

N. 02865/2025 REG.PROV.COLL.

N. 05283/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5283 del 2022, proposto da Comune di Caggiano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Asmel Consortile Soc. Cons. A R.L., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) della delibera A.n.a.c. n. 130 del 16 marzo 2022, con la quale si è disposto il diniego di iscrizione del Comune ricorrente, in uno agli altri Comuni associati, nell'elenco

delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* ovvero la Società ASMEL Consortile;

b) ove occorra, dei preavvisi di diniego, resi con note del 16 dicembre 2020 (prot. A.n.a.c. n. 95735) e del 16 dicembre 2021 (prot. A.n.a.c. n. 90339);

c) ove occorra, di tutti gli atti istruttori, presupposti e connessi al provvedimento di diniego ed, in particolare, delle comunicazioni A.n.a.c. prot. n. 25441 del 25 marzo 2021, prot. n. 32169 del 20 aprile 2021, prot. n. 42788 del 27 maggio 2021, prot. n. 48716 del 18 giugno 2021;

d) di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali, non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2024 il dott. Dario Aragno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Caggiano riferisce di aver avanzato, con istanza acquisita dall'A.n.a.c. al n. 52179 di protocollo del 19 aprile 2018, domanda per l'iscrizione nell'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 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nel caso di specie costituita da ASMEL Consortile Soc. Cons. a.r.l. (di seguito anche "ASMEL").

1.1. Con una prima comunicazione del 16 dicembre 2020 l'Autorità ha evidenziato, tra i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, talune criticità nel soddisfare il requisito del «controllo analogo congiunto» previsto dagli artt. 5 del d.lgs. 50/2016 e 4 e 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, correlate:

- alla composizione del Consiglio di Amministrazione, non essendo stata rinvenuta nello statuto *«alcuna disposizione che indichi in modo chiaro e specifico le modalità e i meccanismi attraverso le quali il sistema di designazione assembleare dei due consiglieri garantisce la concreta possibilità di incidenza di tutti i soci pubblici controllanti»*;
- alla garanzia della rappresentanza di tutti i soci in caso di opzione per un organo amministrativo monocratico;
- alla nomina di uno dei tre consiglieri di amministrazione da parte del Consorzio - OMISSIS-, in quanto soggetto *«formalmente estraneo all'assetto azionario della società»* e partecipato per circa il 30% da privati;
- all'effettività del controllo analogo congiunto da parte dei soci pubblici, a causa dell'estrema «vaghezza» circa la documentazione, le tempistiche e le procedure attraverso le quali lo stesso verrebbe concretamente esercitato;
- alla previsione di una durata *sine die* dell'organo amministrativo, che striderebbe con la spiccata mutevolezza della compagine societaria;
- ai poteri della Giunta per il controllo analogo congiunto, composta da soli tre amministratori, chiamati a rappresentare circa 800 soci, e priva di reali prerogative di direttiva e vigilanza sulla vita societaria;
- alla fluidità dell'azionariato.

1.2. Il Comune di Caggiano ha riscontrato le raccomandazioni dell'Autorità, trasmettendo, a più riprese, tra il 6 aprile 2021 e il 31 maggio 2021, evidenza delle modifiche apportate allo statuto, volte, in particolare, a stabilire una durata massima

dell'organo amministrativo, aumentare a nove i componenti della Giunta per il controllo analogo, assicurare un maggiore coinvolgimento di quest'ultima nei lavori del Consiglio di Amministrazione, eliminare la nomina di un consigliere riservata al Consorzio -OMISSIS- e potenziare i poteri di controllo di ogni singolo socio.

1.3. L'A.n.a.c., con nota n. 61697 del 12 agosto 2021, nel confermare la ricezione dello statuto e del regolamento per l'esercizio del controllo analogo congiunto, ha rappresentato al Comune di Caggiano l'esigenza di verificare il rispetto del requisito dello svolgimento dell'80% dell'attività a favore degli enti pubblici soci, di cui all'art. 5, co. 1, lett. b), del d.lgs. 50/2016, alla luce del versamento degli oneri di gestione delle procedure di gara da parte degli operatori economici direttamente ad ASMEL.

1.4. Ricevuti i prospetti con l'indicazione dei singoli affidamenti da parte dei soci e con l'indicazione specifica della somma posta a carico dell'aggiudicatario, l'A.n.a.c., con un secondo preavviso di rigetto n. 90339 del 16 dicembre 2021, ha ribadito di non condividere la tesi di ASMEL secondo cui, per soddisfare il requisito controverso, sia *«necessario e sufficiente che l'attività venga svolta in favore degli Enti controllanti, indipendentemente da chi remunererà in concreto questa attività»*, in quanto *«il presunto ribaltamento dei costi - o meglio il pagamento di una fee predeterminata in percentuale al valore dell'affidamento e del tutto sganciata dalla effettiva remunerazione dei costi sostenuti e documentati - andrebbe correttamente inquadrato come ipotesi di "prestazione patrimoniale imposta", del tutto indebita e illegittima»*, consentendo ad ASMEL di svolgere attività lucrativa sul mercato ed attenuando *«la dipendenza formale, la dipendenza economica e la dipendenza amministrativa della società dai soci»*, alle quali è subordinata la stessa possibilità di qualificazione di una società come *in house*.

1.5. In data 11 febbraio 2022 il Comune di Caggiano ha inviato all'A.n.a.c. la relazione istruttoria predisposta da ASMEL, con la quale la società evidenzia:

- la tardività dei rilievi circa la mancanza del requisito del fatturato, contestata dall'Autorità solo dopo 3 anni dall'avvio del procedimento;
- le finalità della sua costituzione, che è corrispondere all'esigenza di centralizzazione delle committenze senza gravare sulla finanza pubblica;
- l'aderenza dei meccanismi di remunerazione del servizio previsti ai principi espressi dal Consiglio di Stato nella sentenza del 17 giugno 2014, n. 3042;
- le ondivaghe posizioni dell'Autorità sulla questione della legittimità del corrispettivo nel periodo tra il 2012 e il 2018;
- la *ratio* del versamento degli oneri da parte degli operatori economici direttamente ad ASMEL anziché agli enti locali soci, che è evitare *«una triangolazione che comporterebbe un inutile appesantimento amministrativo»*;
- la non sussumibilità degli oneri richiesti agli aggiudicatari nell'ambito applicativo dell'art. 41, co. 2-bis, del d.lgs. 50/2016;
- i risultati conseguiti nel miglioramento dei processi di approvvigionamento da parte degli enti locali.

1.6. A conclusione del procedimento l'Autorità ha, pertanto, adottato la delibera n. 130 del 16 marzo 2022, con la quale, muovendo dalla constatazione di una partecipazione parcellizzata della società da parte di oltre 800 soci, che non va *«al di là di una presenza puramente formale nella compagine di tale entità»*, delle «tariffe» applicate dall'ASMEI e del conseguente difetto delle condizioni che consentono di qualificare la stessa come *longa manus* della pubblica amministrazione, ha ritenuto insussistenti i presupposti per la sua iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192 del d.lgs. 50/2016, *«a causa del mancato rispetto del limite quantitativo in relazione ai requisiti dell'attività prevalente e del controllo analogo»*, considerato, alla luce del fatturato realizzato negli anni 2018, 2019, 2020 e 2021, una *«strutturale mancanza [ab origine] del requisito»*, che non è

suscettibile di essere sanata durante il procedimento per l'adozione di un provvedimento, quello di iscrizione, di natura dichiarativa e non anche costitutiva.

2. Avverso il diniego il Comune di Caggiano è insorto con ricorso dinanzi a questo Tribunale, con il quale, dopo aver premesso in fatto l'ambigua e mutevole posizione assunta dall'Autorità nel corso del procedimento di esame della sua domanda di iscrizione all'elenco di cui all'art. 192 del d.lgs. 50/2016, a fronte della piena collaborazione dimostrata dal Comune ricorrente con gli adeguamenti allo statuto di ASMEL e gli altri accorgimenti adottati per corrispondere alle sue richieste, ne ha chiesto l'annullamento, sulla base dei seguenti motivi in diritto:

I. il requisito del fatturato di cui all'art. 5, co. 1, lett. b), del d.lgs. 50/2016 non verrebbe meno per la modalità prescelta per l'incasso degli oneri di gestione del servizio di committenza, che ne prevede il versamento da parte degli operatori economici, in quanto:

- ciò avverrebbe per effetto di una «delega» conferita dai soci *«in linea con ben noti principi di adempimento delle obbligazioni, da parte di un "terzo"...*»;
- rilievo decisivo dovrebbe riconoscersi solo allo svolgimento dell'attività di committenza così remunerata a vantaggio esclusivo degli enti locali soci, in conformità all'art. 3, co. 1, lett. l) e m), del d.lgs. 50/2016;
- la mancata coincidenza rilevata dall'A.n.a.c. tra l'elenco dei soci risultante dalle visure camerali e quello dei soci effettivi sarebbe dovuta solo *«ai "tempi" fisiologici di adeguamento della base associativa, da parte della competente Camera di Commercio»* e alla mancanza di una più approfondita istruttoria da parte dell'Autorità;
- la predeterminazione in misura fissa degli oneri di gestione dipenderebbe dalla standardizzazione dell'attività di committenza, che avrebbe consentito ai soci di

individuare *ex ante* importi in grado di coprire i costi connessi a ciascuna gara, senza che l'Autorità ne abbia in alcun modo dimostrato la finalità lucrativa;

II. il requisito del controllo analogo congiunto di cui all'art. 5, co. 5, del d.lgs. 50/2016, sarebbe assicurato da tutti i correttivi introdotti dagli enti locali soci allo statuto di ASMEL su sollecitazione dell'Autorità, quali la rimozione del terzo componente del Consiglio di Amministrazione da parte di -OMISSIS-, la valorizzazione del ruolo della Giunta per il controllo analogo, la tripartizione delle forme di controllo di quest'ultima sulla gestione della società in *ex ante*, *in itinere* ed *ex post*, in conformità alle linee guida A.n.a.c. n. 7, e l'introduzione di un mandato a termine per l'organo amministrativo, che escluderebbero qualsiasi autonomia patrimoniale e gestionale di ASMEL, rendendo incomprensibile il «ripensamento» dell'Autorità sul giudizio di adeguatezza espresso nella prima fase del procedimento;

III. l'A.n.a.c. avrebbe violato i principi di correttezza, leale collaborazione e legittimo affidamento, negando l'iscrizione sulla base di un rilievo, quello relativo al fatturato, formulato solo dopo aver più volte fornito, nel corso del procedimento, univoche rassicurazioni sul soddisfacimento del requisito, e avrebbe illegittimamente concluso il procedimento con una decisione definitiva di rigetto, nonostante i propositi di ulteriore adeguamento alle sue indicazioni manifestati dalla base associativa imponessero di tenere aperto il dialogo con la stessa e la natura del procedimento potesse comportare solo un corrispondente «slittamento» degli effetti dell'iscrizione.

3. L'A.n.a.c. si è costituita con memoria di stile in data 17 maggio 2022.

4. Con ordinanza presidenziale del 29 settembre 2022, n. 7778, il Presidente della Sezione ha chiesto all'A.n.a.c. di depositare una dettagliata relazione sulla vicenda dedotta in contenzioso, autorizzando in tal senso anche la parte ricorrente.

5. L'A.n.a.c. ha ottemperato in data 24 ottobre 2024, depositando una memoria difensiva, con allegata la documentazione ivi richiamata, con la quale, dopo aver ripercorso lo sviluppo del procedimento, le complesse interlocuzioni con il Comune ricorrente e il contraddittorio instaurato con la comunicazione dei preavvisi di rigetto in data 16 dicembre 2020 e 16 dicembre 2021, e segnalato che la trasmissione dei prospetti con gli oneri richiesti da ASMEL agli operatori economici aggiudicatari è avvenuta solo in data 20 agosto 2021, ancorché tali *«informazioni..., come previsto nelle Linee Guida n. 7, dovevano essere state già trasmesse in sede di domanda»*, ha preso posizione sulle censure articolate dal ricorrente, eccependo che:

- la data di avvio del procedimento coinciderebbe con il 7 gennaio 2020 e non con il 19 aprile 2018, come erroneamente assunto dal Comune ricorrente sulla base di un refuso nel primo preavviso di rigetto, con conseguente ridimensionamento dei tempi di pendenza del procedimento;
- le modifiche allo statuto di ASMEL «coperte» dal giudizio positivo dell'A.n.a.c. sarebbero solo quelle relative alla *governance* della società partecipata, lasciando impregiudicata la verifica degli altri requisiti previsti dall'art. 5 del d.lgs. 50/2016;
- ad incidere negativamente sulla valutazione dell'istanza sarebbe stata, più in generale, la constatazione della sostanziale inesistenza di effettivi poteri di gestione e controllo da parte dei soci, comprovata sia dalla continua mutevolezza della base associativa e crescita del numero di soci, definita *«...sistema cd. di "porte girevoli" sulla composizione della compagine societaria [che] ha impedito di fatto all'Autorità di svolgere ogni valutazione in merito all'impatto determinato dal subentro di nuovi soci, le cui quote e la relativa incidenza sui quorum deliberativi erano all'Autorità sconosciuti»* sia la soggezione di ASMEL al potere di programmazione di ASMEL Associazione (artt. 2 e 5 dello statuto di ASMEL);

- la verifica del fatturato costituirebbe la naturale prosecuzione del procedimento, fermo restando che con la nota di riscontro del 12 agosto 2021 l'A.n.a.c. non avrebbe mai asseverato la conformità delle bozze di modifica dello statuto ai requisiti del controllo analogo congiunto;
- la previsione di corrispettivi fissi a carico degli operatori economici nei confronti di ASMEL configurerebbe indebite *fee*, in violazione dell'art. 41, co. 2-bis, del d.lgs. 50/2016 e in contrasto con i più recenti pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa, tra i quali Cons. Stato, V, 6 maggio 2021, n. 3538, e 5 dicembre 2021, n. 8072 (secondo cui ASMEL non sarebbe qualificabile neanche come «organismo di diritto pubblico»), assicurando ad ASMEL un fatturato annuo medio di circa 5 milioni di euro e, quindi, un'assoluta autonomia patrimoniale rispetto ai soci pubblici;
- l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192 del d.lgs. 50/2016 avrebbe natura dichiarativa, come chiarito dal Consiglio di Stato nel parere 282/2017 sullo schema delle linee guida volte a dare attuazione alla norma, della sussistenza di requisiti di cui la società *in house* deve essere in possesso *ab origine*, con conseguente inapplicabilità dell'art. 16, n. 5, del d.lgs. 175/2016, che disciplina il diverso caso di successiva perdita di uno di essi.

5.1. La difesa erariale si è, poi, riportata alle osservazioni contenute in due relazioni predisposte dall'ufficio legale dell'A.n.a.c. per resistere nel contenzioso instaurato da ASMEL avverso la medesima delibera impugnata dal Comune di Caggiano, di cui la prima in vista dell'udienza pubblica del 23 gennaio 2024 e la seconda in vista di quella calendarizzata in data odierna.

Nelle stesse l'Autorità, premettendo di avere interesse ad una decisione di merito in quanto titolare, anche dopo l'abrogazione dell'art. 192 del d.lgs. 50/2016, di poteri

di vigilanza sugli affidamenti *in house*, ai sensi dell'art. 222, co. 3, lett. a) e g), del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, mette in luce come la giurisprudenza amministrativa abbia, a più riprese, rilevato l'insussistenza delle condizioni per la qualificazione di ASMEL come organismo di diritto pubblico, necessaria ad operare come centrale di committenza, propendendo per la sua «*natura privatistica*» (Cons. Stato, V, 6 dicembre 2021, n. 8072) - anche per la forma giuridica prescelta, non rientrante tra quelle previste dagli artt. 30 e ss. del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, per l'aggregazione della funzione di committenza di più enti locali - e dichiarato l'illegittimità delle clausole dei documenti di gara che imponevano il pagamento di un contributo a favore della società da parte degli aggiudicatari per contrasto con l'art. 41, co. 2-bis, d.lgs. 50/2016 (Cons. Stato, V, 6 maggio 2021, n. 3538 e 14 marzo 2022, n. 1782), aggiungendo, tra l'altro, che la stessa ASMEL ha reiteratamente rivendicato, nei contenziosi in cui non è coinvolta l'A.n.a.c., di non rientrare nel novero degli organismi di diritto pubblico; insiste, poi, sull'incompatibilità tra l'esercizio del controllo analogo congiunto e la struttura di ASMEL, partecipata da centinaia di enti locali, sulla presenza costante di soggetti privati negli organi decisionali della società, accertata anche dalla Guardia di Finanza, che avrebbe contestualmente verificato la mancanza di un'effettiva partecipazione alle vicende della società dei soci pubblici, nemmeno informati del provvedimento di diniego dell'A.n.a.c. e della proposizione dei ricorsi dinanzi a questo Tribunale, e, più in generale, sul carattere imprenditoriale dell'attività svolta, anche per effetto dei collegamenti, assicurati da alcune persone fisiche, con altre società.

6. Il ricorrente, in data 2 novembre 2024, ha depositato memoria per: i) focalizzare l'attenzione sul *petitum* del presente giudizio, costituito dall'«asserita carenza del requisito del limite percentuale (80%) di attività da svolgere in favore degli Enti associati»; ii) opporsi,

quindi, a qualsiasi forma di integrazione postuma della motivazione tramite l'allegazione di *«asserite sopravvenienze ed accertamenti postumi, estranei al perimetro oggettivo del presente giudizio impugnatorio»*; iii) segnalare l'apprezzamento positivo delle modifiche allo statuto di ASMEL tributato dall'A.G.C.M. in data 2 febbraio 2023, con contestuale venir meno delle *«preoccupazioni concorrenziali»* precedentemente espresse; iv) evidenziare che la stessa A.n.a.c. si sarebbe pronunciata favorevolmente sulle modifiche effettuate per assicurare l'effettività del controllo analogo congiunto da parte delle amministrazioni socie con le note del 27 maggio e 17 giugno 2021; v) ribadire che ASMEL svolge esclusivamente attività di committenza principale e ausiliaria nei confronti degli Enti locali associati, *«che ciò che rileva per il requisito costitutivo dell'in house, è che le attività siano svolte per conto e nell'interesse della(e) Amministrazione(i) Controllante(i), indipendentemente da chi eroghi gli oneri per i servizi svolti»* e che le modalità di remunerazione del servizio adottate, chiamando gli aggiudicatari a versare le somme dovute dalle stazioni appaltanti, sarebbero inquadrabili nello schema civilistico dell'adempimento del terzo ma non indicherebbero né attività commerciale né autonomia patrimoniale, in assenza di distribuzione di utili.

7. L'A.n.a.c. ha replicato con memoria depositata in data 7 novembre 2024, facendo leva sull'irriducibilità dell'oggetto del presente giudizio alla tematica del fatturato e sulla sua estensione al problema della carenza del requisito del controllo analogo congiunto, a causa della partecipazione solo formale degli Enti locali alla *governance* della società, sul quale la delibera impugnata avrebbe diffusamente argomentato e che gli accertamenti della Guardia di Finanza avrebbero solo confermato.

8. All'udienza pubblica del 19 novembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Deve essere, preliminarmente, confermata la sussistenza dei presupposti per una pronuncia di merito, in quanto, pur non essendo più in vigore, ad oggi, il d.lgs. 50/2016 e, quindi, il suo art. 192 sull'elenco dei soggetti che operano mediante affidamenti *in house* gestito dall'A.n.a.c., abrogato dall'art. 226, co. 1, del d.lgs. 36/2023 dal 1° luglio 2023, permane integro il potere di controllo su tali affidamenti da parte dell'A.n.a.c., alla quale l'art. 222, co. 3, del nuovo codice devolve il compito di vigilare «... sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice» (lett. a) e «...sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie» (lett. g), tra i quali quelli a società *in house*.

L'art. 3, co. 1, lett. e), dell'Allegato I.1. del d.lgs. 36/2023, infatti, subordina gli affidamenti *in house* «alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE», cioè ai medesimi presupposti per l'affidamento di contratti a società *in house* «in deroga» alle disposizioni in materia di evidenza pubblica precedentemente recepiti nell'art. 5 del d.lgs. 50/2016.

Ciò rende attuale la questione controversa, che attiene alla possibilità per il Comune di Caggiano e gli altri enti soci di affidare l'attività di committenza ad ASMEL quale società *in house*.

10. Nel merito, il ricorso è infondato.

10.1. Con il primo motivo di ricorso, l'ente ricorrente contesta che le modalità prescelte per la remunerazione degli oneri di committenza, semplicemente «ribaltati» sugli operatori economici, qualificati come «terzi» chiamati al versamento di tali oneri in luogo degli enti soci, sarebbero idonee a inficiare il requisito di cui all'art. 5, co. 1, lett. b), del d.lgs. 50/2016 (oggi dell'art. 12, par. 1, lett. b), della direttiva 24/2014/UE), garantito dal fatto che il servizio è prestato esclusivamente a favore

delle stazioni appaltanti, e, con il secondo motivo, rivendica la sussistenza dei presupposti del controllo analogo, alla luce del recepimento delle indicazioni ricevute nel corso del procedimento dall'A.n.a.c., che, però, al termine dello stesso, avrebbe immotivatamente disatteso le risultanze istruttorie, rigettando la sua domanda di iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192 del d.lgs. 50/2016.

I due motivi di ricorso, che involgono una questione sostanzialmente unitaria, cioè l'accertamento dei presupposti di cui all'art. 5 del d.lgs. 50/2016 affinché ASMEL possa operare come società *in house* nei confronti del Comune di Caggiano, possono essere trattati congiuntamente.

Le tesi del ricorrente non convincono, per diverse ragioni.

10.1.1. La prima riposa sul «*divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme [telematiche di negoziazione] di cui all'art. 58*», ai sensi dell'art. 41, co. 2-bis, del d.lgs. 50/2016, nonché di qualsiasi altro costo connesso al servizio di committenza o di committenza ausiliaria, come chiarito più volte - nei precedenti citati dalla difesa erariale - dal giudice amministrativo (T.A.R. Salerno, I, 2 gennaio 2021, n. 1, confermata in appello dal Cons. Stato, VI, 14 marzo 2022, n. 1782; Cons. Stato, V, 6 maggio 2021, n. 3538).

La decisione unilaterale costitutiva di un obbligo di pagamento nei confronti degli operatori economici quale strumento individuato dagli enti soci di ASMEL per coprire i costi dell'attività di committenza è stata riconosciuta illegittima dalla giurisprudenza perché viola la riserva di legge prevista per le prestazioni patrimoniali imposte dall'art. 23 della Costituzione, senza che, in materia, possano trovare ingresso forme di «delegazione» del debito, alle quali sembra alludere parte ricorrente.

Come l'adempimento del terzo di cui all'art. 1180 c.c. presuppone che questi «*effettu[i] concretamente, in modo libero, spontaneo ed unilateralmente, il pagamento di quanto dovuto al creditore ovvero quella diversa prestazione dedotta in obbligazione*» (Cass. civ., Sez. II, sent. 9 novembre 2011, n. 23354), parimenti la delegazione di debito, di cui all'art. 1268 c.c., postula che «*il debitore [delegante] assegn[i] al creditore [delegatario] un nuovo debitore [delegato], il quale si obbliga verso il creditore...*», cioè un atto di accettazione da parte del nuovo debitore con valore negoziale, seppure per *facta concludentia* (Cass. civ., Sez. I, sent., 11 settembre 2007, n. 19090), che non può certo essere rinvenuto nella sottoscrizione di dichiarazioni di impegno al pagamento richieste dalla *lex specialis* in violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi, in forza del quale «*l'autorità amministrativa ha il potere di emanare solo atti disciplinati nel contenuto, nei presupposti e nell'oggetto dalla legge*» (Cons. Stato, IV, 7 luglio 2014, n. 3418, e 3 marzo 2017, n. 1001).

La costituzione di obblighi di pagamento, incidenti negativamente sulla sfera giuridica soggettiva degli operatori economici che partecipano a procedure ad evidenza pubblica, può discendere, infatti, solo da atti che trovino una puntuale copertura legislativa, come è stato, fino al 31 dicembre 2023, per il rimborso da parte dell'aggiudicatario alla stazione appaltante delle spese di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara, introdotto dall'art. 34, co. 35, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, e mantenuto, successivamente, dagli artt. 216, co. 11, del d.lgs. 50/2016 e 225, co. 1, del d.lgs. 36/2023.

Al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, l'amministrazione non può, pertanto, ricorrere unilateralmente a meccanismi di surrogazione del consenso in via amministrativa, costringendo, tramite apposite clausole del bando, gli operatori economici ad accettare preventivamente, a pena di esclusione, forme di delegazione

del debito costituito dagli oneri di committenza dalla stessa dovuti alla società *in house*.

10.1.2. In secondo luogo, il Collegio rileva che – né in sede procedimentale, né in sede processuale – il ricorrente ha dimostrato che le somme pretese e incassate dagli operatori economici per le attività svolte in relazione alle varie gare erano – come apoditticamente sostenuto – tali da garantire la sola copertura dei costi delle predette attività.

Una dimostrazione che appariva necessaria in quanto le attività di committenza o di committenza ausiliaria svolte da una società *in house* per conto (e nell'interesse) dei suoi soci devono essere per definizione in linea con i costi necessari all'espletamento di tali attività, avuto riguardo – per quanto riguarda quelle attività di committenza ausiliaria che possono essere svolte da operatori economici che sono presenti sul mercato (art. 39, co. 2, del d.lgs. 50/2016) – al principio di congruità di cui all'art. 192, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016, nonché – per quanto riguarda invece le attività di committenza che importano la spendita di poteri autoritativi – al generale principio secondo cui la cooperazione per lo svolgimento di funzioni pubbliche in materia di contratti pubblici «*inclusi gli eventuali trasferimenti finanziari tra [i soggetti cooperanti] dovrebbe essere retta solo da considerazioni legate al pubblico interesse*» (v. considerando n. 33, direttiva 24/2014/UE), oltretutto, più in generale al principio di buon andamento ex art. 97 Cost.

A ciò deve aggiungersi che le attività di committenza e di committenza ausiliaria che ASMEL ha dichiarato di aver svolto per i soci – per poter essere considerate effettivamente svolte in favore degli stessi (e non per il perseguimento di un interesse proprio della società *in house*) anche ai sensi dell'art. 5, co. 1, lett. b), del d.lgs. 50/2016 – richiedono che i trasferimenti finanziari avvengano tra i soci, dando luogo

a «*un fenomeno di collaborazione tra enti nell'esecuzione di opere pubbliche*» (Cass. civ., Sez. I, 10 giugno 2020, n. 11069), che implica, nel primo caso, l'esercizio da parte del committente di poteri autoritativi nei confronti dei terzi, incompatibile con qualsiasi forma di remunerazione dell'attività da parte degli stessi, come accade, invece, nell'ipotesi in cui la società *in house* sia affidataria di una concessione per lo svolgimento di servizi generali di cui all'art. 4, co. 2, lett. a), del d.lgs. 175/2016, che, ove «*erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato*» (art. 2, co. 1, lett. i), del d.lgs. 175/2016), possono essere affidati in concessione a terzi, «*in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore*» (art. 15 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201).

Del tutto correttamente, quindi, a fronte di trasferimenti che non apparivano congrui – né per la forma (pagamento da parte terzi, in luogo di trasferimenti da parte di enti pubblici) né per gli importi (di cui non è stata mai dimostrata la congruità rispetto ai costi) – l'A.n.a.c. ha ritenuto che le somme incassate da ASMEL attraverso l'illegittimo meccanismo della cd. *fee* a carico degli operatori economici non potessero essere considerate come mera remunerazione dei soci per attività svolta nei loro confronti rilevante ex art. 5, co. 1, lett. b), del d.lgs. 50/2016, apparendo tali somme “contaminate” da indebiti utili percepiti dalla società a carico di soggetti terzi, estranei alla causa tipica del contratto che dovrebbe regolare l'affidamento di servizi di committenza dal socio controllante alla sua società *in house*.

Sotto altro profilo, poi, il Collegio non può che condividere quanto notato dall'A.n.a.c. in ordine al fatto che la sistematica fatturazione a carico di terzi di “oneri di committenza” (per importi che – come si è detto – non è in alcun modo dimostrato siano collegati ai costi delle attività svolte) è anche idonea ad incidere in

maniera rilevante sulla dipendenza economica della società ricorrente dagli enti soci, con ciò che ne consegue in termini di impossibilità di ritenere soddisfatto il requisito del controllo analogo di cui all'art. 5, co. 1, lett. a), del d.lgs. 50/2016, prima ancora che quello del fatturato di cui all'art. 5, co. 1, lett. b).

La verifica del possesso dei due requisiti non appare, infatti, scindibile, costituendo entrambi espressione della medesima esigenza che la società *in house* sia una *longa manus* delle amministrazioni dalle quali è partecipata, in ragione, rispettivamente, di una dipendenza organizzativo-gestionale e economica dalle stesse, che si atteggerà diversamente a seconda del tipo di attività esercitata dalla società *in house*, esigendo, laddove questa si identifichi con attività come quelle svolte per i suoi soci dalla società ricorrente (che non comportano l'assunzione in capo alla società *in house* di un rischio imprenditoriale per un'attività destinata a essere remunerata da parte di soggetti terzi, come è nell'ipotesi in cui la società sia concessionaria di un servizio pubblico), una rigorosa regolamentazione dei rapporti finanziari relativi a siffatta attività, sia nel senso della necessità che i flussi finanziari della società per tali attività/funzioni svolte pervengano esclusivamente dai soci, sia nel senso di una tendenziale congruità delle somme ricevute rispetto al costo del servizio reso, in conformità ai principi di cui sopra.

Al contrario, il sistema di remunerazione adottato da ASMEL lungi dal garantire una condizione di dipendenza di questa nei confronti dei Comuni soci, appare idoneo a consentire alla società non solo di acquisire una certa indipendenza finanziaria dai soci, ma anche di consolidare nel tempo una sua posizione di potere economico che non può non incidere sull'effettiva possibilità per i Comuni soci (numerossimi in una compagine sociale instabile e pulviscolare) di essere realmente determinanti in relazione a obiettivi strategici e decisioni significative della società.

Non può che concludersi, quindi, per la ragionevolezza e la logicità del provvedimento gravato nella parte in cui rileva che l'allentamento della condizione di dipendenza economica tra i soci e la ricorrente che il sistema di remunerazione utilizzato nell'ambito del sistema ASMEL è idoneo a generare si traduce in un depotenziamento del controllo dei soci sulla società, con conseguente difetto del requisito di cui all'art. 12, par. 1, lett. b), della direttiva 24/2014/UE.

10.1.3. La mancanza del requisito del «controllo analogo» è, altresì, ulteriormente corroborata dalle evidenze acquisite dall'A.n.a.c. a proposito della composizione e della «stabilità» dell'azionariato di ASMEL.

L'A.n.a.c., infatti, rilevando un *«continuo aggiornamento della compagine societaria con nuovi soci in entrata e in uscita»*, ha concluso che *«la partecipazione di un elevatissimo numero di comuni associati (oggi risultano ufficialmente 843 gli enti soci) 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 evoluzione) e, pertanto, alquanto limitato sulla vita societaria»*.

A tal riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha già chiarito che *«una partecipazione pulvercolare è in principio inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di effettivamente incidere sulle decisioni strategiche della società, cioè di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. fine pubblico di impresa (come in precedenza ricostruito) in presenza di interessi contrastanti e, in ultimo, impeditivi. La particolare modestia della partecipazione al capitale normalmente si riflette infatti in una debolezza sia assembleare sia, di riflesso, amministrativa (la quale può di fatto essere compensata solo in situazioni eccezionali dove altri equilibri refluiscano a compensare questa debolezza). Ciò avviene in modo difficilmente rimediabile nei casi in cui, per fronteggiare questa debolezza, tra i vari enti pubblici così partecipanti in termini minimali non siano stati previsti strumenti negoziali — ad es., patti parasociali — che possano dar modo alle amministrazioni pubbliche di coordinare e dunque rinforzare la loro azione collettiva e,*

in definitiva, di assicurare un loro controllo sulle decisioni più rilevanti riguardanti la vita e l'attività della società partecipata...[sicché]... una partecipazione pulviscolare priva di adeguati strumenti di coordinamento con le partecipazioni di altri soggetti pubblici, non consente o mette in discussione il raggiungimento di tale obiettivo» (Cons. Stato, V, 23 gennaio 2019, n. 578).

Il Comune di Caggiano, sul punto, al di là del richiamo alle «formali» modifiche dello statuto di ASMEL adottate su sollecitazione dell'A.n.a.c., non ha fornito alcuna prova concreta, ancorché indiziaria, né degli strumenti operativi di cui si avvale per incidere sulle scelte strategiche della società partecipata e tramite i quali riesce a condizionarne l'attività né dato evidenza di alcuna forma di «coordinamento» o condivisione delle linee programmatiche con i numerosi (e mutevoli) altri enti soci. Nonostante non facciano parte del corredo motivazionale del provvedimento impugnato, comunque immune dal prospettato difetto di istruttoria, alla luce della già indicata assenza di allegazioni di segno contrario da parte del ricorrente, i riscontri successivi ottenuti dall'A.n.a.c. all'esito del «mandato ispettivo» conferito nel 2018 e nel 2023 al Nucleo speciale anticorruzione della Guardia di Finanza confermano ulteriormente l'evanescenza della partecipazione degli enti soci alle assemblee di ASMEL, assicurata nella maggior parte dei casi ricorrendo a deleghe «in bianco» a favore di dipendenti di quest'ultima (relazione prot. n. 83625 del 28 giugno 2023, par. 3 «*conclusioni*»), testimoniando la correttezza dell'assunto posto alla base del provvedimento impugnato, cioè la profonda distanza che separa il modello societario adottato da ASMEL dal paradigma della società *in house*, che, nel caso di specie, lungi dal subire la necessaria ingerenza degli enti soci, vive di vita propria.

10.2. Con il terzo motivo di ricorso, il Comune di Caggiano contesta che il rigetto dell'A.n.a.c. sarebbe intervenuto sia dopo aver ingenerato negli enti associati il «*qualificato affidamento*» che il buon esito dell'iscrizione dipendesse solo dal

superamento dei primi rilievi sulle criticità presenti nello statuto di ASMEL, violando i principi di correttezza e leale collaborazione, sia troncando bruscamente il dialogo fino ad allora aperto con i richiedenti, ancorché questi ultimi fossero disponibili ad ulteriori misure di adeguamento al fine di acquisire i requisiti mancanti. Il motivo è infondato.

10.2.1. Le tre condizioni poste dall'art. 5, co. 1, del d.lgs. 50/2016 e dall'art. 12, co. 1, della direttiva 24/2014/UE, oltre a dover essere soddisfatte cumulativamente, sono, come si è detto, strettamente intrecciate, concorrendo tutte alla dimostrazione dell'esistenza di una gestione effettivamente pubblica dell'organismo societario, senza che sia possibile attendersi una validazione della domanda per compartimenti stagni ed invocare, quindi, un «legittimo affidamento» sul suo accoglimento per effetto del (presunto) superamento delle fasi iniziali o intermedie del procedimento di verifica, che resta unitario.

Ancorché il procedimento in esame presenti delle indubbie peculiarità, può nondimeno farsi applicazione dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi in materia di gare d'appalto, ad avviso del quale gli atti endoprocedimentali non sono idonei a creare «legittimi affidamenti» nei destinatari (Cons. Stato, III, 7 luglio 2017, n. 3359), potendo la pubblica amministrazione sempre procedere *«al mero ritiro di un provvedimento che ha per sua natura efficacia destinata ad essere superata dal provvedimento conclusivo del procedimento»* (Cons. Stato, V, 19 agosto 2016, n. 3646).

Nel caso di specie non è dato rinvenire alcun atto, con valore provvedimentoale, che abbia potuto creare nel ricorrente un'aspettativa all'ottenimento dell'iscrizione giuridicamente tutelabile.

