



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Deliberazione n. 32 del 30 aprile 2015

Fascicolo 412/2014

Oggetto: istruttoria su Asmel Consortile società consortile a.r.l. come centrale di committenza degli enti locali aderenti.

Esponente: ANACAP, ANCE, Osservatorio Regionale del Piemonte, Confindustria di Cuneo

Stazione appaltante, centrale di committenza: Asmel consortile s.c.a r.l.

Riferimenti normativi: art. 33 comma 3-bis d. lgs. n. 163/06; art. 9 d. l. n. 66/2014

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 aprile 2015;

visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

vista la relazione finale dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture.

Considerato in fatto

Sono pervenuti a questa Autorità numerosi esposti concernenti le attività svolte da Asmel Consortile s.c.a.r.l. come centrale di committenza degli enti locali aderenti. In particolare, un primo esposto assunto al n. 44713 del protocollo dell'Autorità in data 13 maggio 2013, è stato presentato da dall'Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate Enti locali (ANACAP), per contestare la legittimità della gara bandita, ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. n. 163/2006, per l'affidamento in concessione delle attività di accertamento dei tributi Ici/Imu, Tarsu-Tia/Tares e per la riscossione coattiva dei tributi e delle altre entrate locali, da prestare a favore delle amministrazioni socie di Asmel.

Nell'adunanza del 6 novembre 2013, il Consiglio ha disposto l'avvio di un'istruttoria nei riguardi della società consortile Asmel, con l'incarico di svolgere anche una visita ispettiva presso la sede della predetta società, al fine di acquisire tutti gli elementi per identificare la natura giuridica dei soggetti partecipanti alla iniziativa, le attività svolte, le modalità con cui vengono svolte le gare per conto degli enti locali ed i corrispettivi percepiti per tale attività.

In data 27 febbraio 2014, presso la sede legale della società si sono svolte le attività ispettive, nel corso delle quali sono state acquisite informazioni non solo riguardo ad Asmel s.c.a.r.l. – costituita in data 23 gennaio 2013 - ma anche riguardo ai due soci, Consorzio Asmez ed Associazione Asmel che insieme al Comune di Caggiano detenevano la totalità delle quote societarie e che già in precedenza hanno espletato le medesime attività per gli enti locali aderenti.

In considerazione di quanto emerso nel corso dell'ispezione, sono stati richiesti alla società ulteriori chiarimenti corredati di idonea documentazione probatoria.

Con nota acquisita dal protocollo dell'Autorità al n. 35651 in data 20 marzo 2014, l'Asmel Consortile ha trasmesso gli atti e la documentazione richiesta.

Risultanze istruttorie

1) Per una più completa ricostruzione cronologica delle vicende associative, dalla documentazione in atti, si ricava che il Consorzio Asmez è stato costituito esclusivamente da imprese private a Napoli il 25 marzo 1994. Dalla nota di riscontro si desume, però, che 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.

Dal confronto con gli operatori del settore e gli amministratori locali 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. L'ideazione dell'iniziativa fu presentata dal Consorzio Asmez e da ANCI Campania, nel corso di un Convegno che si è tenuto a Fisciano il 12 gennaio 1996. In quella occasione venne presentata la proposta ai Comuni di aderire al Consorzio già costituito ai sensi degli artt. 2602 e ss. del codice civile, piuttosto che costituire un consorzio ai sensi della normativa sugli enti locali (al tempo era vigente l'art. 25 della l. n. 142/1990 recante "ordinamento delle autonomie locali"). Nella predetta nota si prospetta come l'istituto del consorzio tra enti locali avesse già al tempo evidenziato dei limiti; per questo, la proposta prevedeva che, con la progressiva acquisizione di quote da parte degli enti locali, la partecipazione dei privati si sarebbe ridotta fino al 30%. Infatti, alla data del 1° marzo 1996, la maggioranza delle quote del Consorzio era già detenuta dai primi sei enti locali aderenti.

Per acquisire la qualità di consorziato si prevede di richiedere un contributo di importo proporzionato al numero di abitanti¹: i contributi ed i beni acquisiti con essi costituiscono il fondo consortile (art. 2614 c.c.). Mediante la forma organizzativa appena descritta gli enti locali aderenti e gli operatori privati hanno ritenuto di garantire ai Consorziati pubblici *«le scelte fondamentali nella vita associativa, delegando al privato la gestione operativa, con il presupposto che fosse capace di garantire efficacia ed efficienza»*.

Nella nota sono state evidenziate anche le difficoltà iniziali rappresentate dagli interrogativi circa la legittimità dell'iniziativa, nonché le resistenze opposte dagli Enti sovraordinati. Il riferimento è ad alcune decisioni del Co.re.co. di Avellino² di annullamento delle delibere comunali di adesione al Consorzio. Secondo quanto prospettato nella nota, su ricorso presentato dal Consorzio, il Tar Campania avrebbe, invece, riconosciuto la legittimità delle adesioni³.

Con il recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti nella normativa italiana ed, in particolare, con la codificazione della nozione di organismo di diritto pubblico, si è ritenuto superato ogni dubbio circa la legittimità dell'attività svolta dal Consorzio Asmez.

¹ Per i Comuni fino a 5.000 abitanti la quota è di € 516,46; per quelli da 5.001 a 10.000 abitanti la quota è di € 1032,91; per quelli da 10.001 a 20.000 abitanti la quota è di € 2065,83; per quelli con oltre 20.000 abitanti la quota è di € 3098,74; infine, per gli altri Enti (Comunità Montane, Unioni di Comuni, ecc.) la quota è di € 3098,74.

² I comitati regionali di controllo, prima della riforma del titolo V della Costituzione erano deputati al controllo di legittimità degli atti di province e comuni.

³ Dal sito internet della giustizia amministrativa, è stato possibile rinvenire solo il decreto con il quale il ricorso al quale è fatto cenno nella nota è stato dichiarato perento; non sono state invece rinvenute pronunce nel merito della questione.

Infatti, in seguito alla conclusione del procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica - non prevista per i Consorzi con attività interna costituiti ai sensi del codice civile – attraverso l'iscrizione nel registro previsto dall'art. 4 del d.p.r. n. 361/2000 - il Consorzio avrebbe conseguito tutti i requisiti indicati dalla legge per essere ricondotto nell'ambito della predetta categoria. Infatti, come sostenuto in una parere *pro-veritate* formulato in data 3 maggio 2011 - su richiesta dello stesso Consorzio - oltre ad avere una partecipazione pubblica maggioritaria, Asmez sarebbe «*un ente istituito per soddisfare esigenze di interesse generale a carattere non commerciale*»; in particolare, il Consorzio si propone di «*fornire partners privati ai Comuni per far loro conseguire un innalzamento delle capacità di gestione informatica dei dati attività che per essi non ha natura né industriale né commerciale, bensì serve a porre il disimpegno di un servizio pubblico su un piano di maggiore qualificazione*».

Nel tempo, poi, 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 dal “passa parola” dei Segretari Comunali operanti contemporaneamente in più enti locali di modeste dimensioni. Nel 2002, vi fu la possibilità di partecipare ad un progetto nazionale per la digitalizzazione che prevedeva l'erogazione di fondi governativi per incentivare la creazione di CST (Centri Servizi Territoriali); a tal fine, i Comuni calabresi aderenti al Consorzio Asmez scelsero la formula della società consortile senza fini di lucro e venne istituita Asmenet Calabria, società consortile a r.l., che come l'omologa Asmenet Campania rappresenterebbe uno dei pochi CST in Italia che, anche dopo la fase di start up finanziata con fondi regionali e nazionali, proseguono la loro attività. Infatti, in seguito Asmenet Calabria partecipò anche alla procedura, avviata dalla Regione Calabria mediante pubblicazione di avviso, per l'assegnazione alle associazioni di piccoli Comuni dei finanziamenti destinati per i CST.

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 c.c., unitamente all'ANPCI. L'ANPCI, a sua volta, è l'Associazione nazionale Piccoli comuni, nata nel 1996 su iniziativa appunto 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.

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., con un capitale sociale versato di euro 10.000,00 e con la finalità di svolgere funzioni di centrale di committenza.

Come già riferito nel corso della visita ispettiva, i soci sono:

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

Al fine di definire la natura giuridica di Asmel consortile, quest'ultima rinvia ad un parere legale reso sempre su richiesta della stessa società in seguito alle contestazioni formulate dall'ANACAP riguardo al caso prima ricordato nel quale sono state effettivamente espletate le funzioni di centrale di committenza ed è stata bandita una gara per la sottoscrizione di convenzioni aperte alla successiva adesione dei Comuni consorziati⁴. In base alla ricostruzione seguita nel parere, 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*».

Infatti, ai sensi dell'art. 3 del codice dei contratti la centrale di committenza è un'amministrazione

⁴ Si tratta della "Procedura per la stipula di una o più convenzioni quadro per l'affidamento in concessione dei servizi di accertamento dei tributi icip/imu e tarsu-tia/tares e riscossione coattiva delle entrate degli enti soci ASMEL".

aggiudicatrice che acquista forniture o servizi per altre amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori o aggiudica appalti o conclude accordi quadro destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori. Nella definizione di amministrazione aggiudicatrice lo stesso art. 3 del codice dei contratti include anche gli organismi di diritto pubblico, quale è appunto Asmel. Sempre in base al parere *de quo*, poichè la società consortile «*non è mai stata configurata come società in house bensì è sempre stata voluta e costruita come centrale di committenza*», del tutto inconferenti sarebbero i rilievi mossi dall'ANACAP riguardo all'insussistenza in capo ad ASMEL del requisito c.d. del “controllo analogo”.

2) Con riferimento all'attività sin ora svolta da Asmel, è stata predisposta una breve relazione riguardo all'unica procedura per la stipula di convenzioni quadro avviata dalla società, che come già evidenziato ha avuto ad oggetto l'affidamento in concessione dei servizi di accertamento dei tributi icipali/imu e tarsu-tia/tares e riscossione coattiva delle entrate”. Al riguardo, si rappresenta che la gara è stata avviata in data 11 aprile 2013. Infatti, in considerazione della scadenza del 30 giugno 2013 (poi prorogata a dicembre 2013 ed ancora al 31.12.2014) - data oltre la quale non sarebbe stato più possibile servirsi di Equitalia per le attività di accertamento e riscossione delle entrate - l'Asmel avrebbe ricevuto diverse richieste in tal senso, da parte della base associativa. 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 - secondo l'Asmel – tale circostanza sarebbe da correlare proprio all'inoltro da parte di ANACAP dell'esposto pervenuto anche a questa Autorità. All'esito della procedura sono state sottoscritte 3 convenzioni⁵, 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 euro⁶; ad oggi, gli ordinativi inviati dagli enti locali consorziati sono 18.

