

Pubblicato il 07/02/2025

N. 02860/2025 REG.PROV.COLL.

N. 04648/2022 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 4648 del 2022, proposto da Asmel Consortile società consortile a r.l., 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

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

nei confronti

Comune di Caggiano, non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione

a) della delibera ANAC n. 130 del 16 marzo 2022, con la quale si è disposto il diniego di iscrizione della Società ASMEL Consortile nell'Elenco delle Amministrazioni

aggiudicatrici e degli Enti Aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house;

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

c) ove occorra, di tutti gli atti istruttori, presupposti e connessi al provvedimento di diniego e in particolare delle comunicazioni ANAC 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'Anac – Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con domanda acquisita al protocollo dell'ANAC in data 7 gennaio 2020, al n. 729, il Comune di Caggiano ha chiesto di essere iscritto nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, indicando – anche a nome di altri quindici enti locali soci pubblici – quale società destinataria degli affidamenti Asmel Consortile s.c.a r.l. (d'ora in poi Asmel Consortile o ASMEL).

2. Con nota 16 dicembre 2020, prot. n. 95735 ANAC ha rilevato una serie di «criticità e carenze del requisito del controllo analogo congiunto, nell'ambito del regime di *in house providing*,

alla luce di quanto stabilito dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici e degli artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016 ai fini dell'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori di cui all'articolo 192, comma 1, del d.lgs. 50/2016».

3. A seguito di tale comunicazione, ANAC e Asmel Consortile avviavano una serrata interlocuzione, nell'ambito della quale – nel tentativo di risolvere le criticità rilevate dall'Autorità resistente in ordine alla sussistenza del requisito del controllo analogo congiunto – ASMEL provvedeva inoltrare all'ANAC le bozze di un nuovo Statuto e di un nuovo Regolamento di disciplina del controllo analogo congiunto.

4. A seguito della trasmissione di tali documenti, con nota 12 agosto 2021, prot. n. 61697, l'ANAC ha evidenziato che gli stessi sarebbero stati oggetto 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»*, sottolineando che in sede istruttoria era *«emerso che la società ASMEL Consortile s.c. a r.l. è risultata destinataria del pagamento di alcuni corrispettivi per le spese di gestione delle procedure di gara, posti a carico degli operatori economici aggiudicatari»* e che alla luce di ciò *«nonostante la presenza della clausola statutaria prevista dalla normativa di riferimento, si ritiene necessario ricevere tutta la documentazione idonea a comprovare il rispetto della quota dell'ottanta per cento delle attività che – come previsto dall'articolo 5 del d.lgs. n. 50/2016 e, nel caso di società, dall'articolo 16, comma 3 del d.lgs. n. 175/2016 – deve essere effettuata nello svolgimento dei compiti affidati dai soggetti pubblici controllanti per i quali si richiede l'iscrizione»*.

5. Dopo la ricezione di tale nota il Comune di Caggiano:

- in data 20 agosto 2021 ha trasmesso all'Autorità resistente alcuni file excel prodotti da Asmel Consortile con l'indicazione dei singoli affidamenti da parte dei soci e con l'indicazione specifica della somma posta a carico dell'aggiudicatario;
- in data 13 dicembre 2021 ha trasmesso all'Autorità una nota di ASMEL nella quale si confermava che, all'esito dell'assemblea dei soci del 6 dicembre 2021, erano state

approvate le modifiche statutarie e regolamentari oggetto di interlocuzione con ANAC.

6. Con nota 16 dicembre 2021, prot. n. 90339, l'Autorità ha quindi inviato ad Asmel Consortile un nuovo preavviso di rigetto, evidenziando:

- per un verso, che *«il presunto ribaltamento dei costi – o meglio il pagamento di una fee predeterminata in percentuale al valore dell'affidamento e del tutto sganciata dall'effettiva remunerazione dei costi sostenuti e documentati – [costituisce] una ipotesi di “prestazione patrimoniale imposta”, del tutto indebita e illegittima [che] per i suoi connotati concreti riverbera i suoi effetti anche sul disposto normativo previsto dall'art. 5, d.lgs. n. 50/2016 e 4 e 16, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016»*, in quanto da un lato consente ad Asmel di conseguire un “guadagno nel mercato” che *«comporta per tabulas lo sforamento delle soglie di fatturato previste dall'art. 5, d.lgs. n. 50/2016 e dall'art- 16, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016»* e per altro *«depotenzia in concreto anche il controllo degli enti soci che deve sempre essere orientato ad indirizzare ex ante, in itinere ed ex post l'attività della società in house verso il perseguimento dell'interesse pubblico»*, ovvero *«attenua di molto la dipendenza formale, la dipendenza economica e la dipendenza amministrativa della società dai soci»*, alle quali è subordinata la possibilità di qualificazione di una società come *in house*;

