



DELIBERA N. 570

del 30 novembre 2022

Fasc. Anac n. 1681/2022

Oggetto

Segnalazione in merito a supporto al RUP e Centro di Competenza PNRR da parte di ASMECOMM (rif. nota ASMEL del 23/12/2021).

Premessa

Con segnalazione della Fondazione Architetti e Ingegneri liberi professionisti iscritti Inarcassa, acquisita al prot. n. 25320 del 06.04.2022, indirizzata anche alla Stazione appaltante ASMEL, è stato contestato il contenuto della nota di ASMEL del 23.12.2021, con la quale detta Società " *si è qualificata come "Centro di Competenza PNRR" ..., con facoltà, tra le altre, di effettuare, a favore delle Amministrazioni consorziate, attività di progettazione*", sostenendo " *... di essere una centrale unica di committenza (CUC)*", nonché di aver " *... reso noto a tutti i propri soci di avere istituito al suo interno una struttura permanente di supporto al RUP, ai sensi dell'art. 31, co. 9, del d.lgs. n. 50/16*", rilevando che " *tali affermazioni paiono essere contraddette da plurimi e ripetuti pronunciamenti del Giudice Amministrativo e dell'Autorità Anticorruzione*". Sulla scorta di tali considerazioni, sono state formulate le seguenti conclusioni: " *si intima e diffida ASMEL dal volersi rendere appaltatrice, a favore delle proprie consorziate, di servizi di progettazione e/o di natura tecnica; si intima e diffida ASMEL dal volersi rendere appaltatrice, a favore delle proprie consorziate, di servizi di qualsiasi genere, ove disposti con affidamento diretto in house; si intima e diffida Codesta Società a voler immediatamente interrompere le attività che svolge quale centrale unica di committenza, tenuto conto delle diverse sentenze e provvedimenti dell'ANAC che disconoscono tale qualifica*" e sollecitando l'intervento di vigilanza dell'ANAC.

Con successiva nota acquisita al prot. n. 38817 del 20.05.2022, indirizzata per conoscenza all'Autorità, la medesima Fondazione, nel fornire riscontro ad una nota di ASMEL del 13.04.2022, presumibilmente di replica alla precedente istanza, ribadiva le considerazioni sopra esposte, insistendo nelle seguenti conclusioni: " *si intima e diffida ASMEL dal volersi rendere appaltatrice, a favore delle proprie consorziate, di servizi di progettazione e/o di natura tecnica; si intima e diffida ASMEL dal volersi rendere appaltatrice, a favore delle proprie consorziate, di servizi di qualsiasi genere, ove disposti con affidamento diretto in house; si intima e diffida Codesta Società a voler immediatamente interrompere le attività che svolge quale centrale unica di committenza, tenuto conto delle diverse sentenze e provvedimenti dell'ANAC che disconoscono tale qualifica, limitandosi a fornire attività meramente ausiliare; si intimano e diffidano tutte le amministrazioni consorziate a voler interrompere la sterminata sequela di affidamenti diretti, per servizi ausiliari, in favore di ASMEL, tenuto conto che tali modalità, come detto, violano i principi di rotazione di non frazionamento degli appalti*".

Considerato in fatto

In riferimento a tale segnalazione, in attuazione del deliberato consiliare del 6 luglio 2022, con nota prot. n. 56513 in data 08.07.2022, è stato comunicato l'avvio dell'istruttoria finalizzata ad acquisire, nella sostanza, elementi conoscitivi e documentali che avevano indotto ASMEL ad attribuirsi la qualifica di Centro di Competenza PNRR, con la previsione della facoltà di effettuare attività di progettazione a favore delle Amministrazioni consorziate. Ciò, tenuto conto che ASMEL, quale ente di diritto privato operante sul territorio nazionale, non risulterebbe dotata di competenze specifiche per la gestione di gare concernenti il PNRR, né potrebbe risultare affidataria in via diretta di servizi. In tale contesto, era stato richiesto di formulare controdeduzioni rispetto alle questioni rappresentate, con invito a produrre la nota di ASMEL del 23.12.2021, nonché un elenco dettagliato di tutti i servizi di progettazione ed eventuali di supporto al RUP prestati in conformità a tale comunicazione, con la produzione delle convenzioni di affidamento stipulate nonché delle relative fatture emesse.

