



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXXII - n. 16

**Publicato sul sito www.agcm.it
2 maggio 2022**

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1829 - COMUNE DI SAN MARZANO SUL SARNO (SA)/ACQUISTO QUOTE SOCIETARIE CENTRALE DI COMMITTENZA ASMEL CONSORTILE

Roma, 28 febbraio 2022

Comune di San Marzano sul Sarno

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 22 febbraio 2022, ha deliberato di esprimere un parere ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, relativamente alla Deliberazione del Consiglio comunale di San Marzano sul Sarno, n. 7, risalente al 15 marzo 2019, avente ad oggetto "Adempimenti ai sensi dell'art. 37, comma 4, del D.lgs. 18/4/2016, n. 50 - Acquisto quote societarie centrale di committenza Asmel consortile a r.l. per adesione centrale di committenza in house", trasmessa all'Autorità in data 1° febbraio 2022, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 (Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica – TUSPP).

Con tale deliberazione il Comune ha deciso di aderire ad Asmel consortile s.c. a r.l. (d'ora in avanti anche solo "Asmel") attraverso l'acquisto di una quota di partecipazione societaria pari a € 1.595,50 allo scopo di conferire a detta società l'esercizio delle attività e delle funzioni di centrali di committenza ai sensi degli articoli 37 e 38 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici, d'ora in avanti anche CCP). Nell'adozione di tale decisione, il Comune di San Marzano sul Sarno ha altresì preso atto che Asmel consortile opera secondo il modello dell'*in house providing*. Inoltre, con la medesima deliberazione il Comune ha approvato lo Statuto di Asmel che prevede espressamente l'esercizio dei servizi di committenza ausiliaria.

Asmel consortile è una società partecipata da 816 soci, tra cui centinaia di enti pubblici detentori di irrisorie quote di partecipazione (per lo più Comuni, qualche azienda pubblica e alcune Unioni montane e di comuni), nonché le società Asmenet soc. cons. a r.l. e Asmenet Calabria soc. cons. a r.l., a loro volta partecipate da centinaia di enti pubblici. L'oggetto sociale di Asmel consortile, ai sensi dell'art. 2 del relativo Statuto societario, consiste nell'esercizio, su tutto il territorio nazionale, delle attività e funzioni di centrale di committenza ex articoli 37 e 38 del d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 13 dello Statuto di Asmel consortile ("Amministrazione, controllo congiunto e rappresentanza"), come approvato dal Comune di San Marzano sul Sarno, dispone che "l'amministrazione della società è affidata ad un consiglio di amministrazione, composto da tre

*membri nominati a tempo indeterminato. Due membri sono scelti dall'assemblea anche tra i non soci e uno dal Consorzio Asmez*¹.

Con riferimento alle modalità di esercizio dell'*in house providing*, con la medesima deliberazione il Comune ha anche approvato il “*Regolamento delle attività di indirizzo e controllo analogo congiunto sulla società Asmel consortile s.c. a r.l.*”, facente quindi parte integrale e sostanziale della deliberazione stessa. Tale Regolamento istituisce una “*Giunta per il controllo analogo*” (art. 2), composta da tre amministratori locali di enti soci, in carica per tre anni (salvo conferma), scelti nell'ambito dell'assemblea sociale.

Ai sensi dell'art. 1 del Regolamento, la Giunta e/o i soci svolgono attività di: indirizzo (controllo preventivo: ricezione da parte della società della documentazione necessaria all'adozione delle decisioni di principale rilevanza), monitoraggio (controllo concomitante: ricezione da parte della società di aggiornamenti sull'andamento della gestione della società e dei servizi affidati); verifica (controllo successivo: presentazione da parte della società del resoconto periodico della gestione della società e dei servizi svolti, al fine di consentire agli enti di soci di esercitare i poteri *ex* articolo 2422 e ss. c.c. e il controllo economico-finanziario, di verificare che i risultati economico-redдитuali siano o meno in linea con quelli previsti, nonché di esercitare un controllo sulla gestione societaria “*verificando che le azioni dell'amministratore unico siano coerenti con le deliberazioni e gli indirizzi definiti*”).