L'A.n.a.c., infatti, a valle del primo preavviso di rigetto in data 16 dicembre 2020, nel quale ha indicato tra i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza le criticità

«strutturali» della società nel garantire l'effettivo esercizio del controllo analogo da parte degli enti soci, con la nota dell'11 agosto 2021, lungi dall'esprimersi definitivamente sulla corrispondenza attinente a tali aspetti, ha specificato che gli stessi erano *«attualmente in fase di valutazione complessiva anche alla luce di ulteriori approfondimenti giuridici condotti rispetto al requisito dell'ottanta per cento dell'attività svolta a favore degli enti pubblici soci»*, così riservandosi ogni possibile decisione sulla domanda del ricorrente, anche di segno negativo, puntualmente anticipata dal secondo preavviso di rigetto in data 16 dicembre 2021.

10.2.2. D'altra parte, il rigetto della domanda del Comune ricorrente è avvenuto nel rispetto delle *«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»*, con le quali l'A.n.a.c., ai sensi dell'art. 192, co. 1, del d.lgs. 50/2016, a mente del quale *«[l]'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto»*, ha disciplinato analiticamente il procedimento per l'ottenimento dell'iscrizione tramite un atto annoverabile tra gli *«atti di regolazione flessibile, di portata generale e con efficacia vincolante, come tali sottoposti alle garanzie procedurali e giustiziabili davanti agli organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo»* (Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017, parere n. 282).

Tali «linee guida» prevedono, in particolare, che: i) l'A.n.a.c. renda note al richiedente le risultanze istruttorie che ostano all'accoglimento della domanda, acquisendone le controdeduzioni, ed adotti, all'esito della loro valutazione, un provvedimento di iscrizione o di rigetto (art. 5.5); ii) il provvedimento negativo non preclude all'istante la possibilità di riproporre la domanda una volta rimosse le cause di irregolarità (art.

5.7); iii) la sussistenza del requisito del controllo analogo è accertata attraverso una *«valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso»* e che *«[l']onere della prova è posto a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore che, al momento della presentazione della domanda di iscrizione nell'Elenco o a richiesta dell'Autorità, deve indicare gli elementi da cui si desume la sussistenza del controllo analogo e la relativa documentazione probatoria»* (art. 6.3.3).

Le scansioni procedurali tramite le quali l'Autorità è addivenuta al rigetto della domanda del Comune di Caggiano risultano conformi sia al modello procedimentale delineato dal richiamato atto di regolazione, avverso il quale l'ente ricorrente non ha formulato alcuna specifica contestazione, sia al modello generale scolpito dalla l. n. 241/1990, sicché:

- sono evidentemente inammissibili censure avverso gli atti gravati per le presunte illegittimità mutate dall'atto di regolazione presupposto non impugnato;
- fermo restando quanto osservato *sub* 10.2.1. appare imputabile al ricorrente il «frazionamento» del procedimento in due sub-procedimenti di verifica, il primo incentrato sul requisito del controllo analogo e il secondo sul fatturato, in quanto il Comune ricorrente ha allegato gli elementi utili alla disamina di quest'ultimo - tra i quali i *file excel* *«con l'indicazione dei singoli affidamenti da parte dei soci e con l'indicazione specifica della somma posta a carico dell'aggiudicatario»* - non al momento della presentazione della domanda di iscrizione, come imposto dal par. 6.3.3 delle linee guida n. 7, bensì il 20 agosto 2021 (fatto riferito dall'A.n.a.c. nella memoria del 24 ottobre 2024, pag. 4, e non contestato dal ricorrente nella successiva memoria del 2 novembre 2024), circostanza – questa – che consentiva all'evidenza all'A.n.a.c. di adottare un nuovo preavviso di diniego sulla base di ragioni compiutamente apprezzabili solo a seguito della valutazione di documenti forniti dall'interessato in

una seconda fase del procedimento (in coerenza con il principio generale espresso dall'art. 10-bis, l. n. 241/1990);

- è priva di fondamento la pretesa che l'A.n.a.c. dovesse tenere aperto *sine die* il dialogo con il richiedente e rinviare l'adozione del provvedimento finale per tutto il tempo a questi occorrente per recepire le modifiche statutarie necessarie ai fini dell'iscrizione, in quanto la tesi di un'istruttoria «perpetua» si pone in contrasto con l'esigenza di concludere il procedimento allorché siano state accertate condizioni radicalmente ostative al rilascio dell'iscrizione, in conformità alle previsioni di cui ai paragrafi 5.5, lett. b), e 5.6 delle linee guida n. 7 e dell'art. 2 della l. 241/1990, anche in ragione della possibilità di riproporre l'istanza *«una volta venuti meno gli elementi ostativi che sono alla base del provvedimento medesimo»*, prevista dal par. 5.7 delle linee guida n. 7 e, in generale, dall'art. 31, co. 2, ult. per., c.p.a., come, poi, di fatto, è avvenuto, nel caso di specie, in data 5 maggio 2022, alla luce di quanto riferito dall'A.n.a.c. nella memoria di replica del 7 novembre 2024 (pag. 3).

10.3. In conclusione, il diniego di iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192 del d.lgs. 50/2016 disposto con il provvedimento gravato è immune dai vizi denunciati, sicché il ricorso è infondato e va rigettato.

11. Considerata la novità e la complessità delle questioni trattate, le spese possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Agatino Giuseppe Lanzafame, Referendario

Dario Aragno, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Dario Aragno

IL PRESIDENTE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.