L'avvio del procedimento veniva riscontrato da ASMEL con nota acquisita al prot. n. 62444 del 29.07.2022, con la quale, nel ribadire il suo ruolo di centrale di committenza (contestando i pregressi pronunciamenti dell'Autorità), afferma che *"È del tutto evidente che le competenze acquisite da ASMEL Consortile in questi anni siano un patrimonio di efficienza al quale gli Enti soci non sono disposti a rinunciare, soprattutto in questa fase di attuazione delle misure legate al PNRR"* e che *"In ogni caso, si conferma la disponibilità ad adeguarsi ad eventuali indicazioni o raccomandazioni dell'Autorità e si chiede di essere ascoltati in sede di Audizione avanti al Consiglio dell'Autorità, ai sensi dell'art. 16 del Regolamento sull'attività di vigilanza"*, producendo inoltre la nota circolare richiesta del 23.12.2021, indirizzata agli Enti Soci, nella quale si rileva che *"In definitiva, ASMEL Consortile è: - Centrale di committenza consentendo il rispetto dell'obbligo ex art. 37 co. 4 del Codice, ripristinato, per gare rientranti in tutto o in parte nel PNRR, dal DL 77/2021, art. 52 co. 1.2.; - Struttura stabile di supporto al RUP e ciò determina il superamento di ogni equivoco quanto all'applicazione delle tariffazioni dei costi dei servizi erogati; - Centro di Competenza PNRR in grado di erogare ogni tipologia di servizi ex ante ed ex post (supporto alle candidature; verifica di compliance con le disposizioni per la gestione, controllo e valutazione delle misure del PNRR, progettazione tradizionale e in BIM, contract management, project e risk management, Bdap Mop, gestione contratti e contenzioso, ecc) oltre a quelli tradizionali della fase di gara, in cui opera come Centrale di committenza, con costi imputati direttamente sul Quadro Economico"*.

Considerato in diritto

Come rilevabile nelle premesse, la fattispecie concerne la contestazione di una nota pubblicitaria con la quale ASMEL annuncia, nei riguardi del mercato di riferimento, i servizi dalla medesima espletati nell'attuazione del PNRR.

Nell'avvio dell'istruttoria era stata, in primo luogo, contestata la qualifica autoattribuitasi da ASMEL di Centro di Competenza PNRR, trattandosi di una figura non rinvenibile nella normativa in esame.

Sotto tale profilo ASMEL, nelle proprie controdeduzioni ha ritenuto di supportare la legittimità del proprio operato rilevando che *"Nell'esperienza promossa da ASMEL Consortile, il "Centro di competenza PNRR" è una rete di collaborazione e coordinamento fra Enti locali per favorire le candidature ai bandi PNRR. Una rete paritetica fra Comuni associati che opera con interventi di mutuo supporto rispetto a temi condivisi (riqualificazione borghi, messa in sicurezza, ecc.) oppure a esigenze anche di un singolo Ente associato"*, precisando che si tratterebbe di *"Un modello collaudato che si caratterizza per l'attivazione di un supporto operativo (supporto alla redazione delle schede progettuali dei vari avvisi PNRR, organizzazione di eventi formativi e informativi, ecc.) e tecnico (help desk, supporto consulenziale, interventi di esperti, ecc.) fornito*



per fare in modo che tantissimi comuni, soprattutto quelli di medie e piccole dimensioni, non siano tagliati fuori dalle opportunità di accesso ai fondi del PNRR addirittura anche alle stesse fonti informative" e che "Tutte le attività propedeutiche alla partecipazione ai bandi PNRR vengono assolte in forma assolutamente gratuita, essendo ASMEL Consortile una società a totale partecipazione pubblica che non persegue attività lucrativa. Non emerge, dunque, alcuna necessità di giustificare l'attribuzione della qualifica contestata. Relativa, peraltro, a prestazioni erogate a costo zero alla platea associativa".

Quanto alla contestata qualifica di Centrale di Committenza, ASMEL segnalava che *"la stessa non è una mera "comunicazione pubblicitaria", ma una chiara e inequivoca caratterizzazione societaria (art. 2 dello Statuto) e che, in attesa che ANAC renda operative le modalità di qualificazione di Stazioni appaltanti e Centrali di committenza, essa è riconosciuta - ai sensi dell'art. 216, co. 10 del D. Lgs. n. 50/2016 - mediante il possesso della personalità giuridica e dell'iscrizione AUSA, entrambi elementi facilmente appurabili da codesta Autorità".*

Nella sostanza, ASMEL sostiene di poter operare nell'ambito delle gare gestite dal PNRR assumendo la qualificazione di "Centrale di committenza", laddove si asserisce che *"la nostra è una società consortile costituita ai sensi dell'art. 2615 ter c.c. e, dunque, un consorzio tra enti pubblici territoriali! In quanto tale, è, dunque, un'amministrazione aggiudicatrice, che fornisce attività di centralizzazione della committenza, anche ausiliaria. Quindi è Centrale di committenza e può ricevere affidamenti senza ricorrere alle procedure previste dal Codice".* Nell'ambito della circolare del 23.12.2021 indirizzata agli enti soci, circa i servizi erogabili dalla medesima, prodotta nel procedimento, in esito alla richiesta istruttoria, risulta rilevato, peraltro, che *"ASMEL Consortile è: - Centrale di committenza consentendo il rispetto dell'obbligo ex art. 37 co. 4 del Codice, ripristinato, per gare rientranti in tutto o in parte nel PNRR, dal DL 77/2021, art. 52 co. 1.2",* nonché, tra l'altro, *"Centro di Competenza PNRR in grado di erogare ogni tipologia di servizi ex ante ed ex post (supporto alle candidature; verifica di compliance con le disposizioni per la gestione, controllo e valutazione delle misure del PNRR, progettazione tradizionale e in BIM, contract management, project e risk management, Bdap Mop, gestione contratti e contenzioso, ecc) oltre a quelli tradizionali della fase di gara, in cui opera come Centrale di committenza, con costi imputati direttamente sul Quadro Economico".*

Al riguardo, si osserva che il codice dei contratti pubblici, all'art. 3, comma 1, lettera i) 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",* con rinvio al medesimo articolo, lettera a), secondo cui sono «amministrazioni aggiudicatrici» *"le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti".*

In ordine alla mancata qualifica di ASMEL quale centrale di committenza/soggetto aggregatore, si richiamano i pronunciamenti dell'ANAC (cfr. delibera 32/2015, delibera 780/2019, delibera 179/2020, delibera 202/2021); riguardo alla qualifica di amministrazione aggiudicatrice in capo ad ASMEL, si richiama quanto riportato secondo cui *"anche di recente, il Tar Lombardia con sentenza n. 240/2020 del 3.2.2020, su ricorso di questa Autorità, si è pronunciato sulla legittimità del sistema in questione con riferimento ad una gara avente ad oggetto l'affidamento di una o più convenzioni quadro, bandita direttamente da Asmel Associazione - tramite Asmel consortile a r.l. -, escludendo in capo alle stesse la qualificazione di organismo di diritto pubblico e, conseguentemente, quella di amministrazione aggiudicatrice" (cfr. delibera n. 179/2020).*

Nella medesima delibera è stato riferito che *"la reale connotazione della società resti quella di un soggetto privato, non solo sotto un profilo formale, in quanto la forma organizzativa prescelta è quella della società consortile e non una di quelle previste dalla legge per l'espletamento congiunto da parte degli enti locali della funzione di acquisto (Unione di Comuni o il Consorzio di comuni ai sensi degli artt. 30 e ss. del TUEL); infatti, a sostegno di questa conclusione, vale la considerazione di carattere più sostanziale che Asmel continua a proporre la propria offerta nel mercato servizi di committenza destinati agli enti locali, con*

l'intento di associare il maggior numero di comuni, senza alcun limite territoriale", con le ulteriori considerazioni che "la società consortile 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".

Ed ancora si legge che "A. consortile scarl non è una centrale di committenza (ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. i; art. 37-38 d.lgs. 50/2016), né può svolgere le relative funzioni, descritte dall'art. 3 co. 1 lett. l, d.lgs. 50/2016 (consistenti in: 1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti; 2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;"). Ciò, sia sulla base di quanto affermato da A. Consortile scarl nella propria memoria del 18.1.2021, ma soprattutto sulla base di un consolidato quadro giurisprudenziale (Delibera 32/2015; Delibera 780/2019; parere motivato, ex art. 211 co.1 ter, reso con Delibera 179/2020, Corte CGUE, sentenza C-3/19, del 5.6.2020, Cons. Stato, V, 6787/2020, Cons. Stato, V, 6975/2020)" (cfr. Delibera 202/2021).