Inoltre, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento, la Giunta esercita ogni attività di controllo sulla qualità dell'amministrazione e sul bilancio, anche attraverso l'esercizio di poteri ispettivi diretti “*su qualunque atto dell'amministratore unico*”; monitora periodicamente “*attraverso la richiesta di documenti, relazioni periodiche o audizione dell'amministratore unico lo stato di attuazione delle attività gestionali*”; accerta in via successiva che “*l'attività svolta dall'amministratore unico sia stata posta in essere in conformità alle direttive impartite*”; “*rende disponibili sul sito*” della società, in forma riservata ai soci, i verbali e le deliberazioni delle proprie riunioni; presenta una “*relazione sull'attività svolta*” al termine dell'anno di mandato.

Ciò premesso, anche alla luce della recente giurisprudenza amministrativa consolidatasi², nonché delle osservazioni svolte da ultimo dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) nei confronti dell'associazione Asmel e delle società ad essa collegate³, l'Autorità ha ritenuto opportuno svolgere le seguenti considerazioni, analogamente a quanto già rilevato nel parere reso in data 27 aprile 2021 nei confronti di una speculare deliberazione adottata dal Consiglio comunale di Lavello⁴.

¹ Dal sito *web* del Consorzio Asmez emerge solo che “*Fanno parte dell'Assemblea consortile gli Enti Locali che ne detengono circa il 70% delle quote*”.

² Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 3 novembre 2020, n. 6787; Consiglio di Stato, sentenza del 12 novembre 2020, n. 6975; Tar Lombardia, sede di Milano, sentenza del 3 febbraio 2020, n. 240; Tar Campania, sezione staccata di Salerno, sentenza del 2 gennaio 2021, n. 1.

³ Si vedano, *inter alia*, le seguenti delibere adottate dall'ANAC: n. 32 del 30 aprile 2015, n. 179 del 26 febbraio 2020, n. 202 del 3 marzo 2021.

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

Innanzitutto, l'art. 37, comma 4, CCP, prevede che se la stazione appaltante è un Comune non capoluogo di provincia, come nel caso di specie, tra le diverse modalità consentite per l'acquisizione di beni, servizi o lavori, è previsto il ricorso a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati. L'art. 3, comma 1, lett. i), CCP, quindi, definisce centrale di committenza *“un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie”*.

Ciò posto, l'attività di centrale di committenza può essere svolta, oltre che da soggetti pubblici, anche da soggetti privati, ove ricorrano i presupposti per l'affidamento *in house*.

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

Inoltre, il comma 5 del citato articolo 5 dispone che il controllo analogo congiunto è esercitato da un'amministrazione quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti⁵.

Nella fattispecie in esame, va innanzitutto rilevato che, con riguardo al consiglio di amministrazione di Asmel consortile, la previsione di cui al citato articolo 13 dello Statuto - per cui la nomina di uno dei tre componenti spetta ad un soggetto estraneo alla compagine sociale (Consorzio Asmez) mentre gli altri due possano essere scelti anche tra non soci - appare in contrasto con l'articolo 5, comma 5, CCP laddove prevede che gli organi sociali siano composti da rappresentanti delle amministrazioni aggiudicatrici.

Sul punto, il Tar Campania, sezione staccata di Salerno, ha osservato che *“l'amministrazione della società è affidata a un consiglio di amministrazione la cui composizione denota legami con i soggetti privati promotori, in quanto composto da tre membri nominati a tempo indeterminato, due dei quali scelti dall'assemblea tra i non soci e uno designato dal consorzio Asmez, consorzio costituito da società private (che ancora detengono il 30 per cento delle quote) e nel quale solo successivamente hanno acquisito partecipazioni gli enti locali”*.

Inoltre, con riferimento al controllo analogo congiunto, si osserva che il Consiglio di Stato, con sentenza n. 6975/2020, ha ritenuto non soddisfatto tale requisito in relazione ad Asmel consortile, osservando che *“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*

⁵ Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 175/2016 (TUSPP) il controllo analogo congiunto è *“la situazione in cui l'amministrazione esercita con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”*, laddove ricorrono le condizioni di cui al citato art. 5, comma 5. La lettera c), del d.lgs. n. 50/2016, a sua volta, qualifica il controllo analogo come *“la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante”*.

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”⁶. Il Tar Lombardia, sede di Milano, con sentenza n. 240/2020, sempre con specifico riferimento ad Asmel, ha altresì evidenziato che “la partecipazione di un elevatissimo numero di comuni associati (nell’ordine di migliaia, per stessa ammissione della ricorrente) comporta altresì che il singolo piccolo Comune associato alla Asmel (Associazione) abbia un potere parcellizzato e diluito in quanto condiviso con un elevatissimo numero di associati e, pertanto, alquanto assai limitato sulla vita associativa in rapporto agli indirizzi gestionali, alle attività, alla nomina degli amministratori ecc.; Può dirsi che nessuno dei Comuni aderenti al “sistema Asmel” (escluso il Comune fondatore) abbia la titolarità di un potere di controllo effettivo sull’Associazione e, quindi, sulla Asmel Società Consortile a r.l., che vada al di là di “una presenza puramente formale nella compagine di tale entità”.

Ciò posto, sebbene, come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, v. Consiglio di Stato, sentenza del 23 gennaio 2019, n. 578), il controllo analogo congiunto da parte di una miriade di soci pubblici possa essere esercitato, in presenza di determinate circostanze, anche attraverso la previsione di specifici patti parasociali e/o l’istituzione di organi speciali⁷, nel caso di specie si ritiene che la Giunta per il controllo analogo e il relativo “Regolamento delle attività di indirizzo e controllo analogo congiunto sulla società Asmel consortile s.c. a r.l.”, come approvato dal Comune di San Marzano sul Sarno, non possono ritenersi strumenti sufficienti per soddisfare quanto previsto dal citato articolo 5, lettere a) e b), del d.lgs. n. 50/2016.

Invero, in primo luogo, riguardo alla composizione della giunta, la circostanza che essa sia formata da soli tre membri (nel cui novero viene poi individuato lo stesso presidente) a fronte di migliaia di soci (considerando anche gli enti indirettamente soci per il tramite di Asmenet s.c. a r.l. e Asmenet Calabria s.c. a r.l.) appare un elemento critico in termini di effettiva rappresentatività della volontà del complesso dei soci. A ciò si aggiunga che il regolamento non prevede neanche la possibilità che l’assemblea revochi l’incarico nel corso dei tre anni.

⁶ Sul tema della delimitazione territoriale dell’attività svolta da una centrale di committenza si richiama quanto statuito dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella sentenza del 4 giugno 2020 (C-3/19, *Asmel società consortile a r.l. contro A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione*) nella parte in cui ha affermato che “Una misura con cui uno Stato membro limiti l’ambito di operatività territoriale delle centrali di committenza ai rispettivi territori degli enti locali che le hanno istituite, al fine di assicurarsi che tali centrali di committenza agiscano nell’interesse pubblico di tali enti, e non nel loro proprio interesse commerciale, al di là di tali territori, deve essere considerata coerente con l’articolo 1, paragrafo 10, della direttiva 2004/18, il quale prevede che una centrale di committenza deve avere la qualità di amministrazione aggiudicatrice e deve, a tale titolo, soddisfare i requisiti previsti all’articolo 1, paragrafo 9, di tale direttiva”.

⁷ La Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha apprezzato quali validi strumenti per l’esercizio del controllo analogo congiunto (unitamente ai patti parasociali, sentenza 29 novembre 2012 nelle cause C-182/11 e 183/11, *Econord*) organi speciali come i Comitati unitari e i Comitati tecnici (nella sentenza 10 settembre 2009 nella causa C-573/07, *SEA*) a condizione che: a) in essi ogni socio pubblico abbia un proprio rappresentante e che le deliberazioni siano assunte con maggioranze formate per unità e b) siano previsti poteri di controllo e di gestione tali da restringere l’autonomia decisionale del consiglio di amministrazione imponendo indirizzi e prescrizioni, nonché prevedendo poteri consultivi preventivi. Nella sentenza *SEA*, inoltre, la CGUE ha osservato che “Per valutare se l’amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da questo esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all’amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società” (§ 65).

In secondo luogo, il controllo esercitato attraverso tale organo è da ritenersi squisitamente formale in quanto, intervenendo *ex post* rispetto all'attività di gestione, non consente l'esercizio in concreto del controllo analogo richiesto dalla legge.

I poteri conferiti alla giunta, infatti, non sono sufficienti ad influenzare le scelte strategiche di Asmel consortile e ad esprimere la volontà comune dei soci ai fini dell'assunzione di "*determinazioni vincolanti per gli organi amministrativi*"⁸, considerato che l'attività di indirizzo si limita alla ricezione di documentazione sulle decisioni più rilevanti da parte della società.

La mera attività di monitoraggio e/o controllo *ex post*, dunque, non può ritenersi di per sé elemento idoneo a consentire al socio pubblico di esercitare congiuntamente un'influenza dominante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più significative della società. Tale assunto trova conforto nella richiamata sentenza n. 1/2021 del Tar Salerno, nella parte in cui ha evidenziato l'assenza del requisito del controllo analogo congiunto da parte dei Comuni soci di Asmel in quanto "*la giunta per il controllo analogo ha infatti solo un ruolo formale, che rende i soci e la giunta destinatari di mere informative, senza alcun potere di indirizzo*".

Inoltre, in assenza dei presupposti per l'*in house providing*, è da ritenere che Asmel consortile non possa essere neanche affidataria delle attività di committenza ausiliarie che, invece, ai sensi dell'art. 39, comma 2, CCP possono essere affidate a prestatori di servizi previa procedura competitiva, a meno che si tratti di affidamento sotto-soglia, ai sensi dell'art. 36, lett. a), CCP, come rilevato nella medesima sentenza del Tar Salerno.

Ancorché con la delibera in esame il Comune di San Marzano sul Sarno abbia approvato lo Statuto e il Regolamento per il controllo analogo contenenti le citate disposizioni, occorre rilevare che il 6 dicembre 2021 Asmel consortile ha parzialmente emendato sia lo Statuto che il Regolamento delle attività di indirizzo e controllo analogo congiunto sulla società Asmel consortile s.c. a r.l. Al riguardo si coglie l'occasione per osservare che talune delle modifiche apportate incidono sulle descritte criticità concorrenziali ai fini della sussistenza del requisito del controllo analogo congiunto.

In particolare, la nuova versione dell'art. 13 dello Statuto di Asmel consortile ("Amministrazione, controllo congiunto e rappresentanza") ora dispone che "*l'amministrazione della società è affidata ad un consiglio di amministrazione, composto da tre membri nominati a tempo indeterminato*".

A ciò si aggiunga che la nuova versione dell'art. 3 del Regolamento, avente ad oggetto la composizione della Giunta per il controllo analogo, ha elevato il numero dei membri della Giunta da 3 a 9 e ha previsto un meccanismo di selezione dei componenti (che possono essere esclusivamente i rappresentanti legali dei Comuni soci) idoneo a tener conto delle aree geografiche e delle caratteristiche demografiche degli enti locali soci, così da rafforzare la rappresentatività dei membri della Giunta. Infine, il sistema dei controlli dettato dal descritto art. 1 del Regolamento

⁸ Consiglio di Stato, sentenza del 26 ottobre 2020, n. 6460: "*I soci pubblici partecipanti nominano rappresentati comuni negli organi decisionali, si accordano sulle decisioni più significative per la vita sociale, controllano reciprocamente che gli indirizzi elaborati non vadano a discapito dei propri interessi; esercizio "congiunto" sta, allora, per esercizio "condiviso"; descrive una modalità di gestione da parte dei soci pubblici controllanti caratterizzata da coordinamento delle decisioni affinché degli interessi pubblici perseguiti da ciascuno degli enti partecipanti si faccia sintesi nell'interesse pubblico comune perseguito dalla società nell'esecuzione del servizio. Perché si abbia condivisione del controllo è, allora, indispensabile una sede nella quale la volontà comune possa assumere la forma di determinazioni vincolanti per gli organi amministrativi e che non sia l'assemblea dei soci per la prevalenza che i soci di maggioranza vi esercitano secondo le ordinarie regole deliberative (principio di maggioranza azionaria) e per la predominanza, nelle deliberazioni ivi assunte, dell'interesse al risultato economico della società*".

risulta integrato dalle previsioni del nuovo art. 7 del Regolamento (“Esercizio del controllo analogo da parte del singolo Socio”), volto a rendere effettivo il controllo analogo esercitato dal singolo Comune socio sui servizi offerti da Asmel, attraverso la necessaria determina a contrarre con cui vengono dettate indicazioni vincolanti per Asmel e per mezzo del monitoraggio da parte del singolo Comune dell’attività svolta da Asmel a suo favore.

Nonostante tali modifiche rafforzino le condizioni necessarie per l’esercizio del controllo analogo congiunto, si osserva che ancora non risultano pienamente integrati i requisiti per l’esercizio dell’attività di centrale di committenza quale soggetto *in house*.

Infatti, ai sensi dell’art. 5, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, è necessario che venga espressamente previsto che i membri del consiglio di amministrazione siano scelti solo tra i rappresentanti delle amministrazioni, mentre l’art. 13 dello Statuto di Asmel consortile non prevede espressamente una simile ipotesi; inoltre, ai fini della qualificazione come società *in house*, sarebbe opportuno che venissero anche esplicitati i limiti territoriali dell’attività svolta, nonché la possibilità di revoca dell’incarico di membro della giunta da parte dell’assemblea.

Da ultimo, si osserva che, laddove il Comune intenda comunque affidare detti servizi ad Asmel consortile in via diretta e nel rispetto dei presupposti dell’art. 36 CCP, non possa essere richiesta l’erogazione di un corrispettivo da parte del concorrente aggiudicatario per la prestazione dei servizi di committenza, poiché quest’onere si ripercuote anche sull’offerta, in quanto *“riduce la possibilità degli stessi concorrenti di formulare la propria proposta in maniera pienamente libera, incidendo sulla capacità di elaborare una proposta tecnica ed economica che sia concretamente espressione di scelte imprenditoriali vincolate unicamente dalle esigenze tecniche della stazione appaltante, dalla base d’asta formulata e dalle convenienze dello stesso concorrente”* (Tar Campania, sezione staccata di Salerno, sentenza n. 1/2021).

Sul tema, anche il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3538 del 6 maggio 2021, ha ritenuto illegittima la previsione di siffatto onere tra le clausole dei bandi di gara predisposti da Asmel *“non tanto, o non solo, perché contrasta con l’art. 41, comma 2 – bis) del codice dei contratti pubblici, [...] ma specialmente perché comporta effettivamente l’imposizione di una prestazione a carico del privato in assenza di previa disposizione di legge, come richiesto dall’art. 23 Cost.”*⁹.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si ritiene che la Deliberazione del Consiglio Comunale di San Marzano sul Sarno, n. 7 del 15 marzo 2019, resa nota all’Autorità il 1° febbraio 2022, viola gli articoli l’art. 5, comma 5, 38 e 39 del CCP, nonché l’art. 2, comma 1, lett. c) e d) del TUSPP.

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

⁹ Sul punto si richiama anche la sentenza n. 8072 del 6 dicembre 2021 del Consiglio di Stato nella parte in cui ha negato in capo ad Asmel anche la qualificazione di organismo di diritto pubblico *“a ciò ostando l’assenza tanto del requisito teleologico (lo svolgimento di attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale), stante la previsione dell’obbligo in capo agli operatori commerciali aggiudicatari del pagamento di una commissione per i servizi di committenza espletati dalla stessa, quanto quello dell’influenza dominante, difettando il c.d. controllo analogo da parte degli enti locali aderenti.”*

Il presente parere sarà pubblicato nel Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di San Marzano sul Sarno (Salerno) al parere motivato espresso dall’Autorità ex art. 21-bis della legge n. 287/1990 in merito all’acquisizione di una quota del capitale della società ASMEL Consortile a r.l.

Nella propria riunione del 28 febbraio 2022, l’Autorità aveva deliberato di inviare un parere motivato ai sensi dell’articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, pubblicato sopra alla presente comunicazione, in merito alla Deliberazione del Consiglio comunale di San Marzano sul Sarno n. 7 del 15 marzo 2019, recante “*Adempimenti ai sensi dell’art. 37, comma 4, del D.lgs. 18/4/2016, n. 50 - Acquisto quote societarie centrale di committenza ASMEL Consortile a r.l. per adesione centrale di committenza in house*” (di seguito anche Deliberazione n. 7/2019).

In particolare, il parere aveva evidenziato che l’acquisizione da parte del Comune di una quota di partecipazione societaria (pari a € 1.595,50) in ASMEL, quale centrale di committenza ai sensi degli artt. 37 e 38 del Codice dei contratti pubblici (di seguito anche D. Lgs. n. 50/2016 o Codice), non fosse accompagnata, nonostante alcune modifiche nel frattempo apportate allo statuto di ASMEL, dai requisiti per l’esercizio dell’attività di centrale di committenza quale soggetto *in house*. In particolare, lo statuto di ASMEL – pur emendato – risultava ancora carente con riguardo: *i*) alla mancata previsione che i membri del consiglio di amministrazione fossero scelti solo tra i rappresentanti delle amministrazioni; *ii*) ai limiti territoriali dell’attività svolta e alla possibilità di revoca dell’incarico di membro della giunta da parte dell’assemblea; *iii*) alla richiesta all’aggiudicatario di un corrispettivo per la prestazione dei servizi di committenza, che – come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa anche con riguardo specifico ai bandi di ASMEL – limita la possibilità dei concorrenti di formulare la propria offerta tecnica ed economica unicamente sulla base della “*esigenze tecniche della stazione appaltante, della base d’asta formulata e delle convenienze dello stesso concorrente*” (Tar Campania, Salerno, sentenza n. 1/2021) e in assenza di una previsione di legge, ai sensi dell’art. 23 Cost. (Consiglio di Stato n. 3538/2021). Secondo l’Autorità, quindi, la Deliberazione n. 7/2019 è lesiva della concorrenza, per violazione degli artt. 5, comma 5, 38 e 39 del D. Lgs. n. 50/2016, nonché dell’art. 2, comma 1, lett. c) e d) del TUSPP.

L’8 aprile 2022, il Comune in parola ha trasmesso copia della Deliberazione del Consiglio comunale n. 8 del 22 marzo 2022 (Delibera n. 8/2022), con cui ha aderito alla Centrale di Committenza Area Sele Piacentini e approvato il relativo schema di convenzione, nonché copia del verbale della relativa seduta consiliare, riconoscendo che ASMEL non risponde ai modelli organizzativi richiesti dall’art. 3, comma 1, lett. i), del D. Lgs. n. 50/2016 per le centrali uniche di committenza. Preso atto del sostanziale adeguamento dell’Amministrazione al parere motivato dello scorso 28 febbraio ai sensi

dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 27 aprile 2022, ha quindi disposto di non proporre ricorso contro la menzionata Delibera n. 7/2019.
