



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 780 del 4 settembre 2019

Oggetto: Esito degli accertamenti ispettivi eseguiti dalla Guardia di Finanza – Nucleo Speciale Anticorruzione relativi al monitoraggio dell'attività contrattuale svolta da Asmel Consortile S.c.a r.l.

Il Consiglio

nell'adunanza del 4 settembre 2019;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Vista la relazione congiunta dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi e dell'Ufficio vigilanza forniture e servizi;

Considerato in fatto

L'Autorità, avvalendosi del supporto del Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza, ha svolto un'indagine ad ampio raggio sull'attività contrattuale di ASMEL Consortile S.c. a r.l. (Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali), attualmente costituita interamente da soggetti pubblici, operante a supporto di numerosi enti locali. In particolare, tra le diverse attività espletate, essa assolve a compiti di predisposizione di bandi di gara telematici per conto degli enti associati.

Le risultanze di tale indagine, confluite nel rapporto della Guardia di Finanza prot. n. 51560 del 14.6.2018, hanno rivelato significative anomalie che riguardano:

- le modalità di reclutamento del personale alle dipendenze di ASMEL Consortile S.c.a r.l., sia per l'assunzione del personale, stante il mancato rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, sia con riferimento ai criteri e alle modalità adottati per il conferimento degli incarichi;
- l'affidamento ad ASMEL - da parte dei Comuni di Spadafora (ME) e di Quarto (NA) - di compiti e funzioni propri delle stazioni appaltanti, quali servizi aggiuntivi o servizi di centrali di committenza, ivi comprese operazioni di gara, non escluse le valutazioni delle offerte presentate e la nomina del RUP, oltre alla verifica ex art. 80 d.lgs. 50/2016 dei requisiti di ordine generale dei partecipanti;

- la possibile commistione di interessi privati nella gestione degli acquisti di beni e di servizi destinati al funzionamento di ASMEL, atteso che alcuni di essi derivano da imprese amministrare e/o partecipate da dipendenti della stessa ASMEL, come evidenziati nel citato rapporto GdF nella sezione “flussi finanziari in uscita”;
- i proventi di Asmel provengono, inoltre, da corrispettivi corrisposti da aggiudicatari di gare commissionate dai Comuni consorziati, in genere nella misura dell'1,5% del valore dell'appalto, con aggiramento del divieto di cui all'art. 41, comma 2-bis, del d.lgs. n. 50/2016¹, ossia del divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché degli aggiudicatari, i costi connessi alla gestione di piattaforme telematiche (cfr. “flussi finanziari in entrata” nella relazione citata);

Ritenuto in diritto

Per quanto riguarda l'utilizzo della piattaforma telematica di ASMEL e relativi oneri economici posti a carico degli aggiudicatari delle gare espletate tramite la centrale di committenza ASMEL Consortile S.c.a r.l., in merito al divieto previsto dall'art. 41, comma 2-bis, del d.lgs. n. 50/2016, la stessa ASMEL ha rappresentato che - a seguito di determina del Consigliere delegato del 15.5.2017 - *“dal corrispettivo in capo agli aggiudicatari viene espunto e posto in capo ai soci il valore di 0.35%. Il costo degli altri servizi resta così nella misura dell'1%...”*, ritenendo di conformarsi in tal modo a quanto disposto dal comma 2-bis sopracitato. Al riguardo si ritiene, tuttavia, che tale assunto non sia di per sé idoneo a sanare la ritenuta illegittimità della riscossione a carico dell'aggiudicatario, non potendosi riscontrare alcuna esimente nella riduzione parziale dell'ammontare dell'illegittimo contributo posto in capo all'aggiudicatario.

In occasione di un procedimento di vigilanza dell'Autorità, rubricato con l'identificativo UVCS n. 1543/2017 (Comune di San Giovanni in Fiore), il Consorzio ha comunicato, con nota pervenuta al prot. n. 92919 del 13.11.2018, la decisione di rendere disponibile *“in forma totalmente gratuita”* l'utilizzo della piattaforma telematica per le Stazioni Appaltanti, anche diverse dai propri soci, senza nulla disporre in ordine ai costi del servizio eventualmente imputabili ai concorrenti ovvero agli aggiudicatari.

A seguito di ulteriori approfondimenti intrapresi dagli Uffici precedenti è poi emerso che ASMEL ha continuato ad imputare a carico degli aggiudicatari il costo relativo all'utilizzo del servizio reso, nella misura massima dell'1% in relazione alle fasce d'importo poste a base di gara (Determina ASMEL del 1.3.2018).

Quanto detto trova conferma nella disamina dei bandi di gara predisposti dal predetto Consorzio nell'esercizio dell'attività di committenza ausiliaria svolta per alcuni Enti comunali, ove testualmente si prevede che *“l'operatore economico – in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza Asmel Consortile S.c. a r.l., prima della stipula del contratto, il corrispettivo dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara non escluse dal comma 2-bis dell'art. 41 del D.lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite, una somma pari all'1,00% oltre IVA”*.

Inoltre, da una indagine effettuata negli ultimi giorni tramite consultazione “random” di alcuni bandi di gara di Comuni aderenti alla piattaforma telematica gestita da Asmel Consortile S. c. a r.l., si è potuto rilevare che la clausola contemplante l'obbligo in capo all'aggiudicatario di pagamento del 1% forfettario dei costi della gara continua a persistere, come nel caso dei Comuni di San Prisco (CE) del 12.11.2018 (punto 22 del Disciplinare di gara), del Comune di Parete (CE) (punto 19 del Disciplinare di gara del 5.3.2018), dal Comune di San Nicola la Strada (CE) (det. Area 3 Tecnica N.179 del 6.11.2018 punto 7) e del recente bando di gara del Comune di Bacoli del 15 aprile 2019 che prescrivono l'obbligo per l'aggiudicatario del pagamento di una somma pari al 1% a favore di Asmel Consortile.

¹ Art. 41. (Misure di semplificazione delle procedure di gara svolte da centrali di committenza), comma 2-bis: *“È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58”*.

Per ultimo, un recentissimo esposto inviato all'Autorità da ANACAP (Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate Enti Locali), acquisito al prot. 56498 del 12.7.2019, segnala il perdurare di tale richiesta delle spese di gara a carico dell'aggiudicatario effettuata, in quest'ultimo caso, dal Comune di Cercola (NA) associato ASMEL, in relazione a un bando di gara per l'affidamento dei "Servizi di accertamento, Riscossione entrate e tesoreria" dello stesso Ente locale.

Questi esempi, presumibilmente segnali di una ben più diffusa persistenza di tale illegittima richiesta a carico degli aggiudicatari di gare gestite tramite la piattaforma telematica di ASMEL Consortile, sembrano confutare i presunti effetti della predetta comunicazione del 12.11.2018 della stessa ASMEL Consortile.

Pur ammettendo che ASMEL S.c. a r.l. si sia in seguito uniformata al disposto del comma 2-bis dell'art. 41 del d.lgs. n. 50/2016 e che solo alcuni associati non si siano negligenemente informati sul cambiamento relativo all'attribuzione dei costi di gara in capo all'aggiudicatario, tale pretesa, almeno fino al 12.11.2018, in assenza di espressa previsione di legge, nazionale o regionale, non può in alcun caso giustificarsi, sia pure se finalizzata a fornire alla stazione appaltante un rimborso, anche in via forfettaria, delle spese di gestione.

In tale caso vale rimarcare che dovrebbe essere la stessa Associazione a vigilare affinché i bandi di gara dei propri associati siano conformi al dettato normativo che non prevede, in maniera assoluta, tale modalità di attribuzione delle spese di gara a carico dell'aggiudicatario.

Peraltro, anche il parametro di misurazione del contributo imposto all'aggiudicatario, tarato in quota percentuale sull'importo di aggiudicazione dell'appalto, appare oggettivamente irrazionale e incongruo, in quanto tale criterio di commisurazione sfugge alla logica, ammessa *ex lege* ad es. per il rimborso delle spese di pubblicazione di un bando, di consentire alla stazione appaltante (o ad ASMEL) di recuperare i costi sostenuti per l'utilizzo della piattaforma telematica, snaturando così il fine di mero "rimborso" e venendo meno il rapporto di corrispettività. Il contributo, pertanto, non essendo conciliabile con la nozione di "rimborso dei costi sostenuti" non trova alcuna legittima giustificazione causale che, in assenza di un'espressa previsione normativa, potrebbe configurarsi sul piano civilistico come "indebito arricchimento".