Si tenga altresì presente che con la delibera dell'Autorità n. 643 del 22 settembre 2021 è stata rigettata la domanda di iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, impugnata da ASMEL presso il competente Tribunale amministrativo, confermandosi nella sostanza la carenza del requisito soggettivo individuato dall'art. 2 del DPCM 11.11.2014.

Al riguardo, è stato evidenziato che la centrale di committenza può essere costituita dagli Enti locali non capoluogo di provincia nella forma di associazioni, unioni, consorzi, ma occorre, in ogni caso, che sia territorialmente limitata agli ambiti di una o più aree vaste, ovvero sub regionale, così come ribadito dallo stesso comma 5 dell'articolo 37 del nuovo codice dei contratti pubblici, anche al fine di perseguire l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per ottimizzare il sistema del public procurement, negando altresì la sussistenza dei connotati di organismo in house.

La stessa giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 8072/2021) ha confermato che "non può riconoscersi ad Asmel consortile neppure 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".

Rilevante sotto tale profilo è altresì il richiamo alla ulteriore giurisprudenza, sempre nei confronti di Asmel Consortile S.c. a r.l., nella quale si legge che "nonostante i correttivi adottati a valle della deliberazione ANAC n. 32/2015, con la quale non sono stati riconosciuti alla stessa i requisiti di cui all'art. 33, comma 3 bis, del d.lgs. n. 163/2006 e le è stata negata la qualifica di soggetto aggregatore ex art. 9 del d.l. n. 66/2014, 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", ritenendo conclusivamente che ASMEL "non poteva, dunque, rivestire la



posizione di centrale di committenza; ne consegue l'illegittimità dell'intera procedura concorsuale' (cfr. Consiglio di Stato n. 6975/2020).

Al riguardo, si richiama la già citata pronuncia giurisprudenziale (cfr. Sent. n. 8072/2021), laddove è stato ritenuto che *"l'Autorità ha correttamente esaminato la fattispecie con riferimento alla disciplina del tempo (a ragione non rinvenendo in essa alcun aggancio normativo per fondare il presupposto di legittimazione alle gare svolte dalla società consortile per conto di vari enti locali), ed abbia motivato quindi l'esclusione di Asmel dal novero delle centrali di committenza sulla non rispondenza ai modelli organizzativi legali e in ragione delle su indicate limitazioni previste dal diritto interno, ritenute conformi al diritto dell'Unione dalla Corte di Giustizia"*.

Si rammenta che la Corte di Giustizia del 04.06.2020, resa nella causa C-3/19, ha avuto modo di rilevare che *"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"*, nonché che *"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"*. In merito all'attualità di tale pronuncia, si osserva quanto ulteriormente riportato nella sentenza della Corte di Giustizia, secondo cui *"il governo italiano ha precisato, in udienza, che la nuova normativa in materia di centrali di committenza, che abroga e sostituisce l'articolo 33, comma 3 bis, del decreto legislativo n. 163/2006, non avrà effetto prima del 31 dicembre 2020, ragion per cui il procedimento principale resta disciplinato da tale disposizione, circostanza che la Commissione ha a sua volta riconosciuto in udienza"*.

