



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'UMBRIA

COMUNE DI MARSCIANO
ASMEL CONSORTILE A R.L.
(art. 5, c. 3, TUSP)

Deliberazione 14/2023/PASP



CORTE DEI CONTI



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'UMBRIA

COMUNE DI MARSCIANO
ASMEL CONSORTILE A R.L.
(art. 5, c. 3, TUSP)

Marzo 2023



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'UMBRIA
composta dai magistrati*:

Antonello COLOSIMO	Presidente
Acheropita MONDERA	Consigliere
Annalaura LEONI	Prima referendaria – relatrice

*riuniti mediante collegamento telematico

nella camera di consiglio del 7 marzo 2023

VISTO l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

VISTO il r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni, recante l'approvazione del Testo unico delle leggi sulla Corte dei conti;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000, recante il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della stessa Corte, e successive modificazioni;

VISTO il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica;

VISTO in particolare l'art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 175/2016, come modificato dall'art. 11, comma 1, lett. a), della l. 5 agosto 2022, n. 118;

VISTA la deliberazione del Consiglio comunale di Marsciano (PG) n. 66 del 15 dicembre 2022 concernente *"acquisto quote societarie centrale di committenza ASMEL consortile a.r.l. ai sensi dell'art. 37, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici) e dell'art. 4, comma 2 lett. e) del d.lgs. n. 175/2016 (TUSP)"*, tramessa in data 11 gennaio 2023 a mezzo pec ed acquisita al prot. n. 64 di pari data;

VISTA l'ordinanza n. 7 del 6 marzo 2023, con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'odierna camera di consiglio;

UDITA la relatrice, dott.ssa Annalaura Leoni;

PREMESSO IN FATTO

1. Con nota inviata, a mezzo pec, l'11 gennaio 2023, il Comune di Marsciano ha trasmesso, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 (di seguito TUSP), la deliberazione di Consiglio comunale n. 66 del 15 dicembre 2022, con la quale è stata assunta la decisione di procedere all'acquisto, mediante sottoscrizione, di una quota societaria di ASMEL Consortile s.c.a r.l. (di seguito ASMEL consortile) di € 2.730,00.

2. L'Ente ha, preliminarmente, rappresentato di essersi associato (delibera G.C. n. 341 del 6 dicembre 2022) all'Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali (di seguito ASMEL), associazione senza scopo di lucro che ha promosso la costituzione di ASMEL Consortile *"quale Centrale di Committenza tra i Comuni associati, il cui capitale sociale, a partire dall'11/11/2015, è interamente detenuto da Enti Locali associati"*.

2.1. Nell'atto deliberativo si rappresenta che:

(i) con deliberazione del Consiglio di Amministrazione di ASMEL Consortile del 18 dicembre 2015 è stato approvato il "Regolamento per il controllo analogo" (allegato alla deliberazione, unitamente allo Statuto, non trasmesso alla Sezione, ma reperibile sul sito internet della società), al fine della qualificazione della società quale *"in house"* dei Comuni soci, che *"detto modello societario è conforme alle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 e del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, D.Lgs. n. 175 del 19/08/2016"* e che *"l'adesione alla società non è in contrasto con le vigenti norme sulla*

limitazione delle società pubbliche (D.L. n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012, Legge n. 190/2014) in quanto esse non si applicano (...) alle società che svolgono compiti di centrale di committenza”;

(ii) il 6 dicembre 2021 l’Assemblea dei Soci ha ratificato all’unanimità la “scelta di conformarsi come Struttura di supporto al RUP ex art. 31 co. 9 del Codice dei contratti pubblici” e che ASMEL Consortile risponderebbe alla previsione di cui all’art. 9, comma 2, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, che stabilisce che al fine di assicurare l’efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR, le amministrazioni possono avvalersi del supporto tecnico-operativo assicurato per il PNRR da società a prevalente partecipazione pubblica, rispettivamente, statale, regionale e locale, dagli enti del sistema camerale e da enti vigilati. Viene, altresì, richiamato l’art. 52, comma 12 (*rectius*, comma 1, lett. a), punto 1.2) del medesimo d.l. n. 77/2021 in ordine alla “obbligatorietà del ricorso alle centrali di committenza per gare rientranti in tutto o in parte nel PNRR”;

(iii) la società sarebbe “costituita quale Centrale di Committenza ai sensi dell’art. 37, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) nel rispetto delle disposizioni dell’art. 4, comma 2 lett. e del D.Lgs n.175/2016 (Testo unico sulle Società Partecipate – TUSP)” e iscritta quale Centrale di committenza all’Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti presso ANAC, ai sensi dell’art. 216, commi 9 e 10, del d.lgs. n. 50/2016, con Codice AUSA 0000355333.