Inoltre, su un piano pubblicistico, il contributo così determinato rivela una portata anticoncorrenziale in contrasto con il principio del *favor* alla più ampia partecipazione dei concorrenti alle procedure concorsuali, configurandosi come sbarramento manifestamente illogico, irragionevole e limitativo della concorrenza, il cui effetto espulsivo scaturente dal (possibile) rifiuto dell'aggiudicatario di corrisponderne l'importo, comportante una sorta di "rifiuto all'aggiudicazione", contrasta altresì con il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione.

Sempre in merito alla reiterazione dell'addebito dei costi di gara all'aggiudicatario, una recente ordinanza del TAR Puglia (Sez. Lecce, n. 328 del 29.05.2019) ha accolto l'istanza di sospensione cautelare presentata da ANCE ed ANCE Lecce avverso gli atti di una procedura di gara indetta dal Comune di Lizzanello (LE) in data 26.3.2019, perciò sempre successiva alla già citata comunicazione di ASMEL Consortile del 12.11.2018, per l'affidamento dei lavori di "*Ristrutturazione di parte di fabbricato esistente ubicato nella frazione di Merine da destinare a centro aperto polivalente anziani (art. 106 del Reg. n. 4 del 18-1-2007)*". Il giudice amministrativo ha rilevato l'illegittimità della clausola in esame in quanto in violazione sia del citato art. 41, comma 2-bis, sia dell'art. 23 della Costituzione, secondo il quale ogni prestazione patrimoniale imposta deve trovare il proprio fondamento nel dettato legislativo. Ad avviso del Collegio, peraltro, "l'apporto partecipativo di Asmel alla procedura di gara (ulteriore rispetto alla messa a disposizione della piattaforma telematica) è minimo, e non risulta che quest'ultima sia una Centrale di Committenza, né che sia iscritta all'Anagrafe delle Stazioni Appaltanti".

Sul punto l'Autorità si era già espressa con Atto di Segnalazione n. 3 del 25 febbraio 2015, in cui si precisava che un tale contributo determinerebbe, inoltre, un aggravio dei costi per gli operatori, che

verrebbero traslati sull'ente appaltante, e per esso sulla collettività, "offrendo minor ribassi in gara, al fine di compensare il probabile costo posto a loro carico, laddove dovessero risultare aggiudicatari".

Per quanto riguarda la centralizzazione degli acquisiti imposta ai Comuni non capoluogo, e segnatamente l'obbligo di approvvigionarsi mediante centrali di committenza e convenzioni Consip e/o MePA, contemplato dall'art. 33, comma 3-bis, del previgente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), il Consiglio di Stato (Sez. V), con ordinanza n. 68 del 3.1.2019 resa nel giudizio n. 2863/2016, in accoglimento della specifica richiesta proveniente da ASMEL, ha rimesso alla Corte di Giustizia Europea apposti quesiti sulla coerenza con i principi europei del vecchio comma 3-bis.

Più in dettaglio, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia Europea la questione nei termini che seguono: "se osta al diritto comunitario, una norma nazionale, come l'art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che limita l'autonomia dei comuni nell'affidamento ad una centrale di committenza a due soli modelli organizzativi quali l'unione dei comuni se già esistente ovvero il consorzio tra comuni da costituire" e, in ogni caso "se osta al diritto comunitario, e, in particolare, ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici di servizi, una norma nazionale come l'art. 33, comma 3bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, letto in combinato disposto con l'art. 3, comma 25, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in relazione al modello organizzativo dei consorzi di comuni, esclude la possibilità di costituire figure di diritto privato quali, ad es, il consorzio di diritto comune con la partecipazione anche di soggetti privati" e, infine, "se osta al diritto comunitario e, in particolare, ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici di servizi, una norma nazionale, come l'art. 33, comma 3bis, che, ove interpretato nel senso di consentire ai consorzi di comuni che siano centrali di committenza di operare in un territorio corrispondente a quello dei comuni aderenti unitariamente considerato, e, dunque, al massimo, all'ambito provinciale, limita l'ambito di operatività delle predette centrali di committenza". Al riguardo, tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato, con decisione n. 4190/2019, ha affermato che se un soggetto aggregatore ovvero una centrale di committenza regionale hanno stipulato una convenzione, la pubblica amministrazione non può avviare una autonoma procedura di gara soprattutto se non esprime una adeguata motivazione.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 33 del 4 marzo 2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli obblighi di gestione associate «nella parte in cui non prevede la possibilità, in un contesto di Comuni obbligati e non, di dimostrare, al fine di ottenere l'esonero dall'obbligo, che a causa della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, del Comune obbligato, non sono realizzabili, con le forme associative imposte, economie di scala e/o miglioramenti, in termini di efficacia ed efficienza, nell'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento».

Relativamente ai contratti passivi per l'acquisizione di servizi e forniture, l'indagine svolta dalla Guardia di Finanza nel 2018 ha rilevato i seguenti contratti in essere:

1. Associazione Nazionale per la Tutela dell'Ambiente (rappr. Legale ...OMISSIS...) – locazione a titolo gratuito immobile sito in ...OMISSIS...;
2. Consorzio Asmez (socio di Asmel Consortile sino al 1.1.2014 e fondatore di Asmel Associazione - Presidente C.d.A. sig. ...OMISSIS...). A) contratto di concessione di utilizzo del 31.1.2013 (probabile contratto di locazione) di alcuni locali in Napoli sede unità operativa Asmel Consortile. Importo canone annuo €38.000,00. B) Attività di progettazione, sperimentazione e sviluppo software per piattaforma telematica, contratto del 11.3.2013. Importi annui €36.000,00 per attività sviluppo portale e €8.000,00 dal 2015 per manutenzione; Affidamento gestione servizio di e-procurement del portale, contratto del 30.4.2014;
3. Asmenet Scarl (già Asmenet Campania Scarl e socio fondatore Asmel rappresentata dal sig. ...OMISSIS...). Contratto di sub locazione due immobili a Napoli (di proprietà di Medivia s.r.l. amministratore e socio unico sig. ...OMISSIS...) fino al 31.12.2018 per €25.000,00

annui. Attualmente responsabile delle relazioni esterne di Asmel Consortile è la sig.ra ...*OMISSIS*... rappresentante pro tempore di Asmenet Scarl. La sig.ra ...*OMISSIS*... dal 2013 opera in Asmel Consortile con distacco dal Consorzio Asmez e dal 2016 è transitata alle dipendenze di Asmel Consortile a seguito dell'acquisto del ramo d'azienda della Asmepal S.r.l. (Amministratore sig. ...*OMISSIS*... attuale consigliere di Asmel Consortile). Amministratore unico di Asmenet Scarl è il sig. ...*OMISSIS*... transitato come la sig.ra ...*OMISSIS*... dal 2016 in Asmel Consortile;

4. Selene Service S.r.l. Contratto del 8.1.2014. Concessione di una sala di riunioni in Napoli per l'espletamento delle attività delle Commissioni di gara. Corrispettivo previsto €.450,00 per giornata d'uso. Amministratore società sig. ...*OMISSIS*... (85% capitale), 5% sig.ra ...*OMISSIS*..., 5% sig.ra ...*OMISSIS*... (moglie di ...*OMISSIS*...), restante 5% sig. ...*OMISSIS*...responsabile ufficio gare di Asmel Consortile;
5. Abaco telematica S.r.l. a socio unico sig. ...*OMISSIS*...: A) Contratto utilizzo ufficio in Napoli per €. 10.282,00 annui; B) Cessione contratto d'affitto di altro immobile di proprietà sig. ...*OMISSIS*.... La G.d.F. riferisce che tale cessione pare corrispondere alla stessa porzione imm.re di cui sopra al punto A);
6. Sig.ra ...*OMISSIS*... (moglie sig. ...*OMISSIS*...) Contratto del 2.1.2017 locazione seminterrato in Napoli per €.3.000,00 annui.

Riguardo a tali contratti passivi di locazione, risulta utile ricordare quanto espresso dal Consiglio di Stato (Adunanza della Commissione speciale del 11 aprile 2018) in merito agli obblighi a cui si deve attenere una Pubblica Amministrazione o una Società/Ente svolgente funzioni di pubblico interesse e, pertanto, soggetti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici. La Commissione speciale, in tal senso, si è pronunciata in questi termini: "Alla luce delle considerazioni che precedono deve concludersi che l'art. 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, così come modificato dall'art. 5 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, letto in combinato disposto con l'art. 17, lett. a), comporta che in riferimento ai contratti "aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni" vanno rispettati i principi "di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" previsti dall'art. 4 per tutti i contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice". Pertanto, i sunnominati contratti passivi di locazione appaiono essere stati stipulati al di fuori di un sia pure minimo confronto concorrenziale a cui si sarebbe dovuto attenere un soggetto che si attribuisce funzioni pubbliche e, oltretutto, sottoscritti con controparti locatrici che sono risultate avere legami di dipendenza o familiari con la stessa struttura associativa facente capo alle varie ASMEL/ASMELConsortile/ASMENETScarl/ASMEPAL/ASMENET Campania Scarl, tutte presumibilmente riconducibili ad un unico centro decisionale.

Riguardo ai contratti di servizi informatici, inoltre, la stessa relazione della G.d.F. ha rilevato: A) Asmenet Scarl. Contratto del 9.4.2013 per la progettazione, realizzazione e sviluppo del portale Asmecomm. Costi €.4.000,00 per progettazione e €. 6.000,00 annui per realizzazione e sviluppo. B) Asmel Associazione (già socio di Asmel Consortile al 1.1.2015 legale rappresentante sig. ...*OMISSIS*...). Fornitura servizio full-service di e-procurement comprensivo di licenza d'uso su piattaforma di Asmez. Contratto del 8.4.2014. Corrispettivo 0,40% dell'importo fatturato da Asmel Consortile nei confronti dell'O.e. aggiudicatario. Successivamente detta fornitura della piattaforma telematica di e-procurement veniva assegnata all'O.e. Net4Market-CSAMed S.r.l. con contratto del 1.3.2018 per €.160.000,00 annui.

Anche per questo tipo di affidamenti si rileva che un soggetto che si attribuisce compiti e responsabilità pubbliche avrebbe dovuto attenersi alle regole del d.lgs. 50/2016 e non procedere ad affidamenti diretti almeno per i contratti di durata indeterminata il cui importo complessivo (i.e. costo per mese moltiplicato per quarantotto mensilità) risultava superare ampiamente i limiti delle soglie comunitarie stabilite per tale tipo di servizi.

Tutto ciò considerato e ritenuto,

DELIBERA

- le risultanze istruttorie cui si perviene a conclusione degli accertamenti eseguiti dal Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza e dagli Uffici di vigilanza procedenti, anche mediante analisi comparata dei dati emergenti da autonome istruttorie in carico ai medesimi Uffici, rivelano il persistere dell'aggiramento del divieto di cui all'art. 41, comma 2-bis, del d.lgs. n. 50/2016 da parte di alcune stazioni appaltanti che si avvalgono di ASMEL, secondo cui non è consentito porre a carico dei concorrenti, nonché degli aggiudicatari, i costi connessi alla gestione di piattaforme telematiche;
- parimenti anomale appaiono le modalità di reclutamento del personale alle dipendenze di ASMEL Consortile S.c.a r.l., sia per l'assunzione del personale, stante il mancato rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, sia con riferimento ai criteri e alle modalità adottati per il conferimento degli incarichi;
- ulteriori criticità si registrano nell'affidamento ad ASMEL - da parte dei Comuni di Spadafora (ME) e di Quarto (NA) - di compiti e funzioni propri delle stazioni appaltanti, quali servizi aggiuntivi o servizi di centrali di committenza, ivi comprese operazioni di gara, non escluse le valutazioni di offerte presentate e la nomina del RUP, oltre alla verifica ex art. 80 d.lgs. 50/2016 dei requisiti di ordine generale dei partecipanti;
- dall'istruttoria emerge la mancata applicazione dei principi stabiliti dall'art. 4 del d.lgs.50/2016 riguardo alle locazioni passive di cui usufruiscono le diverse strutture delle varie componenti dell'Associazione, oltre al mancato rispetto dei principi stabiliti dallo stesso Codice degli appalti pubblici riguardo all'affidamento dei servizi e forniture relativi ai contratti ICT destinati al funzionamento della piattaforma telematica di e-procurement ASMEL .
- di invitare ASMEL Consortile S.c. a r.l. a comunicare all'Autorità le iniziative e/o gli atti che intende adottare in relazione alle contestazioni contenute nella presente delibera, mediante sintetica informativa da trasmettere entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della stessa;
- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera:
 - ad ASMEL Consortile S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t. presso la sede sociale di Via ...*OMISSIS*...;
 - alla Procura Generale della Corte dei conti e a quella regionale della Lombardia per eventuali iniziative di competenza;
 - alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Varese per eventuali iniziative di competenza.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 settembre 2019
Il Segretario *Maria Esposito*