- per altro verso, e più in generale, che *«dall'analisi della documentazione prodotta dalla società nel corso dell'istruttoria emerge la mancanza di un effettivo controllo sull'attività della società da parte degli innumerevoli soci enti pubblici»*.

7. Con nota acquisita al protocollo dell'ANAC in data 11 febbraio 2022, al n. 10525, il Comune di Caggiano ha trasmesso una relazione ricevuta da ASMEL nella quale era evidenziato in particolare: a) che il fatto che ASMEL avesse nel tempo percepito ingenti corrispettivi imposti agli aggiudicatari delle procedure di gara era noto da tempo all'Autorità; b) che, in ogni caso, a seguito della sentenza Consiglio di Stato, V, 6 maggio 2021, n. 3538 *«la Giunta per il controllo analogo aveva già assunto la decisione*

prudenziale di invitare i [Comuni] soci ad astenersi dall'applicazione del corrispettivo in capo agli aggiudicatari».

8. Con delibera 16 marzo 2022, n. 130, l'ANAC ha rigettato l'istanza del Comune di Caggiano, osservando:

- per un verso, che la volontà manifestata dalla società di eliminare per il futuro la commissione fissa a carico dell'aggiudicatario non poteva avere rilievo atteso che *«la normativa di riferimento ... prevede che i requisiti dell'in house providing debbano essere posseduti dalla società già al momento della domanda di iscrizione»;*

- per altro verso che – come già notato in sede di preavviso di diniego – l'imposizione agli aggiudicatari del pagamento di una somma fissa e senza effettiva connessione con l'attività erogata e i costi sostenuti aveva consentito a ASMEL di conseguire *«un profitto nel mercato che comporta per tabulas lo sfioramento delle soglie di fatturato previste dall'art. 5, d.lgs. n. 50/2016 e dall'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 175/2016»*, e aveva contribuito a delineare uno stato di fatto che aveva *«eliminato la necessaria dipendenza formale, economica e amministrativa della società dai soci, annullando la dipendenza dell'affidatario diretto in termini di strategie e politiche aziendali»* e ciò anche avuto riguardo *«all'elevatissimo numero di comuni associati (in continua variazione)»*.

9. Con l'atto introduttivo del presente giudizio Asmel Consortile ha impugnato la predetta delibera ANAC n. 130/2022 – in uno con tutti gli atti indicati in epigrafe – e ne ha chiesto l'annullamento sulla base di tre motivi in diritto.

9.1. Con il primo motivo ha lamentato l'illegittimità del provvedimento gravato per *«violazione di legge (artt. 5 e 192 d.lgs. 50/2016; art. 16 d.lgs. 175/2016) [ed] eccesso di potere (difetto del presupposto – di istruttoria – travisamento – illogicità manifesta – motivazione apparente – pretestuosità – arbitrarietà – iniquità – sviamento)»*, sostenendo in particolare:

- che non poteva dubitarsi che ASMEL fosse in possesso del requisito del fatturato previsto dall'art. 5, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, atteso che la stessa ha *«come*

unica mission l'attività di committenza, principale o ausiliaria, in favore delle amministrazioni aggiudicatrici»;

- che l'imposizione di un corrispettivo in misura fissa rapportato al valore della singola gara non aveva consentito ad ASMEL di lucrare profitti in quanto *«il carattere standardizzato dell'attività di committenza [aveva] agevolmente consentito ai Comuni-soci di individuare ... una percentuale del valore di appalto remunerativa dei costi, effettivamente sostenuti, per lo svolgimento dell'attività di committenza, da parte della società in house».*

9.2. Con il secondo motivo ha contestato la decisione adottata dall'Autorità per *«violazione di legge (artt. 5 e 192 d.lgs. 50/2016; art. 16 d.lgs. 175/2016) [ed] eccesso di potere (difetto del presupposto – di istruttoria – travisamento – illogicità manifesta – pretestuosità – arbitrarietà – iniquità – sviamento)»*, osservando:

- che *«l'assenza di qualsiasi (non provata) attività commerciale e di utili esclude ogni ravvisata autonomia patrimoniale e gestionale di ASMEL, rispetto ai Comuni-soci, asseritamente preclusiva dell'esercizio del controllo analogo congiunto»*;

- che non poteva dubitarsi della sussistenza del requisito del controllo analogo, atteso che ASMEL aveva adottato tutte le modifiche statutarie che ANAC aveva indicato come necessarie nel corso del procedimento.

9.3. Con il terzo motivo ha lamentato l'illegittimità del provvedimento dell'ANAC per *«violazione di legge (artt. 5 e 192 d.lgs. 50/2016; art.16 d.lgs. 175/2016); eccesso di potere (difetto del presupposto – di istruttoria- travisamento – illogicità manifesta – pretestuosità - arbitrarietà - iniquità – sviamento)»*, sostenendo, in particolare, che l'Autorità resistente aveva errato a concludere il procedimento con un diniego – ritenendo insuperabile l'assenza dei requisiti riscontrata – senza considerare significativo quanto riferito da ASMEL in ordine alla decisione di eliminare per il futuro la commissione fissa a carico degli aggiudicatari, e vanificando così l'affidamento (sulla possibilità di essere iscritti al registro) formatosi in capo ad ASMEL e ai Comuni soci a seguito delle interlocuzioni con l'Autorità avvenute nel procedimento.

10. In data 29 aprile 2022, l'ANAC si è costituita in giudizio.

11. Con memoria del 6 maggio 2022 – corredata da documentazione – l'ANAC ha svolto le proprie difese e ha innanzitutto eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire di Asmel Consortile.

Nel merito, ha evidenziato l'infondatezza delle doglianze di ASMEL e ha dedotto in particolare:

- che *«il guadagno conseguito da Asmel [a mezzo delle fee imposte agli aggiudicatari delle procedure di gara] comporta per tabulas lo sfioramento delle soglie di fatturato previste dall'art. 5 del d.lgs. 50/2016 e dall'art. 16, co. 3 del d.lgs 175/2016 e depotenzia fortemente il controllo analogo da parte degli enti soci, e, per l'effetto, pone la predetta società consortile al di fuori del perimetro delle società in house»*, notando a tal riguardo che con la remunerazione della ricorrente posta a carico degli aggiudicatari sulla base del valore degli affidamenti *«è stato ... di fatto depotenziato il controllo degli enti soci sull'attività della società, elidendo la necessaria dipendenza formale, economica e amministrativa della società dai soci e annullando, altresì, la dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali che ... sono state da Statuto e nei fatti sottoposte alle linee programmatiche e d'intervento adottate [non dai Comuni ma] da Asmel–Associazione, nonché dai medesimi soggetti privati che avevano [originariamente] dato vita alla società Asmel consortile»*);

- che la circostanza che le modifiche statutarie e regolamentari adottate da ASMEL non erano sufficienti a ritenere sussistente il requisito del controllo analogo era confermata dal fatto in sede di istruttoria era emerso che *«nonostante le modifiche statutarie e regolamentari ... le medesime persone fisiche (soggetti privati che non hanno alcun tipo di legame ufficiale con le amministrazioni socie) che avevano costituito e gestito la società Asmel dalle origini hanno continuato, nel tempo, ad amministrarla e controllarla, senza alcuna sostanziale discontinuità»*.

12. Il 24 ottobre 2024 l'ANAC ha depositato una relazione con cui ha ribadito l'infondatezza del ricorso proposto da ASMEL, evidenziando tra l'altro che quanto

evidenziato nel provvedimento gravato sull'insussistenza del requisito del controllo analogo era confermato da quanto riportato nella relazione della Guardia di Finanza del 7 luglio 2023 (poi depositata in atti il 24 ottobre 2024).

13. Con memoria versata in atti in data 5 gennaio 2024, ASMEL ha ulteriormente argomentato a sostegno delle proprie domande.

14. Il 24 ottobre 2024, l'Autorità resistente ha depositato un'ulteriore relazione – corredata da documentazione – con la quale:

- ha notato di avere interesse a una pronuncia nel merito sulla vicenda, nonostante l'avvenuta abrogazione dell'elenco dei soggetti *in house*, avuto riguardo al fatto che anche il nuovo codice degli appalti e il d.lgs. n. 201/2022 attribuiscono all'Autorità *«compiti di monitoraggio e controllo del fenomeno degli affidamenti in house»*;

- ha ribadito che ASMEL *«non è mai stata sottoposta ad un effettivo controllo analogo e, addirittura, grazie all'ausilio della Guardia di Finanza, è stata accertata e documentata l'assenza di qualsivoglia controllo pubblico da parte dei soci»*.

15. Con memoria del 2 novembre 2024, Asmel Consortile ha insistito nelle domande spiegate nel ricorso introduttivo, contestando *«ogni inammissibile tentativo (ANAC), attraverso ipertrofiche produzioni documentali e relazioni di servizio, di introdurre nuove e diverse ragioni di diniego o di adombrare ulteriori contestazioni»* e osservando che le relazioni versate in atti da ANAC richiamano *«asserite sopravvenienze ed accertamenti postumi, estranei al perimetro oggettivo del presente giudizio impugnatorio, che non possono giustificare, ex post, il diniego di iscrizione, attraverso un surrettizio ricorso al potere di integrazione postuma della motivazione, estraneo al perimetro dei giudizi di legittimità davanti il giudice amministrativo»*.

16. Con memoria di replica del 7 novembre 2024, l'ANAC ha contestato il *«reiterato tentativo [di ASMEL] di ridurre l'oggetto del presente giudizio alla tematica del fatturato»*, osservando che nel provvedimento gravato *«era stata pienamente evidenziata la carenza del controllo effettivo sulla società Asmel»*.

17. All'udienza pubblica del 19 novembre 2024 il ricorso è stato discusso e trattenuto in decisione.

18 Il ricorso è infondato per le ragioni sopra illustrate, sicché il Collegio ritiene di poter prescindere da ogni valutazione circa la sua ammissibilità, nonché circa la sua procedibilità (tenuto conto, peraltro, che tanto la ricorrente quanto l'ANAC hanno manifestato di avere interesse a una pronuncia di merito sulla vicenda).

19. Sono in primo luogo, infondati, il primo e il secondo motivo di ricorso, con cui ASMEL ha sostenuto – in sintesi – di essere in possesso di tutti i requisiti (previsti dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 50/2016 e dall'art. 12, par. 1, direttiva 24/2014/UE) per poterla qualificare come società *in house* controllata dai Comuni soci (motivi che è opportuno siano trattati congiuntamente, anche in ragione del collegamento che – come si dirà meglio *infra* – sussiste tra i predetti requisiti).

Le tesi della ricorrente sono le seguenti.

Per un verso, le concrete modalità di remunerazione dell'attività di ASMEL (ovvero il “ribaltamento” degli oneri di committenza sugli operatori economici partecipanti alle gare, qualificati come “terzi” chiamati al versamento di tali oneri in luogo dei Comuni soci) non sarebbero idonee a inficiare il requisito previsto dall'art. 12, par. 1, lett. b), della direttiva 24/2014/UE (e *ratione temporis* dall'art. 5, comma 1, lett. b), d.lgs. 50/2016), che sarebbe in ogni caso garantito dal fatto che i servizi resi da ASMEL erano stati prestati esclusivamente in favore delle stazioni appaltanti socie. Per altro verso, le modifiche allo statuto adottate da ASMEL all'esito dei primi rilievi di ANAC sarebbero sufficienti a ritenere sussistente il requisito del “controllo analogo”.

La prospettazione di parte ricorrente non convince.

19.1. In primo luogo, il Collegio evidenzia che quanto dedotto e prodotto in giudizio non appare idoneo a scalfire quanto ragionevolmente notato nella delibera gravata in ordine al fatto che il sistema di remunerazione adottato dalla ricorrente (che

prevedeva l'imposizione agli operatori economici del pagamento di una cd. *fee* in misura percentuale fissa sulla base del valore della gara d'appalto, e che è stato in più occasioni dichiarato illegittimo, v. per tutti Consiglio di Stato, V, 6 maggio 2021, n. 3538; VI, 14 marzo 2022, n. 1782 e Consiglio di Stato, V, 28 agosto 2024, n. 7284) ha consentito ad ASMEL di conseguire ingenti profitti e ha contribuito a delineare uno stato di fatto che aveva *«eliminato la necessaria dipendenza formale, economica e amministrativa della società dai soci, annullando la dipendenza dell'affidatario diretto in temi di strategie e politiche aziendali»* e ciò anche a causa *«all'elevatissimo numero di comuni associati (in continua variazione)»*.