2.2. Il Consiglio comunale ha, pertanto, espressamente ritenuto “strategico l’obiettivo di aderire alla ASMEL Consortile s.c. a r.l., naturale sviluppo delle azioni intraprese di centralizzazione delle gare e coordinamento di servizi innovativi, di cui questa Amministrazione vuole usufruire” e “necessario e opportuno, non disperdere il patrimonio di esperienze sviluppate e le buone pratiche implementate in seno dalla rete ASMEL anche al fine di superare l’attuale sistema di frammentazione degli appalti pubblici e semplificare le attività di gestione delle procedure ad evidenza pubblica”, così concludendo per l’assunzione da parte dell’Ente dello status di socio in ragione della “peculiarità dei fini di pubblico interesse statutariamente perseguiti dalla predetta società consortile”.

2.3. La deliberazione in esame è corredata dei pareri favorevoli di regolarità tecnica e di regolarità contabile, nonché del parere favorevole del Collegio dei revisori,

acquisito in istruttoria dalla Sezione, che riproduce in sintesi il contenuto dell'atto deliberativo consiliare.

2.4. L'Amministrazione ha, inoltre, rappresentato di aver sottoposto l'atto a forme di consultazione pubblica, ai sensi dell'art. 5, comma 2, TUSP, consistita nella pubblicazione dello schema di deliberazione sul sito *web* istituzionale dell'Ente.

CONSIDERATO IN DIRITTO

La Sezione è chiamata a pronunciarsi sulla deliberazione del Consiglio comunale di Marsciano n. 66 del 15 dicembre 2022, in ragione di quanto previsto dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP.

Tali disposizioni, come di recente modificate dall'art. 11, comma 1, lett. a), della l. 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), prevedono che le Amministrazioni pubbliche siano tenute ad inviare gli atti deliberativi di costituzione di società o di acquisizione di partecipazione diretta o indiretta – oltre che all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'art- 21-*bis* l. n. 287/1990 – alla Corte dei conti, che delibera, entro sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 dell'art. 5 e dagli artt. 4, 7 e 8 TUSP, specificamente in merito alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Il comma 4 attribuisce, in particolare, alle Sezioni regionali di controllo la competenza per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione. Il medesimo comma prevede, poi, che la pronuncia, entro cinque giorni dal deposito, venga trasmessa dalla segreteria della Sezione competente all'Amministrazione interessata, tenuta a pubblicarla entro cinque giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale.

Le Sezioni riunite in sede di controllo, con deliberazione 16/QMIG/2022, assunta nell'adunanza del 27 ottobre 2022, nel chiarire natura ed esiti della funzione attribuita alla Corte dei conti dalla nuova formulazione dell'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, hanno affermato che la pronuncia ivi prevista, qualificata dal Legislatore

“parere”, “postula l’espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti”, il cui fine deve rinvenirsi nella necessità di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell’Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato, “in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l’intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili”.

La novella legislativa individua, oltre a procedura ed esiti, anche i parametri di riferimento della peculiare attività di controllo che la magistratura contabile è chiamata a svolgere, ricostruiti anche dalla giurisprudenza delle Sezioni riunite di questa Corte, da ultimo con deliberazione n. 10/PASP/2023; essi concernono in primo luogo l’assolvimento da parte dell’Ente dell’onere di analitica motivazione dell’atto deliberativo di costituzione di società o di acquisizione di partecipazione in ordine: (i) alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all’art. 4 TUSP, (ii) alle ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato, (iii) alla compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa ed, infine, (iv) alla compatibilità dell’intervento finanziario con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. La verifica deve, inoltre, riguardare, a monte, la conformità dell’atto deliberativo alle previsioni del testo unico contenute negli artt. 7, relativo alla costituzione di società a partecipazione pubblica, e 8, sull’acquisto di partecipazioni in società già costituite.

Il Legislatore ha, infine, stabilito che, in caso di omessa pronuncia nei termini, l’Amministrazione possa procedere alla costituzione della società o all’acquisto della partecipazione; nell’ipotesi di pronuncia totalmente o parzialmente negativa, l’Amministrazione pubblica interessata, ove intenda procedere egualmente, è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a darne pubblicità nel proprio sito internet istituzionale (commi 3 e 4).

Tanto premesso, considerato che la deliberazione in esame – adottata da una Amministrazione comunale, avente ad oggetto l’acquisizione *ex novo* di partecipazioni in società consortile e assunta nella vigenza del nuovo testo dell’art. 5, comma 3, TUSP – rientra, soggettivamente e oggettivamente, nel perimetro applicativo di tale disposizione, si procede di seguito con le verifiche di competenza questa Sezione.

1.1. Osservanza delle regole di competenza e del contenuto motivazionale (art. 8 TUSP).

L’operazione, consistente, come visto, nell’acquisto di partecipazione societaria, risulta in primo luogo correttamente deliberata dal Consiglio comunale con deliberazione, come richiesto dall’art. 7, comma 1, TUSP, applicabile alla fattispecie in ragione del rinvio operato dal successivo art. 8, comma 1, TUSP.

In merito al requisito di analitica motivazione prescritto dall’art. 5, comma 1, TUSP richiamato dall’art. 8, comma 1, TUSP a mezzo del rinvio operato all’art. 7, comma 2, TUSP, si osserva che l’atto deliberativo presenta alcune criticità, come meglio si chiarirà nei successivi paragrafi.

1.2. Rispetto dei vincoli tipologici (art. 3 TUSP) e finalistici (art. 4 TUSP).

1.2.1. L’art. 3, comma 1, TUSP individua i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica, stabilendo che *“le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa”*. Pertanto, l’acquisizione in esame risulta conforme alle previsioni di legge, essendo ASMEL Consortile società consortile a responsabilità limitata e, pertanto, rientrante tra le tipologie ammesse.

1.2.2. Le partecipazioni in società da parte delle “amministrazioni pubbliche” individuate dall’art. 2, comma 1, lett. a), TUSP sono, inoltre, assoggettate ad un duplice vincolo finalistico, in ragione dell’art. 4 TUSP: quello generale di scopo di cui al comma 1, consistente nella produzione di beni e servizi strettamente necessari

al perseguimento delle finalità istituzionali; quello di attività, dovendo la società operare in uno dei campi elencati dai successivi commi del medesimo articolo 4.

Tale ultima disposizione definisce, infatti, il perimetro entro il quale può ritenersi ammissibile il ricorso allo strumento societario da parte delle Amministrazioni pubbliche, a partire dal preliminare divieto generale, imposto dal comma 1, di costituzione, diretta o indiretta, di “*società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*”, nonché di acquisizione o mantenimento di partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Il successivo comma 2 individua, quindi, le attività il cui svolgimento, premessi i limiti del comma 1, giustifica la costituzione di società o l’acquisizione o mantenimento di partecipazioni in società da parte delle Amministrazioni pubbliche: a) la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e la realizzazione di un’opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell’art. 193 del d.lgs. n. 50 del 2016; c) la realizzazione e la gestione di un’opera pubblica, ovvero l’organizzazione e la gestione di un servizio d’interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all’art. 180 del d.lgs. n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all’art. 17, commi 1 e 2, TUSP; d) l’autoproduzione di beni o servizi strumentali all’ente o agli enti pubblici partecipanti, o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016.

L’analitica motivazione che, ai sensi dell’art. 5, comma 1, deve supportare l’atto deliberativo, investe, *in primis*, proprio la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali dell’Ente, come declinate dall’art. 4 TUSP.

In proposito, la deliberazione del Comune di Marsciano, pur non compiutamente argomentando su tale profilo, sia nel proprio oggetto - “*Acquisto quote societarie*

centrale di committenza ASMEL Consortile a.r.l. ai sensi dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 [...] e dell'art. 4, comma 2, lett. e) del d.lgs. n. 175/2016 (TUSP)" – sia nel corpo motivazionale – ove si riferisce alla qualificazione di ASMEL Consortile quale Centrale di committenza ai sensi dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 "nel rispetto delle disposizioni dell'art. 4, comma 2, lett. e), del D.lgs. n. 175/2016", all'iscrizione della stessa quale Centrale di committenza all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti, ai sensi dell'art. 216, commi 9 e 10, d.lgs. n. 50/2016, all'obbligatorietà, di cui all'art. 52, comma 12 (rectius, comma 1, lett. a), punto 1.2), del d.l. n. 77/2021 del ricorso alle centrali di committenza per gare rientranti in tutto o in parte nel PNRR e all'intenzione dell'Amministrazione di usufruire delle "azioni intraprese di centralizzazione delle gare e coordinamento di servizi innovativi" e di "non disperdere il patrimonio di esperienze sviluppate e le buone pratiche implementate in seno dalla rete ASMEL anche al fine di superare l'attuale sistema di frammentazione degli appalti pubblici e semplificare le attività di gestione delle procedure ad evidenza pubblica" – porta a ritenere che l'acquisizione societaria sia finalizzata dall'Ente allo svolgimento delle attività di cui all'art. 4, comma 2, lett. e) "servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016". A tale interpretazione pare contribuire anche il passaggio motivazionale in cui si evidenzia che "Asmel Consortile risponde alla previsione di cui all'art. 9, comma 2 della legge n.108/2021 di conversione del Decreto Governance PNRR, DL 77/2021, che espressamente dispone che «al fine di assicurare l'efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR, le amministrazioni [...] possono avvalersi del supporto tecnico operativo assicurato per il PNRR da società a prevalente partecipazione pubblica, rispettivamente, statale, regionale e locale e da enti vigilati»".

Sul punto il Collegio non può esimersi dall'esprimere le proprie perplessità in merito all'effettiva idoneità dell'acquisizione a soddisfare le esigenze che hanno determinato l'Amministrazione alla deliberazione – in ciò condividendo quanto già segnalato da questa magistratura contabile in altra recente deliberazione relativa a fattispecie sempre involgente l'acquisizione di partecipazioni nella società ASMEL Consortile (SRC Piemonte 17/2023/SRCPIE/PASP) – a fronte delle osservazioni

mosse proprio sulla natura di ASMEL Consortile dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione

E' emerso, infatti, che già il Consiglio di Stato, con decisione n. 6975/2020, abbia affermato che ASMEL Consortile non possa rivestire la posizione di centrale di committenza; inoltre, più recentemente, con delibera n. 570 del 30 novembre 2022, l'ANAC, richiamati i propri precedenti in ordine alla mancata qualifica di ASMEL quale centrale di committenza/soggetto aggregatore, (cfr. delibera 32/2015, delibera 780/2019, delibera 179/2020, delibera 202/2021), ha segnalato che *"con la delibera dell'Autorità n. 643 del 22 settembre 2021 è stata rigettata la domanda di iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori di cui all'art 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, impugnata da ASMEL presso il competente Tribunale amministrativo, confermandosi nella sostanza la carenza del requisito soggettivo individuato dall'art. 2 del DPCM 11.11.2014. Al riguardo, è stato evidenziato che la centrale di committenza può essere costituita dagli Enti locali non capoluogo di provincia nella forma di associazioni, unioni, consorzi, ma occorre, in ogni caso, che sia territorialmente limitata agli ambiti di una o più aree vaste, ovvero sub regionale, così come ribadito dallo stesso comma 5 dell'articolo 37 del nuovo codice dei contratti pubblici, anche al fine di perseguire l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per ottimizzare il sistema del public procurement, negando altresì la sussistenza dei connotati di organismo in house"* e, ancora, *"sotto il profilo del rispetto dei requisiti per l'in-house providing di cui all'art. 5 del d.lgs. 50/2016 e degli art. 4 e 16 del d.lgs n. 175/2016, l'Autorità con la delibera n. 130 del 16 marzo 2022 ha rigettato la domanda di iscrizione all'Elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'art. 192, comma 1 del d.lgs. 50/2016, presentata dal Comune di [...OMISSIS ...] in nome e per conto di n. 843 enti soci della ASMEL in relazione, nella sostanza, al «mancato rispetto del limite quantitativo in relazione ai requisiti dell'attività prevalente e del controllo analogo, così come richiesti espressamente dal D.Lgs 50/2016 e dal Dlgs 175/2016».* Nell'ambito di tale delibera, che risulta impugnata, viene rilevato, tra l'altro, in relazione al criterio del fatturato, che impone che più dell'80% del fatturato sia svolto in favore dell'ente pubblico o degli enti pubblici soci,