Le ulteriori 152 procedure espletate da Asmel consortile a r.l. sono, invece, finalizzate all'aggiudicazione, mediante gara telematica, di appalti per singoli comuni richiedenti; in queste procedure Asmel ha messo a disposizione la propria piattaforma informatica ed ha fornito un supporto operativo. L'elenco pervenuto comprende gare per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture di valore sia superiore che inferiore alle soglie comunitarie; l'importo complessivo delle 152 gare elencate - avviate nel periodo compreso tra maggio 2013 e febbraio 2014 – è di circa € 39.200.000, mentre l'importo totale delle gare già aggiudicate alla data del 19.03.2014 è di circa € 18.000.000. Gli enti che si sono rivolti ad Asmel per le proprie gare d'appalto sono per lo più comuni con popolazione inferiore a 5000 abitanti della regione Campania, ma l'adesione si è registrata anche in diverse altre regioni (Piemonte, Umbria, Basilicata, Toscana, Sardegna, Veneto e Sicilia).

3) Oltre all'elenco completo delle gare espletate per i singoli enti, l'Asmel ha fornito la documentazione di alcune di esse, scelte a campione nel corso dell'ispezione.

In tutti i casi, si è verificato che nella delibera a contrarre l'ente, dato atto della precedente delibera di adesione all'Asmel e di quella con la quale è stato approvato l'“accordo consortile ai sensi e per gli effetti dell'art. 33 comma 3-bis del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e ss.mm.ii.”, ha assegnato

⁵ L'art. 5 del disciplinare di gara prevedeva, infatti, che avrebbero potuto “determinarsi fino ad un massimo di 8 aggiudicatari, se presenti in graduatoria e se disposti ad adeguare la propria offerta economica a quella offerta dal primo classificato”.

⁶ Il disciplinare prevedeva che la suddivisione in percentuale del valore complessivo della concessione fissato in Euro 150.000.000,00 (centocinquantamiliardi/00) oltre IVA, sarebbe stato diviso in caso di tre 3 aggiudicatari secondo le seguenti percentuali: 45%, 30% e 25%.

all'Asmel le attività inerenti la procedura di indizione della gara sulla piattaforma telematica. Nella stessa determinazione si precisa, altresì, che il corrispettivo per i servizi prestati dalla piattaforma telematica quantificati nell'1,5% dell'importo di aggiudicazione sarebbero stati a carico dell'aggiudicatario.

Per le attività concernenti la pubblicazione del bando, sulla G.U.R.I. e sulla G.U.E.E, i comuni delegano l'Asmel, mentre nei disciplinari di gara, si prevede che per partecipare alla procedura è necessario abilitarsi presso la piattaforma telematica ed effettuare l'invio dell'offerta in via telematica; anche le eventuali richieste di chiarimenti possono essere inviate con le medesime modalità. Unitamente all'offerta, i partecipanti alla procedura sono chiamati a presentare un atto unilaterale d'obbligo ai sensi dell'art. 1334 c.c. con il quale si impegnano "nei confronti di Asmel Consortile S.c. a r.l., con sede legale in via del Colosseo, 1 - Roma, Centrale di Committenza per l'indizione della presente procedura di aggiudicazione a corrispondere, a seguito dell'aggiudicazione, contestualmente alla sottoscrizione del contratto con la Stazione Appaltante, il corrispettivo del servizio per le attività di gara fornite dalla Centrale e per l'uso della piattaforma "Asmecom", nella misura dell'1,5% dell'importo aggiudicato, come meglio specificato nel Disciplinare di Gara".

4) 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 aderire⁷; si tratta di

⁷ Si tratta delle seguenti procedure: **1)** 0144478B01 Procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., per la stipula di una convenzione (contratto quadro) per l'erogazione del servizio di telefonia fissa nonché dei servizi correlati ed accessori in favore degli Enti aderenti al Consorzio Asmez, importo € 33.000.000, data acquisizione 28/03/08; **2)** 018669733C (LOTTO A) Dispositivi per il controllo elettronico della velocità, regolarmente omologati dal competente Ministero secondo la normativa italiana, di tipo mobile, auto montabile, corrispondente alle caratteristiche tecniche di cui all'art. 201 C.d.S. comma 1 bis, lettera e) nonché ai requisiti di cui all'articolo 4 del decreto-legge 20 giugno 2002, n. 121, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° agosto 2002, n. 168, e successive modificazioni., importo € 1.500.000, data acquisizione 22/07/08; **3)** 018670275B (LOTTO B) Dispositivi per il controllo elettronico della velocità istantanea, regolarmente omologati dal competente Ministero secondo la normativa italiana, per l'utilizzo in automatico e senza la presenza dell'Organo accertatore, corrispondente alle caratteristiche tecniche di cui all'articolo 4 del decreto-legge 20 giugno 2002, n. 121, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° agosto 2002, n. 168, e successive modificazioni, da utilizzarsi in impianti fissi stradali di rilevazione, importo € 3.900.000, data acquisizione 22/07/08; **4)** 01867162EA (LOTTO C) Dispositivi digitali per il controllo elettronico delle violazioni al segnale rosso semaforico in corrispondenza di intersezioni stradali (art. 146, comma 3 C.d.S.), regolarmente omologati dal competente Ministero, secondo la normativa italiana, ai sensi dell'art. 201, comma 1-ter del D. Lgs 30/4/92, n.285, e s.m.i., che richiama, tra le altre, la lettera b) del comma 1-bis del citato articolo 201, importo € 1.680.000, data acquisizione 22/07/08; **5)** 01867563EC (LOTTO D) Servizi di consulenza ed assistenza tecnica relativi all'acquisto, installazione ed utilizzo da parte delle Amministrazioni contraenti degli strumenti elettronici di rilevamento delle violazioni al codice stradale; organizzazione della manutenzione ordinaria programmata degli strumenti secondo le previsioni regolamentari; coordinamento con le case costruttrici per preventivi di riparazione in caso di danni o guasti, di controllo e taratura; fornitura materiali fotografici e di consumo; verifiche dell'influenza della strumentazione elettronica sulla sicurezza stradale ed efficacia sul miglioramento della circolazione; misurazione dei flussi di traffico, individuazione puntuale dell'85° percentile. Servizio in "full outsourcing" di tutte le attività amministrative e gestionali relative ai procedimenti sanzionatori derivanti e conseguenti da violazioni alle norme sulla circolazione stradale accertate mediante i dispositivi elettronici di rilevamento delle violazioni, importo € 17.200.000, data acquisizione 22/07/2008; **6)** 0186760738 (LOTTOE) servizio in outsourcing di gestione del procedimento sanzionatorio delle violazioni delle norme del codice della strada diverse da quelle accertate e derivanti dall'utilizzo dei dispositivi elettronici di rilevamento, importo € 9.600.000, data acquisizione 22/07/08; **7)** 018676180B (LOTTOF) servizio in outsourcing per la gestione delle sanzioni amministrative emesse per infrazioni al codice della strada accertate a carico di autoveicoli con targa estera o nei confronti di cittadini stranieri residenti all'estero importo € 3.675.000, data acquisizione 22/07/08; **7)** 0359733D0C servizi di assistenza tecnica al cms delle amministrazioni di cui all'allegato "a", importo € 320.000, data acquisizione 07/08/09; **8)** 0359734DDF assistenza tecnica per la configurazione, installazione e collaudo di n 250 sistemi cosiddetti small form factor (sff), importo € 330.000, data acquisizione 07/08/09; **8)** 0359735EB2 assistenza tecnica per la realizzazione di un sistema voip, € 180.000, data acquisizione 7.8.2009; **9)** 048520215B procedura aperta per la stipula di una convenzione per il servizio di brokeraggio assicurativo nonché dei servizi correlati e accessori importo € 2.000.000 data acquisizione 18/05/10; **10)** 0523744F34 l'appalto ha per oggetto la fornitura di servizi di assistenza tecnica e consulenziale, per l'attuazione del progetto "centro servizi territoriale" che prevede la realizzazione di sistemi informativi gis-oriented, per i comuni di cui all'elenco in allegato al capitolato importo € 280.000, data acquisizione 30/07/10; **11)** 5518541C16 procedura aperta per la fornitura di una piattaforma di e-procurement e servizi connessi importo € 420.000, data acquisizione

undici procedure per un importo complessivo di oltre 74 milioni di euro.

5) Con riferimento alle strutture operative della società e delle sue associate, è stato evidenziato che la sede operativa di Asmel consortile è a Napoli presso il Centro Direzionale. Inoltre, la società dispone degli uffici e delle risorse del Consorzio Asmez che, a sua volta, ha la propria sede presso il Centro Direzionale; infine, nella nota di riscontro sono stati elencati diversi Comuni presso i quali la società dispone di locali, senza indicare a quale titolo. La società ha alle proprie dipendenze due addetti assunti nel 2013 ed inoltre si avvale delle prestazioni di due consulenti; al contempo, la società ricorre al supporto degli amministratori del Consorzio Asmez.

Il socio Consorzio Asmez ha tre dipendenti e si avvale di altri quattro dipendenti delle società private consorziate.

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 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.

Comunicazione delle risultanze istruttorie e controdeduzioni di Asmel

Nella comunicazione delle risultanze istruttorie (nota prot. n. 82205 del 21 luglio 2014) è stato 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; oltretutto, dalle risultanze istruttorie - alle quali deve necessariamente rinviarsi per una più dettagliata descrizione delle complesse vicende associative che hanno avuto inizio nel 1996 - emerge, che la partecipazione nell'associazione Asmel e nel Consorzio Asmez delle società private ha consentito a queste ultime di svolgere un ruolo determinante nella promozione e nella gestione del sistema;

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 acquisita al n. 101803 del protocollo in data 22 settembre 2014.

In sintesi, nella memoria la società ha invocato 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, con il d. l. n. 66/2014, dall'art. 33 del codice dei contratti è 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 da questa Autorità - come definiti nel d.p.c.m. in corso di approvazione - 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.

Da ultimo, 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:

- le nuove disposizioni della direttiva comunitaria 24/2014/UE, anche alla luce di quanto previsto dal considerando 33, imporrebbero di concludere che la centrale di committenza può anche essere un organismo di diritto pubblico e, dunque, un soggetto che comprende nella propria compagine una partecipazione privata minoritaria;

- 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; inoltre, l'elencazione degli strumenti giuridici utilizzabili dagli enti locali per l'aggregazione della domanda non sarebbe tassativa. A sostegno di questa tesi, si fa riferimento anche alla circostanza che il legislatore ha fissato un numero complessivo di soggetti aggregatori (35), con ciò confermando il principio della pluralità dei soggetti aggregatori;

- in ragione della partecipazione pubblica maggioritaria, della natura dei servizi prestati e dell'utilizzo di uno schema societario che prevede finalità non lucrative e scopo cooperativo, l'Asmel s.c. a r.l. possiede i requisiti propri di un organismo di diritto pubblico;

- quanto alle modalità di affidamento delle attività di acquisto da parte degli enti locali, il parere pone la questione se l'unico strumento sia quello di cui all'art. 30 del T.U. enti locali; al riguardo, si conclude che con la formula dell'accordo consortile di cui all'art. 33 comma 3-bis del Codice dei contratti, il legislatore avrebbe inteso riferirsi a tutte le possibili forme di coordinamento e cooperazione tra enti locali, previste dall'ordinamento.

Nel corso dell'audizione con riferimento alla questione 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 – che a sua volta risulta 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.

Ritenuto in diritto

Per accertare l'ammissibilità delle conclusioni contenute nei diversi pareri legali pervenuti, occorre valutare la conformità del sistema congegnato da Asmel s.c.a.r.l., con il frammentario quadro normativo risultante dai successivi interventi del legislatore nazionale in materia di centralizzazione degli acquisti; quanto alle nuove direttive in materia di appalti e concessioni si rileva che le stesse non sono state ancora recepite ed essendo in corso il relativo termine non possono essere considerate quale fonte normativa diretta, pur potendo orientare l'interpretazione della normativa applicabile al caso di specie.

Come già rilevato nella comunicazione delle risultanze istruttorie, in forza di quanto stabilito in generale dall'art. 33 comma 1 del codice dei contratti, tutte le stazioni appaltanti sono legittimate a fare ricorso alle centrali d'acquisto anche associandosi e consorziandosi. Tuttavia, per comprendere quali

sono i soggetti legittimati ad espletare le funzioni di centrali di committenza, occorre aver presente l'intero quadro normativo di riferimento in base al quale, a livello nazionale è stata fin ora istituita un'unica centrale per gli acquisti delle amministrazioni dello Stato (Consip s.p.a.)⁸, a cui - in forza delle ultime disposizioni di cui all'art. 9 del d.l. n. 66/2014 - anche i comuni possono ricorrere in assenza di altro soggetto aggregatore di riferimento.

Tra i soggetti aggregatori di riferimento devono, poi, essere annoverate le centrali di acquisto regionali, per le quali esiste dal 2006 una specifica copertura normativa contenuta in una legge, in forza della quale le Regioni hanno provveduto all'adozione di propri provvedimenti attuativi (leggi regionali, deliberazioni etc.)⁹.

Con particolare riferimento agli enti locali, invece, nel 2005 una prima generica disposizione ha consentito di espletare funzioni di centrali di committenza ad aggregazioni di amministrazioni comprese nel medesimo ambito territoriale; infatti, con la finanziaria 2006¹⁰, il legislatore nazionale ha inteso incentivare - pur non imponendolo - un sistema di aggregazione per gli acquisti degli enti locali.

In seguito, anche 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. Il ricorso alle centrali di committenza è stato sollecitato dal legislatore anche con la finalità di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose ed, infatti, l'articolo 13 della legge n. 136/2010 ("Piano straordinario contro le mafie") ha previsto l'istituzione, sempre in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), alle quali possono aderire anche gli enti locali, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, da essi costituiti¹¹.

Con il decreto "Salva-Italia"¹², la centralizzazione degli acquisti per i comuni più piccoli è diventato un obbligo e strumento di spending-review, in quanto il legislatore ha inserito nell'art. 33 del codice il comma 3-bis, ove si prevedeva che *«i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano 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.*

⁸ L'art. 26 della l. n. 488/99 ha affidato al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica il compito di stipulare *«anche avvalendosi di società di consulenza specializzate»* e *«con procedure competitive tra primarie società nazionali ed estere, convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura di beni e servizi deliberati dalle amministrazioni dello Stato»*. In esecuzione della predetta disposizione, con il d.m. 24 febbraio 2000, il Ministero dell'Economia ha conferito l'incarico di stipulare le predette convenzioni e contratti quadro alla CONSIP s.p.a., società a totale partecipazione del Ministero, già concessionaria della gestione del sistema informativo integrato.

⁹ La legge 27 dicembre 2006 n. 296 ha previsto che *«le regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio»*. La stessa legge finanziaria del 2007 ha previsto anche che *«le centrali regionali e la Consip Spa costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi»*. Come rilevato dall'Avcp nel "Censimento ed analisi dell'attività contrattuale svolta nel biennio 2007-2008 dalle Centrali di Committenza Regionali e verifica dello stato di attuazione del sistema a rete - Approvato dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 27/28 gennaio 2010", quest'ultima disposizione volta a realizzare la completa interoperabilità dei sistemi informatici di acquisto centralizzato istituiti sul territorio nazionale, non ha ancora trovato completa attuazione; nel documento citato l'Autorità ha censito 13 centrali di committenza regionali con attività generali o specializzate nel settore sanitari

¹⁰ Legge n. 266 del 23 dicembre 2005, art. 1 comma 158 *«Le aggregazioni di enti locali o di enti decentrati di spesa, promosse anche ai sensi dell'articolo 59 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, espletano le funzioni di centrali di committenza in favore delle amministrazioni ed enti regionali o locali aventi sede nel medesimo ambito territoriale. In particolare operano valutazioni in ordine alla utilizzabilità delle suddette convenzioni stipulate o degli acquisti effettuati ai fini del rispetto dei parametri di qualità-prezzo di cui all'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488»*.