A tal proposito, il Collegio evidenzia innanzitutto che – né in sede procedimentale, né in sede processuale – la 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, comma 2, d.lgs. n. 50/2016) – al principio di congruità di cui all'art. 192, comma 2, 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), oltreché, più in generale, al principio di buon andamento ex art. 97 Cost.

A ciò deve aggiungersi che le attività (committenza/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, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 – richiedono che i trasferimenti finanziari avvengano tra i soci, non comportando tali tipologie di attività alcuna erogazione di servizi a pagamento verso terzi (come accade nell'ipotesi in cui la società *in house* sia affidataria di una concessione per lo svolgimento di servizi generali di cui all'art. 4, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 175/2016) che giustifichi trasferimenti di risorse da parte dei privati.

Del tutto correttamente, quindi, a fronte di trasferimenti che non apparivano congrui – né per la forma (pagamento da parte terzi, in luogo di trasferimento diretto da parte della p.a. controllante) né per gli importi (di cui non è stata mai dimostrata la congruità rispetto ai costi) – 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, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 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 da ANAC 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, comma 1, lett. a), d.lgs. 50/2016, prima ancora che quello del fatturato di cui all'art. 5, comma 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 in 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 pervengano esclusivamente dai soci, sia nel senso di una tendenziale congruità delle somme ricevute rispetto al costo del servizio reso, in conformità dei 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 (numerosissimi 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 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.

19.2. A ciò deve aggiungersi che l'insussistenza del requisito del controllo analogo è, altresì, ulteriormente corroborata dalle evidenze acquisite da ANAC a proposito della composizione e della stabilità della compagine societaria di ASMEL.

ANAC 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 ha già chiarito che *«una partecipazione pulviscolare 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»* (Consiglio di Stato, V, 23 gennaio 2019, n. 578).

Sul punto, ASMEL, al di là del richiamo alle modifiche formali dello statuto adottate a fronte dei primi rilievi di ANAC, non ha fornito alcuna prova concreta, ancorché

indiziaria, né sugli strumenti operativi di cui i Comuni soci si avvalgono per incidere sulle scelte strategiche della società partecipata e tramite i quali gli stessi Comuni riescono effettivamente a condizionarne l'attività, né dato evidenza di alcuna forma di effettivo coordinamento o condivisione delle linee programmatiche intercorrente tra i numerosi (e mutevoli) altri enti soci.

A tal riguardo, deve aggiungersi che nonostante non facciano parte del corredo motivazionale dell'atto gravato, i riscontri ottenuti dall'ANAC all'esito del "mandato ispettivo" conferito nel 2018 e nel 2023 al Nucleo speciale anticorruzione della Guardia di Finanza, lungi dal contraddire le conclusioni del provvedimento gravato, sono idonei a confermare 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 (v. relazione prot. n. 83625 del 28 giugno 2023, par. 3 «*conclusioni*»), testimoniando la correttezza dell'assunto posto alla base del provvedimento gravato, cioè la profonda distanza che separa ASMEL dal paradigma della società *in house*, che, nel caso di specie, lungi dal subire la necessaria profonda ingerenza degli enti soci, vive di vita propria.

19.3. Da ciò l'infondatezza dei primi due motivi di ricorso.

20. Infondato, poi è anche il terzo motivo di ricorso, con cui ASMEL ha sostenuto, per un verso, che il rigetto dell'ANAC sarebbe intervenuto 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 e, per altro verso, che l'ANAC avrebbe dovuto apprezzare (ai fini di accogliere la domanda di iscrizione) la decisione di ASMEL di non applicare più, per il futuro, il sistema del "ribaltamento degli oneri" sui partecipanti alle gare.

20.1. A tal riguardo, il Collegio ritiene innanzitutto opportuno osservare – in via generale – che i tre requisiti richiesti dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 50/2016 e dall'art. 12, par. 1, direttiva 24/2014/UE, oltre a dover essere soddisfatti cumulativamente,

sono, come si è detto, strettamente intrecciati, concorrendo tutti alla dimostrazione che l'organismo societario è effettivamente la *longa manus* delle amministrazioni che vi partecipano, senza che sia possibile attendersi una validazione della domanda di iscrizione al registro delle società *in house* per compartimenti stagni ed invocare, quindi, un "legittimo affidamento" sul suo accoglimento per effetto del (presunto) superamento di alcune fasi del procedimento di verifica, che resta unitario.