In tale contesto, irrilevante ed infondato sarebbe l'assunto sostenuto da ASMEL, in riferimento all'effettiva portata della sentenza del Consiglio di Stato n. 8072/2021, laddove la stessa società riferisce che *"Basta rimarcare che detta Sentenza si esprime sulla richiesta di annullamento della delibera ANAC 32/2015 e non altro. La richiesta è stata respinta. Ma la mancata rispondenza richiamata si riferisce ai modelli indicati dall'art. 33, co. 3-bis del D. lgs. 163/2006. Norma entrata in vigore il 1° novembre 2015 e abrogata 6 mesi dopo con l'avvento del Codice vigente, che, all'art. 37 co. 4, ha perfettamente legittimato la nostra formula societaria"*, laddove i principi che governano le centrali di committenza di cui all'art. 33, comma 3-bis del previgente codice sono confluiti nella sostanza nel nuovo assetto codicistico di cui all'art. 37, comma 4 del d.lgs. 50/2016. Irrilevante sotto tale profilo appare, altresì, il richiamo operato da ASMEL riguardo al contenuto della sentenza del Consiglio di Stato n. 7558, laddove il Supremo Consesso di giustizia amministrativa si è limitato a dedurre che *"Asmel Consortile vi è indicata come centrale di committenza per la sola gestione della procedura di appalto"* ai soli fini di escludere che *"...Asmel Consortile sia contraddittore necessario nel presente giudizio"*, senza rendere ulteriori pronunciamenti sull'ammissibilità dell'attività svolta da ASMEL.

In relazione all'ulteriore profilo in merito al possibile svolgimento dell'attività di Centrale di committenza da parte di ASMEL quale organismo *In House*, si osserva quanto dalla medesima riferito nelle proprie difese, contestando la mancata iscrizione all'elenco delle società *in house* e rappresentando di aver *"fatto proprie tutte le raccomandazioni fornite da ANAC ai fini del riconoscimento della qualifica "in house", allo stato è in corso apposita istruttoria che, nelle more, consente alla Società di ricevere affidamenti diretti dai propri Soci (art. 192, co. 1 del Codice)"*.

A tale riguardo si rileva che sotto il profilo del rispetto dei requisiti per l'*in-house providing* di cui all'art. 5 del d.lgs. 50/2016 e degli art. 4 e 16 del d.lgs n. 175/2016, l'Autorità con la delibera n. 130 del 16 marzo 2022 ha rigettato la domanda di iscrizione all'Elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'art. 192, comma 1 del d.lgs. 50/2016, presentata dal Comune di [... OMISSIS ...] in nome e per conto di n. 843 enti soci della ASMEL in relazione, nella sostanza, al ".....mancato del rispetto del limite quantitativo in relazione ai requisiti dell'attività prevalente e del controllo analogo, così come richiesti espressamente dal Dlgs 50/2016 e dal Dlgs 175/2016;". Nell'ambito di tale delibera, che risulta impugnata, viene rilevato, tra l'altro, in relazione al criterio del fatturato, che impone che più dell'80% del fatturato sia svolto in favore dell'ente pubblico o degli enti pubblici soci, che "nel caso di specie, è stato documentato che negli anni oggetto di analisi (2018, 2019, 2020 e 2021) la quasi totalità del fatturato è frutto di una operazione commerciale a carico degli aggiudicatari". Profili di carenza risultano ulteriormente accertati anche in relazione alla sussistenza "di un effettivo controllo sull'attività della società da parte degli innumerevoli soci enti pubblici", laddove l'Autorità ha avuto modo di rilevare che "si rileva che la partecipazione di un elevatissimo numero di comuni associati ... comporta che il singolo Comune socio abbia in concreto un potere sempre più parcellizzato e diluito in quanto condiviso con un elevatissimo numero di soci (in continua variazione) e, pertanto, alquanto limitato sulla vita societaria".

Ne consegue che, a seguito di tale diniego di iscrizione nell'elenco in house, ASMEL consortile non può operare come Centrale di committenza.

Né può rilevare, come asserito da ASMEL, che la ripresentazione della domanda di iscrizione all'Elenco in house da parte del [... OMISSIS ...], avvenuta in data 5 maggio 2022, possa consentire "... di ricevere affidamenti diretti dai propri Soci (art. 192, co. 1 del Codice)".

A tale riguardo, soccorrono le previsioni delle Linee guida n. 7, di attuazione del d.lgs. n. 50/2016, recanti «Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016», laddove al punto 5.7 risulta previsto che "Il provvedimento di accertamento negativo comporta l'impossibilità di operare mediante affidamenti diretti nei confronti dello specifico organismo in house oggetto di verifica. Avverso i pregressi affidamenti diretti di appalti e concessioni, l'Autorità può esercitare i poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del Codice dei contratti pubblici. Il provvedimento di accertamento negativo non preclude la possibilità di presentare una nuova domanda di iscrizione al ricorrere dei requisiti previsti dalla legge, ovvero, una volta venuti meno gli elementi ostativi che sono alla base del provvedimento medesimo".

Sulla scorta di tali considerazioni, va pertanto contestata la qualificazione assunta da ASMEL quale centrale di committenza; conseguentemente non può essere assolto, da parte dei Comuni non capoluogo di provincia, l'adempimento di cui all'art. 52, punto 1.2. del d.l. 77/2021, convertito con legge di conversione n. 108/2021 mediante ricorso ad ASMEL, laddove si richiede che "Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia", essendo pacifico che Asmel Consortile non risponde ad alcun legittimo modello organizzativo di aggregazione di enti locali per l'aggiudicazione degli appalti.

Esclusa la configurabilità di ASMEL quale Centrale di committenza, ne consegue che alla stessa risulta precluso lo svolgimento delle attività di centralizzazione delle committenze, disciplinate dall'art. 3, comma 1, lettera l) del codice, riguardanti "1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni



appaltanti; 2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti'.

Per quanto concerne il possibile svolgimento delle attività di committenza ausiliaria – identificabili nelle 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;" - si richiama il disposto dell'art. 39 del Codice, il quale prevede che "le attività di committenza ausiliarie di cui all'articolo 3, comma 1, lettera m), possono essere affidate a centrali di committenza di cui all'articolo 38' e che "Al di fuori dei casi di cui al comma 1, le stazioni appaltanti possono ricorrere, per lo svolgimento di attività delle committenze ausiliarie, ad esclusione delle attività di cui all'articolo 3, comma 1, lettera m), punto 4, a prestatori di servizi individuati mediante svolgimento delle procedure di cui al presente codice".

La stessa direttiva 2014/24/UE prevede che "Le amministrazioni aggiudicatrici, senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva, possono aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze. Tali appalti pubblici di servizi possono altresì includere la fornitura di attività di committenza ausiliarie".

Ne consegue pertanto che ad ASMEL, che non riveste la natura di centrale di committenza, restano precluse altresì le attività di committenza ausiliarie di cui all'articolo 3, comma 1, lettera m), punto 4 del Codice, identificabile come "gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata".

Per quanto concerne le ulteriori attività di committenza ausiliaria, va osservato che tali attività di committenza, qualora non svolte da una centrale di committenza congiuntamente alla fornitura di attività di centralizzazione di committenze, devono essere affidate conformemente al Codice, mediante procedura competitiva, ovvero mediante ricorso ad una società *in house*.

Di conseguenza, non essendo ASMEL una società *in house*, le attività offerte da ASMEL ai propri soci, inquadrabili nelle attività di committenza ausiliaria (consulenze sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto, nonché la messa a disposizione di infrastrutture tecniche che consentono di affidare contratti pubblici), incontrano i limiti inerenti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, in relazione alle soglie per l'affidamento diretto ex art. 36, comma 2 lett. a) e b) del Codice, come ad oggi integrato dall'art. 1, comma 2 della l. 120/2020, nonché il divieto di frazionamento artificioso degli appalti ex art. 35 del medesimo Codice, unitamente al rispetto del principio della rotazione in ordine alla mancata possibilità di ricorrere al medesimo soggetto affidatario.

A conferma si richiama quanto precisato dalla giurisprudenza secondo cui l'attività svolta da ASMEL "...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" (cfr. TAR Salerno, Sent. n. 1/2021).

In tale contesto, risulta palesemente censurabile il comportamento degli Enti locali soci, che fanno ricorso alle attività di supporto di ASMEL al di fuori dell'applicazione delle procedure di affidamento prescritte dal vigente codice dei contratti, tenuto conto di quanto rilevato dalla medesima società consortile di poter

"...vantare un'attività di supporto operativo, dal 2013 ad oggi, su oltre 6.200 gare con un transato complessivo di [... OMISISS ...]", nei riguardi "di oltre 1.600 Enti pubblici locali, Comuni o loro aggregazioni".

In riferimento all'ulteriore profilo di contestazione, afferente alla conformazione della società consortile quale "struttura stabile a supporto del RUP" nell'ambito dell'avvio dell'istruttoria è stato evidenziato che, ai sensi dell'art. 31, co. 9, d.lgs. n. 50/2016, risulta previsto che *"La stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento"*, facoltà pertanto rimessa alle sole stazioni appaltanti, utilizzando il personale a propria disposizione.

Pertanto, solamente nel caso di cui al successivo comma 11, è previsto che *"Nel caso in cui l'organico della stazione appaltante presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del RUP, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del RUP possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, dotati di adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali come previsto dall'articolo 24, comma 4, assicurando comunque il rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza"*, richiedendosi in tal caso la necessità del rispetto delle procedure previste dal codice dei contratti per l'affidamento di tali servizi di supporto all'attività del RUP.

A tale riguardo si evidenzia che ASMEL ha specificamente controdedotto nella propria memoria, sostenendo che *"la Società rappresenta una realtà aggregativa dei Comuni, ai sensi dell'art. 37 co. 4 del Codice. Ciò consente, in conformità al D. Lgs. 175/2016, alla Stazione Appaltante socia, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, di cui al richiamato art. 31, co. 9, la possibilità di attribuire alla stessa, una volta approvato il relativo Regolamento, lo svolgimento delle suddette attività a supporto della singola procedura mediante apposita determinazione del RUP/Dirigente dell'Ente"*. Orbene, le conclusioni di ASMEL, al fine di sostenere la propria legittimazione a svolgere attività di supporto al RUP ex art. 31, comma 9, non possono ritenersi condivisibili, laddove - anche a volere ricomprendere le attività di supporto al RUP ai servizi di committenza ausiliaria - si richiama quanto già argomentato in ordine alla mancanza dei presupposti per riconoscere la qualificazione in capo ad ASMEL quale centrale di committenza, escludendosi la possibilità di far rientrare la società consortile nei modelli organizzativi di cui all'art. 37, comma 4 del Codice dei contratti per l'aggregazione e centralizzazione delle committenze per gli enti locali non capoluogo di provincia.

Lo stesso richiamo, operato da ASMEL, al d.lgs. 175/2016 non può assumere rilevanza, richiamandosi a tale riguardo la mancanza requisiti dell'*in-house providing* non riscontrabili nel modello ASMEL, per le ragioni esposte.

Pertanto, si conferma anche sotto tale profilo la mancanza dei presupposti per svolgere attività di supporto al RUP ex art. 31, comma 9 del d.lgs. 50/2016, mediante affidamenti diretti al di fuori dell'applicazione delle norme del Codice e delle procedure concorsuali ivi previste in relazione alle varie soglie individuate per le diverse tipologie di affidamento.

Pertanto, va anche osservato che nella circolare indirizzata agli Enti Soci risulta riportato che *"Una Struttura di supporto al RUP è soggetta all'applicazione delle tariffe del D.M. 17/06/2016 (Decreto Parametri-bis) e ciò consente di superare l'attuale diatriba sulla tariffazione forfettaria dei servizi di committenza. Nei casi in cui le tariffe ministeriali dovessero comportare poi costi superiori all'1% dell'importo a base di gara, tale percentuale assume in ASMECOMM il valore massimo di tariffazione"*, confermando l'onerosità delle prestazioni svolte e l'operatività della medesima quale prestatore di servizi, soggetto alle regole dell'evidenza pubblica.



In relazione all'ulteriore profilo di contestazione, evidenziato nella medesima segnalazione della Fondazione, riguardo alla volontà espressa da ASMEL di effettuare, a favore delle Amministrazioni aderenti, attività di progettazione, nell'ambito dell'avvio dell'istruttoria era stata rilevata la mancata possibilità di attribuire in via diretta, senza l'espletamento delle procedure del Codice, incarichi di progettazione ad ASMEL, non essendo riconducibile ai soggetti che, ai sensi dell'art. 24, c.1 del Codice, possono risultare affidatari diretti di incarichi di progettazione. Infatti, tale disposizione sancisce che *"Le prestazioni relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva di lavori, al collaudo, al coordinamento della sicurezza della progettazione nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici sono espletate: a) dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti; b) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire; c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge; d) dai soggetti di cui all'articolo 46"*.

In riferimento a tale profilo, ASMEL ha riferito che *"l'art. 24 co. 1 del Codice limiti i soggetti titolati alla erogazione del servizio di progettazione. Ma esso include le Stazioni appaltanti, dunque i Comuni, che, come noto, possono gestire i propri servizi anche in forma associata. ASMEL Consortile rappresenta una forma associata tra Comuni nel settore appalti, come prescritto dall'art. 37, co. 4 del Codice"*.

