 4 del 3 febbraio 2022, avente ad oggetto "Acquisto quote societarie della società centrale di committenza "Asmel consortile s.c. a r.l. ai sensi dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) e dell'art. 4, comma 2, lett. e) del d.lgs. n. 175/2016 (TUSP)" (di seguito anche Deliberazione n. 4/2022 e ASMEL). In particolare, il parere ha evidenziato che l'acquisizione da parte del Comune di una quota di partecipazione societaria (pari a € 316,20) in ASMEL, quale centrale di committenza ai sensi degli artt. 37 e 38 del Codice dei contratti pubblici (di seguito anche d.lgs. n. 50/2016 o Codice), nonostante alcune modifiche nel frattempo apportate allo statuto di ASMEL e al Regolamento sul controllo analogo, non fosse accompagnata da elementi idonei a eliminare definitivamente la richiesta di corrispettivi all'aggiudicatario per i servizi di centrale unica svolti in favore degli enti soci e, soprattutto, ad assicurare il concreto esercizio del controllo analogo congiunto, ai sensi dell'art. 5, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016. Infatti, mancava ancora l'espressa previsione che i membri del consiglio di amministrazione fossero composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni socie, nonché ai fini in generale della qualificazione come *in house*, l'indicazione dei limiti territoriali dell'attività svolta e la possibilità che l'Assemblea possa revocare l'incarico di membro della giunta.

Nel parere motivato trasmesso lo scorso 27 aprile al Comune di Bollengo, l'Autorità ha, quindi, rilevato che la Deliberazione n. 4/2022 fosse lesiva della concorrenza, per violazione degli artt. 5, comma 5, 38 e 39 del Codice, nonché dell'art. 2, comma 1, lett. c) e d), del TUSPP e degli artt. 10 e 52 del d.l. n. 77/2021, come convertito in l. n. 108/2021.

Il 24 giugno 2022, il Comune in parola ha comunicato la propria decisione di avvalersi quale centrale di committenza dell'Unione dei Comuni denominata "Comunità Collinare della Serra" (di seguito l'Unione), dalla stessa costituita nel 2011 con i Comuni limitrofi di Albiano d'Ivrea, Burolo e Chiaverano. Il Comune di Bollengo ha trasmesso copia della Delibera della Giunta Collinare n. 14 del 24 giugno 2022 con cui, su richiesta del Comune medesimo, sono state aggiornate le modalità operative dell'Unione in modo da adeguarle alle varie modifiche intervenute al Codice dei Contratti Pubblici e a quanto richiesto per la gestione dei finanziamenti del PNRR.

Preso atto del sostanziale adeguamento dell'Amministrazione al parere motivato dello scorso 20 aprile 2022 ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 5 luglio 2022, ha quindi disposto di non proporre ricorso contro la menzionata Delibera n. 4/2022.