¹¹ Cfr. art. 2, del D.P.C.M. 30 giugno 2011, emanato in attuazione dell'art. 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

¹² Cfr. art. 23, comma 4 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, con legge 22 dicembre 2011, n. 214,

267, *ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici*». Insieme all'introduzione dell'obbligo di rivolgersi a centrali di committenza ove esistenti, è stata prevista, in alternativa, la possibilità di dar vita a forme di aggregazione, definendone caratteristiche dimensionali ed organizzative; infatti, era stato specificato che l'ambito territoriale di operatività è quello provinciale, inoltre è stato richiamato - attraverso il riferimento agli "accordi consortili" - lo schema delle convenzioni ex art. 30 del T.U.E.L. ed, infine, è stato imposto l'obbligo di utilizzo dei "competenti uffici" degli enti locali stessi. Sicchè, accanto ad un livello regionale di centralizzazione, sono state previste delle forme di aggregazione da realizzarsi per 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. 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, il riferimento alle Unioni dei Comuni, nonché agli accordi consortili che rimandano al T.U. enti locali; d'altro canto 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.

Con l'art. 9 del decreto legge n. 66 del 2014, poi, tenuto conto dei diversi - e non sempre coordinati - interventi normativi che hanno riguardato la materia per la prima volta è stato utilizzato il termine generale di "soggetto aggregatore", volendo ricomprendere tutti i predetti sistemi di acquisto centralizzato. Il medesimo articolo 9 prevede anche che, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sono definite le condizioni per l'iscrizione in un Elenco Nazionale e tra i requisiti sono stati indicati il carattere di stabilità dell'attività di centralizzazione, 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; inoltre, è prevista l'istituzione del Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, le cui attività sono regolate con ulteriore decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

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; pertanto, il numero massimo di detti soggetti sul territorio nazionale è stato fissato in un massimo di trentacinque soggetti, numero nel quale sono inclusi Consip, una centrale di committenza per ciascuna regione e altri soggetti aggregatori che procedano all'affidamento di appalti per i comuni del proprio territorio e che richiedano ed ottengano l'iscrizione nell'Elenco.

Al fine di completare il quadro dei riferimenti normativi che rilevano nel caso esaminato, è utile far presente che il d.p.c.m. 11 novembre 2014 (pubblicato in G.U. n. 15 del 20 gennaio 2015) che definisce i requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori, prevede all'art. 2 che: «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 - prima ancora di aver indicato il livello di spesa necessario - 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). In alternativa, può trattarsi di associazioni, unioni, consorzi o anche di accordi resi in forma di convenzione ai sensi dell'art. 30 del T.U. degli Enti Locali, ma occorre, in ogni caso, che 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.

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.a.r.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.

Ad ogni modo, in seguito all'adesione all'Associazione Asmel, gli enti locali usufruiscono anche degli accordi-quadro già sottoscritti dalla Asmel s.c.a.r.l. a seguito della gara per l'affidamento in concessione dei servizi di accertamento dei tributi Ici/Imu e Tarsu-Tia/Tares e riscossione coattiva delle entrate, attraverso semplice ordinativo diretto agli operatori economici privati risultanti aggiudicatari.

In buona sostanza, in assenza di una previsione normativa che lo preveda, la società Asmel s.c.a.r.l. ha realizzato un sistema attraverso il quale offre i propri servizi di intermediazione negli acquisti a tutti i comuni dell'intero territorio nazionale¹³, mediante l'adesione successiva all'Associazione Asmel.

Inoltre, 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

¹³ Di recente, l'Asmel s.c.a.r.l. ha anche avviato una procedura per l'abilitazione di operatori economici “al mercato elettronico della pubblica amministrazione locale”; si tratta di un sistema analogo a quello del MEPA di Consip rivolto agli enti locali.

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 speciale¹⁴.

In secondo luogo, si ritiene che – diversamente da quanto prospettato nella memoria difensiva e nei pareri legali prodotti¹⁵ - 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.¹⁶ 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*.

Infatti, seppure dovesse ritenersi in astratto ammissibile l'utilizzo di una società di diritto privato (consorzio ai sensi dell'art. 2602 c.c., società consortile etc.) per costituire delle centrali d'acquisto, la stessa natura di enti territoriali dei comuni partecipanti all'iniziativa e la preesistenza di un sistema di centrali regionali imporrebbe che l'operatività delle stesse fosse limitata, comunque, al territorio dei comuni fondatori, oltre a doversi escludere - mediante espressa previsione statutaria - l'ammissibilità di nuove adesioni, senza limite territoriale; inoltre, in coerenza con quanto già avviene per le centrali regionali, occorrerebbe garantire il rispetto dei criteri per gli affidamenti *in house*, assicurando il controllo analogo congiunto sull'ente esterno da parte degli enti locali che affidano la funzione d'acquisto, la presenza di norme statutarie idonee ad escludere qualsiasi vocazione commerciale, la partecipazione pubblica totalitaria, secondo le chiare indicazioni della giurisprudenza (oggi, solo marginalmente temperate dal parere del Consiglio di Stato sez. II n. 298 del 30 gennaio 2015).

Con riferimento a quest'ultimo profilo, occorre evidenziare come sia nel Consorzio Asmez che nella società consortile Asmel sia stata mantenuta una partecipazione da parte di società private che consente a queste ultime di svolgere un ruolo molto rilevante nella gestione, come confermato dalle seguenti circostanze.

Le complesse vicende nel corso delle quali è avvenuta la costituzione dei vari soggetti giuridici facenti parte del sistema "Asmel" hanno avuto inizio nel 1996, quando numerosi comuni campani hanno acquisito le partecipazioni Consorzio Asmez, originariamente costituito da imprese private. Al

¹⁴ Cons. di Stato, sezione V, n. 2605 del 9 maggio 2001.

¹⁵ In un parere legale datato 30 maggio 2013 si sostiene che Asmel s.c.a.r.l. sarebbe legittimata ad espletare funzioni di centrale di committenza con le modalità previste nel proprio statuto, in quanto in possesso dei requisiti propri di un organismo di diritto pubblico; tale conclusione, si fonda sulle sole considerazioni per cui, secondo quanto previsto dalla legge, le centrali di committenza sono amministrazioni aggiudicatrici e nella definizione di amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 3 comma 25 del codice dei contratti è incluso anche l'organismo di diritto pubblico; in tale categoria – secondo quanto prospettato nello stesso parere – possono essere ricondotti sia il consorzio Asmez che l'Asmel s.c.a.r.l.; né, rileverebbe ai fini della legittimità della organizzazione operativa creata attraverso l'Asmel, l'assenza del requisito del controllo analogo e la non totale partecipazione pubblica, in quanto Asmel non è mai stata configurata come società *in house*, bensì solo come centrale di committenza.

¹⁶ L'art. 2 dello statuto di Asmel s.c.a.r.l. prevede, invece, che quest'ultima possa svolgere "funzioni di centrale di committenza a livello nazionale, regionale, provinciale e comunale".

contempo, una quota di partecipazione privata seppure sensibilmente assottigliata - fino a circa il 30% - è stata mantenuta fino ad oggi.

Quando il Consorzio ha acquisito una caratterizzazione multiregionale raccogliendo adesioni oltre che in Campania, anche in Basilicata, Calabria, nel maggio 2010, è stata costituita l'Associazione non riconosciuta Asmel, della quale fanno parte oltre che il Consorzio ASMEZ, anche Asmenet Calabria s.c.a.r.l., Asmenet Campania s.c.a.r.l. e l'ANPCI che raccoglie i piccoli comuni della provincia di Cuneo.

Pur dovendo rappresentare enti locali di diverse regioni, l'Associazione Asmel è stata costituita ai sensi dell'art. 14 e ss. del codice civile con atto sottoscritto da due soli soggetti. In particolare, uno dei due firmatari dell'atto costitutivo è il rappresentante legale dell'ANPCI, l'altro è il Presidente del Consiglio di amministrazione del Consorzio Asmez che rappresenta non solo quest'ultimo, ma anche Asmenet Campania s.c.a.r.l. e Asmenet Calabria s.c. a r. l. Inoltre, nell'atto costitutivo dell'Associazione Asmel, si indica come Presidente del nuovo soggetto non un rappresentante degli enti locali, bensì il Presidente del Consiglio di amministrazione del Consorzio Asmez, il quale risulta amministratore unico e rappresentante anche delle due società private - Selene service s.r.l. e Abacotelematica s.r.l. - che ancora detengono una partecipazione nel Consorzio Asmez.

Infine si osserva che gli enti locali, ammessi ad aderire quali soci ordinari, non hanno mai partecipato ad alcuna forma di deliberazione collegiale per determinare la costituzione di nuovi enti anche quando nel gennaio 2013, in seguito all'inserimento nell'art. 33 del Codice degli appalti del comma 3-bis, è stata costituita Asmel Consortile s.c.a.r.l., con la finalità di svolgere funzioni di centrale di committenza. Infatti, come più volte evidenziato, i soci della predetta società consortile sono il Comune di Caggiano, l'Associazione Asmel ed il Consorzio Asmez. Sebbene l'attuale amministratore unico di Asmel consortile s.c.a.r.l. è il rappresentante legale dell'ANPCI, nelle difese della società Asmel si sottolinea che la gestione della piattaforma telematica di Asmel s.c.a.r.l. è stata affidata ai due soci fondatori, Consorzio Asmez e Associazione Asmel, individuati quali soggetti gestori delle rispettive piattaforme telematiche e titolari dei rapporti con i Fornitori dei software di e-procurement. Inoltre, il Consorzio ha messo a disposizione della società consortile appositi uffici all'interno della propria struttura e l'organizzazione di servizi comuni; infine, è stato evidenziato che la struttura si avvale del supporto degli amministratori del Consorzio Asmez, in ragione dell'esperienza già acquisita. Infatti, come emerso nel corso dell'istruttoria, se la società Asmel consortile s.c.a.r.l. ha espletato un'unica gara per la sottoscrizione di accordi-quadro, il Consorzio Asmez, oltre a svolgere attività di committenza ausiliarie, quali la messa a disposizione di supporti informatici e di attività di consulenza, in diversi casi, aveva svolto anche attività di centralizzazione della committenza; in particolare, nel periodo dal 2008 al 2010 ha espletato procedure per la sottoscrizione di accordi-quadro, ai quali avrebbero poi potuto aderire tutti gli enti locali che si fossero iscritti; tuttavia, deve rilevarsi che ciò è avvenuto in assenza non solo di una copertura normativa, ma anche di una disposizione statutaria che lo consentisse¹⁷.

Le precedenti considerazioni sul ruolo determinate della compagine privata mantenuta nel Consorzio

¹⁷ L'art. 3 dello Statuto del Consorzio Asmez che individua l'oggetto e lo scopo dell'ente, prevede che «Il Consorzio si propone di promuovere l'innovazione nel tessuto sociale ed economico meridionale e l'elevazione del livello di qualificazione professionale all'interno del tessuto produttivo meridionale con particolare riguardo a lavoratori dipendenti e non, disoccupati, cassintegrati e iscritti alle liste di mobilità. In particolare il Consorzio si propone di promuovere e coordinare i consorziati nello svolgimento delle seguenti attività:

- corsi di formazione professionale;
- informazione ed assistenza con particolare riferimento all'innovazione tecnologica, normativa e gestionale;
- informazione ed orientamento per giovani, disoccupati e PMI;
- assistenza nell'accesso ai fondi comunitari, nazionali e regionali;
- gestione di servizi a favore dei consorziati».

ASMEZ valgono anche a seguito della recente cessione della quota del capitale di Asmel s.c.a.r.l. all'Associazione Asmel; infatti, quest'ultimo soggetto – come già evidenziato – è un'associazione non riconosciuta costituita anche dallo stesso Consorzio Asmez.

Infine, quanto alla natura giuridica di Asmel s.c.a.r.l., si rileva che - anche in ragione delle suestese assorbenti considerazioni in ordine alla estraneità del sistema Asmel ai moduli operativi previsti dalla norma di cui al comma 3-bis dell'art. 33 d.lgs. 163/06 e alla fattispecie dell'*in-house* - sussistono perplessità riguardo alla pretesa qualificazione del Consorzio Asmez e della società Asmel quali organismi di diritto pubblico, ove si considerino anche le finalità e le circostanze che hanno condotto alla loro istituzione.

Infatti, l'organismo di diritto pubblico è istituito per soddisfare esigenze di interesse generale a carattere non commerciale ed assolvere direttamente a bisogni di interesse della collettività irrinunciabili, ai quali lo Stato intende provvedere o rispetto ai quali mantiene un'influenza dominante. Come, invece, rilevato nel primo parere legale del 3 marzo 2011, che qualifica come organismo il Consorzio Asmez¹⁸, quest'ultimo è stato istituito con la finalità di «fornire *partners* privati ai Comuni per far loro conseguire un innalzamento delle capacità di gestione informatica dei dati, attività che per essi non ha natura né industriale né commerciale»; pertanto, svolge un'attività strumentale, non assolve direttamente a bisogni di interesse generale irrinunciabili per la collettività, sebbene con il proprio apporto possa far sì che i servizi pubblici erogati dagli enti locali aderenti, si svolgano su un piano di maggiore qualificazione.

Lo stesso rilievo vale anche per Asmel consortile la cui istituzione è diretta – sempre in base a quanto prospettato nel parere del 30 maggio 2013 – ad assicurare “la facilitazione dei processi gestionali degli enti locali”.

Quanto alla finalità di Asmel consortile di operare quale centrale di committenza per gli enti locali (art. 2 dello Statuto), la difesa della società richiama, a questo proposito, la nota giurisprudenza della Corte di Giustizia (Caso Mannesmann 15 gennaio 1998 C 44/96, caso Grandi Stazioni Corte di Giustizia, 12 Luglio 2002, C. 399/98) in base alla quale un ente che presta servizi strumentali nei riguardi di soggetti pubblici persegue finalità intrinsecamente non commerciali o industriali.

Quest'ultima conclusione, tuttavia, si fonda sul presupposto che la descritta attività strumentale sia svolta nell'interesse delle amministrazioni e della collettività, da un soggetto che operi come *longa manus* delle prime. Come già evidenziato, invece, nella fattispecie in esame, l'esternalizzazione di funzioni da parte degli Enti locali non è avvenuta in maniera diretta, ma per il tramite del complesso meccanismo caratterizzato dall'adesione all'associazione Asmel a sua volta partecipante della Asmel s.c.a.r.l. (attualmente nella misura del 49%).

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- 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, sulla base delle considerazioni contenute nella parte motivazionale del presente atto deliberativo;

¹⁸ Peraltro, l'Asmez in quanto definito nel proprio statuto quale Consorzio con attività interna non avrebbe neanche l'ulteriore requisito proprio dell'organismo di diritto pubblico, ossia quello della personalità giuridica; nel parere prodotto si sostiene che lo statuto lo regola in ogni caso come consorzio con attività esterna in quanto può proporsi ai terzi; infine, si riferisce che il Consorzio ha comunque ottenuto l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche previsto dall'art. 4 del d.p.r. n. 361/2000.

- 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 poste in essere dalla predetta società consortile Asmel;

- dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente deliberazione alla società consortile Asmel a r.l., all'ANACAP, all'ANCE, all'Osservatorio Regionale del Piemonte, alla Confindustria di Cuneo e al comune di Caggiano;

- si dispone l'invio della presente deliberazione all'Avvocatura Generale dello Stato.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 maggio 2015

Il Segretario Maria Esposito