Orbene, si conferma anche per tale profilo l'insussistenza dei presupposti per l'operatività di cui all'art. 37, comma 4 del codice, non rispondendo ASMEL, come già espresso in precedenza, al modello di centrale di committenza, né ai modelli organizzativi di cui al citato articolo, rilevato inoltre il mancato riconoscimento della qualifica di società *in house*, per tutte le ragioni esposte.

Relativamente alla richiesta di audizione formulata da ASMEL innanzi al Consiglio dell'Autorità, si rileva la completezza del contraddittorio svolto con l'acquisizione delle controdeduzioni, non reputandosi necessarie ulteriori interlocuzioni con la medesima società consortile al fine della conclusione del procedimento istruttorio in esame.

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 30 novembre 2022

DELIBERA

- di confermare, per tutte le ragioni esposte, il difetto di qualificazione in capo ad ASMEL CONSORTILE SOC. CONS. A R.L. quale centrale di committenza e la mancata rispondenza della medesima ad alcun legittimo modello organizzativo di aggregazione di enti locali per l'aggiudicazione degli appalti, come peraltro indicati dall'art. 37, comma 4 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), a fronte della natura privatistica assunta dalla società medesima senza, peraltro, alcun limite territoriale definito e non ravvisandosi, altresì, i presupposti per la configurabilità dell'"*in house providing*", di cui all'art. 5 e 192 del citato codice e degli art. 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016, a fronte del diniego di iscrizione all'elenco *In House* formulato dall'Autorità;
- di ritenere, per l'effetto, precluso ad ASMEL CONSORTILE SOC. CONS. A R.L. lo svolgimento di attività di centralizzazione delle committenze, con conseguente impossibilità, per i Comuni non capoluogo di provincia, di assolvere all'adempimento di cui all'art. 52, punto 1.2. del d.l. 77/2021 ai fini

dell'acquisizione di forniture, servizi e lavori nell'ambito delle procedure di utilizzo dei fondi PNRR mediante ricorso alla medesima ASMEL;

- riguardo all'attività di committenza ausiliaria, di ravvisare l'impossibilità per ASMEL CONSORTILE SOC. CONS. A R.L. di offrire ai propri soci attività di committenza ausiliaria, consistente nella gestione delle procedure di appalto in nome e per conto delle stazioni appaltanti interessate, risultando possibile l'affidamento alla medesima ASMEL degli ulteriori servizi di committenza ausiliaria, quale prestatore di servizi, nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, in relazione alle soglie per l'affidamento diretto ex art. 36, comma 2 lett. a) e b) del codice, come ad oggi integrato dall'art. 1, comma 2 della l. 120/2020, nonché del divieto di frazionamento artificioso degli appalti ex art. 35 del medesimo codice, unitamente al rispetto del principio della rotazione in ordine alla mancata possibilità di ricorrere al medesimo soggetto affidatario;
- di non ritenere configurabile, non essendo ASMEL CONSORTILE SOC. CONS. A R.L. una società *in house*, l'affidamento alla medesima, da parte dei soci, delle attività di supporto al RUP ex art. 31, comma 9 del d.lgs. 50/2016, mediante affidamenti diretti al di fuori dell'applicazione delle norme del Codice e delle procedure concorsuali ivi previste in relazione alle varie soglie individuate per le diverse tipologie di affidamento;
- di ravvisare, infine, la mancata possibilità di attribuire in via diretta, senza l'espletamento delle procedure del Codice, incarichi di progettazione ad ASMEL CONSORTILE SOC. CONS. A R.L., non essendo riconducibile la stessa ai soggetti che, ai sensi dell'art. 24, comma 1 del codice, possono risultare affidatari diretti di incarichi di progettazione;
- dà mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera ad ASMEL CONSORTILE SOC. CONS. A R.L., invitando la medesima società a comunicare, entro 30 giorni dalla trasmissione della presente delibera, le valutazioni condotte e le determinazioni assunte sulla scorta dei rilievi formulati.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 dicembre 2022

Il Segretario verbalizzante Laura Mascali

Atto firmato digitalmente