che «nel caso di specie, è stato documentato che negli anni oggetto di analisi (2018, 2019, 2020 e 2021) la quasi totalità del fatturato è frutto di una operazione commerciale a carico degli aggiudicatari». Profili di carenza risultano ulteriormente accertati anche in relazione alla sussistenza «di un effettivo controllo sull'attività della società da parte degli innumerevoli soci enti pubblici», laddove l'Autorità ha avuto modo di rilevare che «si rileva che la partecipazione di un elevatissimo numero di comuni associati ... 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 variazione) e, pertanto, alquanto limitato sulla vita societaria». Ne consegue che, a seguito di tale diniego di iscrizione nell'elenco in house, ASMEL consortile non può operare come Centrale di committenza».

L'Autorità ha, quindi contestato la qualificazione assunta da ASMEL quale centrale di committenza, ritenendo che non possa, conseguentemente, "essere assolto, da parte dei Comuni non capoluogo di provincia, l'adempimento di cui all'art. 52, punto 1.2. del d.l. 77/2021, convertito con legge di conversione n. 108/2021 mediante ricorso ad ASMEL, laddove si richiede che «Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia», essendo pacifico che Asmel Consortile non risponde ad alcun legittimo modello organizzativo di aggregazione di enti locali per l'aggiudicazione degli appalti».

Esclusa, quindi la configurabilità di ASMEL quale centrale di committenza, "ne consegue che alla stessa risulta precluso lo svolgimento delle attività di centralizzazione delle committenze, disciplinate dall'art. 3, comma 1, lettera l) del codice [...] Ne consegue pertanto che ad ASMEL, che non riveste la natura di centrale di committenza, restano precluse altresì le attività di committenza ausiliarie di cui all'articolo 3, comma 1, lettera m), punto 4 del Codice, identificabile come «gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata». Per quanto concerne le ulteriori attività di committenza ausiliaria, va osservato che tali attività di committenza, qualora non svolte da una centrale di committenza congiuntamente alla fornitura di attività di centralizzazione di committenze, devono essere affidate conformemente al Codice, mediante procedura competitiva, ovvero

mediante ricorso ad una società in house. Di conseguenza, non essendo ASMEL una società in house, le attività offerte da ASMEL ai propri soci, inquadrabili nelle attività di committenza ausiliaria (consulenze sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto, nonché la messa a disposizione di infrastrutture tecniche che consentono di affidare contratti pubblici), incontrano i limiti inerenti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, in relazione alle soglie per l'affidamento diretto ex art. 36, comma 2 lett. a) e b) del Codice, come ad oggi integrato dall'art. 1, comma 2 della l. 120/2020, nonché il divieto di frazionamento artificioso degli appalti ex art. 35 del medesimo Codice, unitamente al rispetto del principio della rotazione in ordine alla mancata possibilità di ricorrere al medesimo soggetto affidatario".

L'ANAC ha, inoltre, qualificato come "censurabile il comportamento degli Enti locali soci, che fanno ricorso alle attività di supporto di ASMEL al di fuori dell'applicazione delle procedure di affidamento prescritte dal vigente codice dei contratti, tenuto conto di quanto rilevato dalla medesima società consortile di poter «....vantare un'attività di supporto operativo, dal 2013 ad oggi, su oltre 6.200 gare con un transato complessivo di [... OMISSIS ...]», nei riguardi «di oltre 1.600 Enti pubblici locali, Comuni o loro aggregazioni»".

Le considerazioni espresse nella deliberazione dell'Autorità – intervenuta, peraltro, prima dell'adozione dell'atto consiliare in esame – devono, pertanto, essere adeguatamente esaminate e valutate dall'Amministrazione comunale, incidendo direttamente sull'idoneità dell'operazione di acquisizione della partecipazione sociale al perseguimento delle finalità istituzionali dell'Ente, così come dallo stesso individuate nell'atto deliberativo in esame, ai sensi dell'art. 4 TUSP; il Collegio, pertanto, ritiene che gli elementi finora emersi già esprimano profili di non conformità ai vincoli di legge della deliberazione di acquisizione delle quote societarie di ASMEL Consortile da parte del Comune di Marsciano.

1.3. L'onere di motivazione circa la sostenibilità finanziaria (art. 5, comma 1, TUSP) la convenienza economica e la compatibilità con i principi di efficienza, efficacia ed economicità (art. 5, commi 1 e 3, TUSP).

Le valutazioni della Sezione investono, inoltre, ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 3, TUSP, l'adempimento dell'onere motivazionale in relazione a profili di carattere

economico-finanziario, che si sostanziano nell'esposizione delle ragioni e delle finalità dell'operazione sotto l'aspetto della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché, in via conseguente, della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Occorre preliminarmente ricordare che *“in questi ambiti l'Amministrazione esercita un potere caratterizzato da discrezionalità tecnica, essendo chiamata a fare applicazione di criteri, regole e canoni propri di conoscenze specialistiche diverse dalla scienza giuridica, richiamati in modo diretto dalle norme. Nel caso di specie vengono in rilievo giudizi tecnici basati su competenze del settore aziendalistico e finanziario, caratterizzati da margini di opinabilità, in quanto non suffragati da scienze esatte o da relazioni universalmente accettate”* (così SS.RR. contr. 16/QMIG/2022 cit.). La natura del potere esercitato conforma, anche ai fini che interessano, la tipologia di sindacato riservato al giudice che, *“nell'esame previsto dall'art. 5, comma 3, del TUSP sui parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”*, si sostanzia nella verifica, da parte della competente Sezione della Corte dei conti, *“[del]la completezza e [del]l'adeguatezza degli approfondimenti condotti dall'Amministrazione, anche in ragione della complessità dell'operazione sottoposta ad esame, nonché [del]l'affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l'Amministrazione”* (così principio di diritto n. 5 affermato da SS.RR. contr. 16/QMIG/2022 cit.).

La sostenibilità finanziaria – che trova definizione nell'ambito del d.lgs. n. 50 del 2016 all'articolo 3, comma 1, lettera fff), in merito all'equilibrio economico-finanziario delle concessioni o delle operazioni di partenariato pubblico-privato, ove indica *“la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”* – costituisce parametro che, nell'ambito degli investimenti societari, assume connotazioni, in primo luogo, di tipo oggettivo, riguardando le caratteristiche proprie dell'operazione che l'Amministrazione intende effettuare. Si riferisce *“alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale di previsione, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività*

che ne costituiscono l'oggetto sociale" (così SS.RR. contr. n. 16/2022 cit.). Nel caso delle società a partecipazione pubblica, la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettica dell'attività, intesa come idoneità a preservare l'equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte al socio pubblico dall'art. 14 TUSP con riguardo agli interventi di sostegno finanziario alle società partecipate in difficoltà, in virtù del principio di legalità finanziaria e del divieto di soccorso finanziario generalizzato.

Tale profilo deve essere specificamente verificato dall'Ente procedente in sede istruttoria *"facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. Tra di essi, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisizione di partecipazioni sia quanto meno suffragato dallo sviluppo di un approfondito Business Plan (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende avviare o proseguire"* (così SS.RR. contr. n. 16/2022 cit.); nella prospettiva della pianificazione aziendale, deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione societaria che si intende eseguire; specificamente, *"nel caso di acquisto di partecipazioni, occorrerà fornire un quadro della società in cui si intende investire, che ne riepiloghi l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi; nel caso di nuova iniziativa sarà necessario esternare le linee generali del progetto, con particolare riferimento al contesto del mercato di riferimento, in termini di domanda potenziale e di offerta già esistente, e al posizionamento strategico che la società si prefigge di conseguire."* (così SS.RR. contr. n. 16/2022 cit.). Hanno chiarito le Sezioni riunite che tali elementi costituiscono le ipotesi di fondo sulla base delle quali devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (quindi riportando le stime dei costi e dei ricavi), sia relative ai *cash flow* complessivi, ossia ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività operativa, attività di investimento e attività di finanziamento come definiti nel principio contabile OIC 10 "Rendiconto finanziario"). Parimenti, l'esercizio di previsione deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società che ci si accinge a costituire o partecipare, delineandone l'evoluzione delle attività (liquide, correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto). Le previsioni del *business plan* (in seguito anche BP) devono essere accompagnate da

apposite note esplicative che, nel rispetto dei principi di trasparenza e chiarezza, ne esponcano le ipotesi di sviluppo. Andrà, in particolare, esplicitata la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi resi); specularmente dovrà essere descritta la composizione ed evoluzione dei costi, sia variabili, sia fissi, con specifico riguardo a quelli strutturali, quali le esigenze di personale e gli oneri finanziari. Ciò anche al fine di mettere in luce il momento di pareggio aziendale (*break even point*) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati.

Nella prospettiva della trasparenza e della semplificazione, le proiezioni economico-finanziarie del BP possono essere opportunamente accompagnate dall'elaborazione di alcuni indicatori di bilancio, i quali restituiscono, in via sintetica, valutazioni sui principali aspetti gestionali: la redditività, la liquidità e l'indebitamento. In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'opportunità di integrare l'analisi del BP con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate.

In merito, le verifiche della Sezione dovranno riguardare *“il piano finanziario sviluppato dall'Amministrazione, valutandone la completezza e l'adequatezza di approfondimento. Il requisito della completezza implica la verifica che l'istruttoria condotta dall'Amministrazione contenga tutti gli elementi informativi per la comprensione del progetto deliberato. Il parametro dell'adequatezza, invece, si riferisce alla valutazione dell'intensità degli approfondimenti istruttori richiesti, da modularsi in chiave proporzionale rispetto al grado di complessità dell'operazione societaria deliberata”*; ulteriori profili di scrutinio attengono *“all'affidabilità e attendibilità del Business Plan o di altra documentazione istruttoria relativa alla fattibilità economico-finanziaria dell'operazione. Il criterio dell'affidabilità attiene al procedimento per la formulazione delle proiezioni del piano, sotto il profilo dei dati utilizzati e del metodo di elaborazione; quello dell'attendibilità, invece,*

postula una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni che l'Amministrazione trae in merito alla sostenibilità finanziaria dell'operazione. Nel caso di acquisizione di partecipazioni in realtà societarie già esistenti, il giudizio di attendibilità dovrà altresì tenere in considerazione la coerenza delle previsioni formulate con i dati di bilancio disponibili per il passato".

La sostenibilità finanziaria dell'operazione deve, poi, essere verificata guardando alla situazione specifica dell'Amministrazione precedente, dovendosi dar conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente previsti nel BP con gli strumenti di bilancio, tenendo anche conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio. In questo ambito valutativo, le amministrazioni locali devono considerare anche gli accantonamenti che saranno tenute a stanziare, ai sensi dell'art. 21 TUSP, a fronte di eventuali perdite evidenziate nel BP negli esercizi successivi a quello di costituzione della società o acquisizione della partecipazione; l'esame della Corte dei conti dovrà, pertanto, riguardare la verifica della copertura delle spese legate all'investimento societario a carico del bilancio dell'Amministrazione precedente e al rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio anche in chiave prospettica.

In merito all'onere motivazionale sul profilo della convenienza economica – nozione anch'essa definita dall'articolo 3, comma 1, lettera fff), del d.lgs. n. 50/2016 in tema di contratti di concessione e di operazioni di partenariato, come *"la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito"* – osservano le Sezioni riunite n. 16/QMIG/2022 che *"in ambito di costituzione di una società o di acquisizione di partecipazioni in un soggetto societario esistente, la valutazione [...] implica che la motivazione dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'Amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità). In merito al primo versante, la motivazione deve rendere note le finalità perseguite mediante lo strumento societario, non solo sotto il profilo della redditività del capitale investito espressa nel BP, ma anche con riguardo ai vantaggi conseguibili in termini di obiettivi di policy, eventualmente sintetizzabili in*

indicatori di output e outcome. Quanto al secondo profilo, è lo stesso art. 5, c. 1, del TUSP ad esplicitare i termini della valutazione, che dovrà avere ad oggetto il confronto con altre soluzioni gestionali, come la gestione diretta oppure la completa esternalizzazione mediante affidamento del servizio, ove tali strade siano percorribili. Ciò dovrà avvenire comparando i benefici e i costi attualizzati delle singole soluzioni possibili”; con riferimento a ciò “lo scrutinio dell’atto deliberativo è teso ad accertare che l’istruttoria dell’Amministrazione abbia confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l’uno o l’altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi”.

Ebbene, anche relativamente tali profili il Collegio ravvisa la sussistenza di diffuse criticità; invero la deliberazione in esame non è supportata da adeguata motivazione in merito alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell’operazione, nonché in ordine alle modalità di gestione del servizio e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa.

Oltre alle indicazioni, richiamate nella premessa in fatto, circa la natura della società ASMEL Consortile, l’atto deliberativo contiene alcune valutazioni circa l’opportunità della partecipazione, ritenendo *“strategico l’obiettivo di aderire alla ASMEL Consortile s.c. a r.l., naturale sviluppo delle azioni intraprese di centralizzazione delle gare e coordinamento di servizi innovativi, di cui questa Amministrazione vuole usufruire; necessario e opportuno, non disperdere il patrimonio di esperienze sviluppate e le buone pratiche implementate in seno dalla rete ASMEL anche al fine di superare l’attuale sistema di frammentazione degli appalti pubblici e semplificare le attività di gestione delle procedure ad evidenza pubblica”* e giustificando, quindi, l’assunzione della posizione di socio da parte dell’Ente *“tenuto conto della peculiarità dei fini di pubblico interesse statutariamente perseguiti dalla predetta società consortile”*. L’atto deliberativo non fornisce informazioni in ordine a valutazioni circa la sostenibilità finanziaria dell’operazione, mancando considerazioni sia in merito alla situazione prospettica (economica, patrimoniale e finanziaria) della società, sia con riferimento alla situazione specifica dell’Amministrazione procedente; analogamente, non risultano

presenti osservazioni circa la convenienza economica dell'operazione e la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, né confronti con soluzioni gestionali alternative.

1.4. Compatibilità dell'intervento con la disciplina europea in materia di aiuti di stato alle imprese (art. 5, comma 2, TUSP)

Ai sensi dell'art. 5, comma 2, TUSP, l'atto deliberativo deve anche dare atto della compatibilità dell'intervento con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

In merito si osserva che anche tale profilo non risulta esaminato dalla deliberazione in esame.

P. Q. M.

La Corte dei conti - Sezione regionale di controllo per l'Umbria

ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, come modificato dall'art. 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118, esprime parere negativo sulla deliberazione del Consiglio comunale di Marsciano n. 66 del 15 dicembre 2022, alla stregua delle considerazioni esposte;

DISPONE

- a cura della Segreteria della Sezione, la trasmissione, entro cinque giorni dal deposito, di copia della presente deliberazione al Comune di Marsciano, in persona del Sindaco, e al Consiglio comunale, ai sensi dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016;

ORDINA

- al Comune di Marsciano di pubblicare la presente deliberazione sul proprio sito internet istituzionale entro cinque giorni dalla sua ricezione, ai sensi dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016.

Così deliberato nella camera di consiglio del 7 marzo 2023.

Il Magistrato estensore

f.to digitalmente

Annalaura Leoni

Il Presidente

f.to digitalmente

Antonello Colosimo

Depositato il 10.3.2023

Il Preposto della Sezione

f.to digitalmente

Dott.ssa Antonella Castellani