20.2. A ciò va aggiunto – sempre in termini generali – che sebbene il procedimento oggetto del giudizio presenti delle indubbie peculiarità, può nondimeno applicarsi allo stesso il principio secondo cui atti intermedi ed endoprocedimentali non sono tendenzialmente idonei a generare un affidamento qualificato (Consiglio di Stato, V, 19 agosto 2016, n. 3646).

20.3. Tanto premesso in termini generali, nel caso di specie è dirimente la circostanza che ANAC non ha adottato alcun atto – tantomeno con valore provvedimento – che abbia potuto creare in ASMEL un'aspettativa all'ottenimento dell'iscrizione giuridicamente tutelabile.

L'ANAC, 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 di ASMEL le criticità strutturali della società nel garantire l'effettività del controllo analogo da parte degli enti soci, con la nota datata 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 della ricorrente – anche di segno negativo – puntualmente anticipata dal secondo preavviso di rigetto in data 15 dicembre 2021.

20.4. A ciò deve aggiungersi che il rigetto della domanda del Comune di Caggiano 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».

Linee Guida che sono state adottate ai sensi dell'art. 192, comma 1, d.lgs. 50/2016 (ai sensi 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»); che sono 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» (v. parere Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, 9 gennaio 2017, n. 282) e con le quali l'ANAC ha disciplinato analiticamente il procedimento di iscrizione all'elenco, prevedendo in particolare che: i) l'Autorità renda note al richiedente le risultanze istruttorie che ostano all'accoglimento della domanda, acquisendone le controdeduzioni, e 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 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 presentata dal Comune di Caggiano, come si è detto, risultano conformi al modello procedimentale delineato dal richiamato atto di regolazione, avverso il quale la società ricorrente non ha formulato alcuna specifica contestazione.

In relazione a quanto appena notato, deve in particolare evidenziarsi che:

- sono evidentemente inammissibili censure avverso gli atti gravati per le presunte illegittimità afferenti il procedimento mutuate dall'atto di regolazione presupposto non impugnato;
- non può essere invocato come motivo di illegittimità del provvedimento gravato il “frazionamento” del procedimento in due distinti momenti di verifica (il primo incentrato sul requisito del controllo analogo sulla base di dati “strutturali” inerenti l'organizzazione della società e il secondo sul requisito del fatturato e sulle refluenze che il sistema di remunerazione adottato nell'ambito del sistema ASMEL ha sul controllo analogo), tenuto conto che un tale frazionamento appare imputabile al ricorrente, tenuto conto che gli elementi utili alla disamina del fatturato (tra il 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») sono stati prodotti 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 solo a fronte di una specifica richiesta dell'Autorità resistente (fatto riferito dall'ANAC nella memoria del 6 maggio 2022, pag. 4, e non contestato dal ricorrente nella successiva memoria del 2 novembre 2024); circostanza – questa – che consentiva all'evidenza ad ANAC di adottare un nuovo preavviso di diniego sulla base di ragioni compiutamente apprezzabili solo a seguito della valutazione di documenti forniti dall'interessata in una seconda fase del procedimento (in coerenza con il principio generale espresso dall'art. 10-bis, l. n. 241/1990);
- una volta riscontrata l'esistenza di condizioni ostative all'accoglimento dell'istanza (che – per le ragioni che si sono spiegate *supra sub* 19 – non apparivano superabili solo dal mero impegno di ASMEL a non applicare più, nel futuro, il meccanismo di remunerazione a carico degli operatori economici) l'Autorità non poteva fare altro che concludere il procedimento, 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, e tenuto conto

peraltro che le medesime Linee guida n. 7, al par. 5.7, consentivano agli interessati di riproporre l'istanza successivamente *«una volta venuti meno gli elementi ostativi che sono alla base del provvedimento medesimo»*.

21. Per tutte le ragioni sopra spiegate, il ricorso è infondato e va rigettato.

22. Le spese processuali – tenuto conto di tutte le circostanze del caso, ivi compresa la complessità delle questioni trattate – 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, Estensore

Dario Aragno, Referendario

L'ESTENSORE
Agatino Giuseppe Lanzafame

IL PRESIDENTE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO