



DELIBERA N. 232

24 maggio 2023

Oggetto

Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*

Riferimenti normativi

Articoli 5 e 192 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. e articoli 4 e 16 del d.lgs. 175/2016 e s.m.i.

Parole chiave

Iscrizioni Elenco *in house*, diniego

Massima

Partenariato pubblico-privato - *In house providing* - Elenco amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori – Iscrizione - Requisiti – Verifica – Preavviso di rigetto - Attività prevalente – Incompleto riscontro - Conseguenze.

Partenariato pubblico-privato - *In house providing* - Elenco amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori – Iscrizione - Requisiti – Verifica - Controllo analogo congiunto – Preavviso di rigetto - Conseguenze.

Nel caso in cui l'Autorità verifichi che - nonostante l'astratta previsione statutaria - la società in concreto non rispetti il requisito del controllo analogo congiunto, ovvero che il fatturato sia svolto in favore di altri enti pubblici non soci nella misura superiore al 20%, non è possibile procedere all'iscrizione all'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

In presenza di cause ostative all'iscrizione, in caso incompleto riscontro al preavviso di rigetto, non è possibile procedere all'iscrizione all'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

Costituisce onere per l'amministrazione richiedente fornire i chiarimenti e i documenti idonei a dimostrare l'avvenuto rispetto dei requisiti prescritti dalla normativa di settore per l'iscrizione nell'Elenco. In caso di omesso o incompleto riscontro, non è possibile procedere all'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.



Visto

l'articolo 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo «Codice dei contratti pubblici», che stabilisce i presupposti degli affidamenti *in house providing*;

Visti

gli articoli 4 e 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» laddove prescrivono i requisiti degli affidamenti *in house providing* alle società;

Visto

l'articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che prevede l'istituzione presso ANAC dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*;

Visto

che il citato comma 1 dell'articolo 192 prevede che l'ANAC definisca con proprio atto le modalità ed i criteri con cui, su domanda, è effettuata l'iscrizione all'Elenco dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti prescritti dalla normativa di settore;

Viste

le Linee guida n. 7 - 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 decreto legislativo 50/2016 - adottate dall'ANAC con la deliberazione n. 951 del 20 settembre 2017, nelle quali sono state definite le modalità ed i criteri con cui è effettuata l'iscrizione all'Elenco;

Valutato

che a norma dell'articolo 192, comma 1, del codice dei contratti pubblici e degli articoli 3 e 4 delle Linee guida n. 7, sono tenute a richiedere l'iscrizione le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendano operare mediante affidamenti diretti a propri organismi *in house*, anche che con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto



legislativo 31 marzo 2023, n. 36, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 77 del 31 marzo 2023, poiché il quadro normativo sopra evidenziato non muta sino al prossimo 1 luglio, stante che l'articolo 226, del citato codice, rubricato «Abrogazioni e disposizioni finali», prevede che il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è abrogato a partire dal 1° luglio 2023 e l'articolo 229 dello stesso Codice, rubricato «Entrata in vigore», prevede che le disposizioni del codice, con i relativi allegati acquistano efficacia il 1° luglio 2023;

Vista

la domanda di iscrizione all'Elenco inoltrata dal COMUNE DI RUTINO (CF 00547910653), acquisita al protocollo ANAC n. 43387 del 29.05.2019 e contraddistinta dal numero di fascicolo ID 2027, relativamente agli affidamenti alla Società ASMENET S.C.AR.L. (CF 05166621218), già Asmenet Campania S.c.ar.l. più oltre anche "Organismo *in house*" e/o "società partecipata";

Visto

il deliberato consiliare dell'adunanza del 06.07.2022, punto Odg. 5, con il quale si è disposto di conferire mandato alla Guardia di Finanza per svolgere, ai sensi dell'articolo 5 del protocollo d'intesa del 11.10.2021, per svolgere delle verifiche approfondite circa la natura del requisito dell'attività prevalente (i.e. fatturato) dalla stessa società svolta in favore dei propri soci, nonché del rispetto della norma di cui all'articolo 16, comma 7, del d.lgs. 175/2016, al fine di verificare la reale connotazione *in house providing* di ASMENET Scarl;

Richiamato

quanto dedotto e considerato nell'appunto istruttorio dell'Ufficio UESA, protocollo n. 33793 del 03.05.2023;

Considerato che

1. la Guardia di Finanza nel corso degli accertamenti svolti, giusta relazione ispettiva pervenuta al protocollo ANAC n. 104626, del 14.12.2022, ha rilevato una serie di criticità sostanzialmente riassumibili nel fatto che i proventi derivanti da prestazioni verso terzi, Enti non consorziati, superano il limite imposto dall'art. 5 del D.lgs. 50/16 comma 1, lett. b) e dall'art. 16 del D.lgs. 175/2016, comma 3, poiché nelle elaborazioni fornite da ASMENET si computava anche il fatturato per prestazioni rese nei confronti di ASMENET



Calabria, la quale, nel triennio 2019/2021 non era socia, poiché è subentrata nella compagine consortile solo nel corso di ottobre 2022;

2. con la stessa relazione ispettiva si rilevava che i componenti in carica della Giunta per il controllo analogo, che nel triennio in esame contempla peraltro solo tre riunioni (04.02.2019 - 03.04.2020 e 05.01.2021), non solo non hanno esercitato alcuna prerogativa in merito, ma, in alcuni casi, come da dichiarazioni a verbale, di non essere nemmeno a conoscenza dell'incarico e men che meno delle predette convocazioni;
3. in merito al rispetto dell'articolo 16, comma 7, del D.Lgs. 175/2016 da parte della consortile ASMENET, con l'attività ispettiva è emerso che tutti gli affidamenti posti in essere dalla società Asmenet Scarl risultano essere sono sotto la soglia dei 40.000 Euro, ad eccezione del contratto di fornitura dei servizi SPC Cloud (Sistema Pubblico di Connettività in Cloud) con l'operatore TIM acquisito tramite Consip, e che tuttavia sul sito internet della società ASMENET - sezione amministrazione trasparente "informazioni sulle singole procedure", non risulterebbero pubblicati gli estremi dei suddetti affidamenti in violazione degli articoli 9 e 37 del D.Lgs. n. 33/2013 ("Decreto Trasparenza"), come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016, e art. 29 del D.lgs. 50/2016;
4. con nota del 20 gennaio 2023 (protocollo ANAC n. 5301), è stato inviato un preavviso di rigetto in ragione delle gravi criticità rilevate nella relazione ispettiva della Guardia di finanza;
5. l'amministrazione richiedente ha riscontrato il preavviso di rigetto, con nota assunta al protocollo ANAC n. 15262 del 23.02.2023, evidenziando che procederà alle modifiche statutarie al fine di superare i rilievi istruttori. In merito alle criticità ha eccepito solo riguardo ai limiti e vincoli di fatturato, rilevando, senza comprova documentale, che Asmenet Campania ha sottoscritto un accordo di collaborazione con Asmenet Calabria finalizzato ad ottenere economie di scala, e che con verbale di Assemblea del 27.06.2014, Asmenet Campania ha ricevuto mandato di avviare la fusione con la Asmenet Calabria, che ha portato il 29.10.2018 alla sottoscrizione della quota di partecipazione al capitale di Asmenet Campania, e che per mero errore materiale non è stato comunicato alla Camera di Commercio. In ragione di ciò l'amministrazione istante ritiene che il requisito dell'attività prevalente sia sussistente;



Considerato altresì che

6. In merito alla carenza del controllo analogo congiunto, derivante dalla totale inattività, finanche inesistenza, del comitato di controllo analogo, oltre alle carenze più tipicamente formali rilevate nel corso dell'istruttoria, dalle controdeduzioni emerge chiaramente che il *vulnus* era presente e che solo per l'avvenire l'amministrazione istante potrà ovviare alla carenza del requisito di cui all'articolo 5, comma 5, del d.lgs. 50/2016;
7. tale grave carenza, associata al *modus operandi* che contraddistingue le società appartenenti al cd. "sistema Asmel", confermata sia nell'istruttoria odierna che in diverse pronunce dell'ANAC nonché in diverse sentenze, evidenzia che si è di fronte ad un gruppo societario proteso a svolgere con connotazione prettamente commerciale e profittevole, ed al di fuori del perimetro pubblicistico, le attività strumentali degli Enti locali consorziati sotto l'egida formale degli affidamenti *in house providing*, e rende, nel caso di specie, la promessa di modifiche statutarie, peraltro non pienamente utili a superare i rilievi istruttori alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali (cfr. TAR Calabria, sent. del 6.4.2023, n. 303), non sufficiente per procedere all'iscrizione dell'amministrazione istante, in uno agli enti locali consorziati, nell'elenco di cui all'articolo 192 del d.lgs. 50/2016;
8. con riferimento al fatturato conseguito dalla consortile ASMENET Campania nel triennio 2019-2021, quanto sostenuto dall'amministrazione istante circa l'avvenuta acquisizione delle quote sociali ad opera di Asmenet Calabria a far data 29.10.2018, non comunicato in Camera di Commercio, non risulta minimamente comprovato da riscontri documentali. Viceversa, sul sito amministrazione trasparente della società Asmenet l'elenco dei soci al 2021 non indica Asmenet Calabria s.c.ar.l. e nel registro delle imprese, fascicolo storico, non si rinviene l'atto di trasferimento delle quote sociali alla predetta Asmenet Calabria;
9. nessun rilievo può avere il tentativo *in extremis* della società di adeguarsi *pro futuro* ai rilievi dell'Ufficio. La normativa di riferimento, così come confermato in più occasioni dal Consiglio di Stato, Sez. V, 18/8/2017 n. 4030, prevede infatti che i requisiti dell'*in house providing* debbano essere posseduti dalla società **già al momento dell'affidamento e, conseguentemente, della domanda di iscrizione** e devono essere successivamente confermati negli anni, in quanto la determina di iscrizione nell'Elenco non produce effetti costitutivi. La mera presentazione della domanda, infatti, abilita le amministrazioni, sotto la propria responsabilità, a procedere con gli affidamenti diretti;



10. la verifica del requisito per l'iscrizione si concentra sulle annualità in questione, pertanto la verifica sull'attività prevalente necessariamente è stata rivolta ai dati relativi agli anni in esame che, tra l'altro, sono tutti sostanzialmente coincidenti e concordanti nel far ritenere sussistente la violazione così come contestata;
11. a ben vedere, in presenza di una strutturale mancanza del requisito, non pare neppure applicabile il disposto di cui all'art. 16, comma 5, del D.lgs. 175/2016 il quale prevede che *"Nel caso di cui al comma 4, la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata"*. Posto che la norma in questione, infatti, disciplina le irregolarità sul fatturato sopravvenute e, in tali casi, consente di sanare l'irregolarità entro i tre mesi successivi dalla data in cui la stessa si è manifestata;
12. per tali ragioni, si ritiene che non sia in alcun modo superabile la rilevata **non conformità del fatturato** e che, pertanto, anche alla luce **degli effetti pregiudizievoli sul controllo analogo**, non sia possibile procedere con l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di cui all'articolo 192, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 di Asmenet Consortile.

Ritenuto

pertanto, che nel caso in esame non sia ammissibile procedere all'iscrizione all'Elenco di cui all'articolo 192 del d.lgs. 50/2016, il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella corrente adunanza del 24 maggio 2023,

Rigetta

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'articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, presentata dal COMUNE DI RUTINO (CF 00547910653), giusto protocollo ANAC n. 43387 del 29.05.2019 e contraddistinta dal numero di fascicolo ID 2027, in relazione agli affidamenti in regime di *in house providing* alla Società Asmenet Scarl (CF 05166621218).

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale nei termini e secondo quanto previsto dal codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 31 maggio 2023

Il Segretario

Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente