

Stefano Usai

# La stazione appaltante unica

Guida all'obbligo della centralizzazione  
fino al 31 dicembre 2015

Aggiornato con:

- Determinazione ANAC 11/2012
- Disegno Legge di stabilità 2016

  
MAGGIOLI  
EDITORE

Stefano Usai

# La stazione appaltante unica

**Guida all'obbligo della centralizzazione  
fino al 31 dicembre 2015**

Aggiornato con:

- Determinazione ANAC 11/2012
- Disegno Legge di stabilità 2016

*Per me.  
A tutte quelle occasioni in cui,  
alla tua arroganza,  
ho saputo replicare con la mia.*

*Poi,  
a Signormollica,  
al suo sguardo azzurro,  
che mi sfuggirà per sempre.  
E a quei pomeriggi,  
in cui hai fatto solo finta di ascoltarmi.*

**© Copyright 2015 by Maggioli S.p.A.**

**Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.  
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001: 2008**

*47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8  
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595*

*www.maggiolieditore.it*

*e-mail: clienti.editore@maggioli.it*

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

# Indice

<i>Prefazione</i> .....	Pag.	7
<b>Capitolo 1</b>		
<b>La centralizzazione delle procedure di acquisto, le prospettive nella legge di stabilità e nel predisponendo nuovo codice degli appalti ...</b>	»	9
1. Premessa.....	»	9
1.1 Suddivisione in lotti e la questione della manodopera locale nella legge delega per il codice .....	»	10
1.2 La suddivisione degli appalti in lotti nella direttiva 24/2014 .	»	12
1.3 L'utilizzo della manodopera locale .....	»	13
2. I problemi irrisolti della centralizzazione .....	»	14
3. L'impianto normativo della <i>spending review</i> .....	»	16
<b>Capitolo 2</b>		
<b>La centralizzazione dei procedimenti d'acquisto</b> .....	»	19
1. I comuni e la centralizzazione dei procedimenti di acquisto: l'ambito normativo .....	»	19
2. L'evoluzione normativa .....	»	21
2.1 L'ulteriore modifica apportata con la finanziaria per il 2014	»	24
2.1.1 Questioni interpretative della modifica introdotta dalla legge di stabilità per il 2014 .....	»	27
3. La previsione del d.l. 66/2014 e le correzioni intervenute con la legge di conversione .....	»	34
4. Le ulteriori modifiche apportate con la legge 114/2014 (di conversione del d.l. 90/2014) .....	»	36
5. L'entrata in vigore dell'obbligo .....	»	38
6. Le prospettive future: le modifiche previste nella legge di stabilità .....	»	41
6.1 Per acquisti inferiori ai 40 mila euro nessuna centralizzazione .....	»	43
6.2 Una soglia esente dall'obbligo di acquistare dal mercato elettronico .....	»	45
6.3 L'acquisto di particolari categorie merceologiche .....	»	46
7. Le prospettive future: la centralizzazione nel nuovo codice degli appalti .....	»	54

## Capitolo 3

<b>Le eccezioni all'obbligo della stazione unica .....</b>	<b>Pag.</b>	<b>56</b>
1. Premessa .....	»	56
2. La determinazione n. 11/2015 dell'ANAC .....	»	58
2.1 I vincoli d'acquisto sul mercato elettronico .....	»	61
2.2 Gli obblighi dei comuni in ambito sopra e sotto soglia .....	»	64
2.2.1 Gli acquisti dei comuni (e delle stazioni appaltanti uniche) sopra soglia comunitaria e sotto soglia .....	»	64
2.2.2 Gli acquisti dei comuni non capoluogo con più di 10 mila abitanti (fino ad importi inferiori ai 40 mila euro) .....	»	66
2.2.3 Gli acquisti dei comuni con meno di 10 mila abitanti (fino al 31/12/2015) .....	»	68
3. Le stazioni appaltanti costituite in unione di comuni .....	»	68
4. La questione del recesso da un contratto validamente stipulato ..	»	70
4.1 Le opzioni contrattuali di contratti preesistenti .....	»	70

## Capitolo 4

<b>Le ipotesi di centralizzazione, le alternative e l'ambito oggettivo di riferimento della norma .....</b>	<b>»</b>	<b>72</b>
1. Premessa .....	»	72
2. Le diverse ipotesi che consentono la centralizzazione delle procedure .....	»	72
2.1 La centralizzazione in unione di comuni .....	»	74
2.2 La centralizzazione avvalendosi delle province .....	»	75
2.3 La questione del soggetto aggregatore .....	»	77
2.3.1 SUA e centrale di committenza nella determinazione n. 3/2015 .....	»	79
3. Le alternative alla centralizzazione dei procedimenti di gara .....	»	83
4. Ambito oggettivo e le procedure autonome .....	»	84
4.1 Gli appalti esclusi nella direttiva comunitaria 24/2014 .....	»	87
4.1.1 I servizi sociali nella nuova direttiva comunitaria 24/2014 .....	»	90
4.2 Altri appalti esclusi: gli incarichi legali nella nuova direttiva comunitaria 24/2014.....	»	91
5. Le conseguenze della mancata centralizzazione .....	»	103

## Capitolo 5

<b>La costituzione della centrale unica in unione di comuni .....</b>	<b>»</b>	<b>106</b>
1. Premessa .....	»	106
2. La frammentazione del procedimento amministrativo contrattuale .....	»	107

3. L'accorpamento dei procedimenti di acquisto in unione di comuni .....	Pag. 108
4. La stazione appaltante unica in unione di comuni per l'espletamento delle gare d'appalto .....	» 110
4.1 La richiesta (alla stazione unica) di prorogare il contratto in scadenza .....	» 110
5. La fase della programmazione delle acquisizioni .....	» 113
5.1 Le modifiche in tema di programmazione dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi .....	» 114
5.2 La nuova programmazione delle acquisizioni di beni e servizi .....	» 116
5.2.1 Approfondimento operativo sulla redazione della programmazione dell'acquisizione di beni e servizi .....	» 118
5.2.2 Aspetti operativi relativi alla modifica prevista nel d.d.l. di stabilità per il 2016 .....	» 120
5.2.3 Aspetti specifici della programmazione dell'acquisizione di beni e servizi in rapporto alla stazione unica .....	» 123
5.3 La questione dell'aggregazione forzata della domanda .....	» 124
6. La programmazione tecnica dell'acquisizione .....	» 127
6.1 La necessità dell'approvazione degli atti tecnici .....	» 129
6.1.1 La questione finanziaria relativa alla retribuzione del lavoro del RUP .....	» 131
6.2 Alcuni aspetti pratici della determinazione che approva gli atti tecnici dell'acquisto .....	» 132
6.3 L'invio degli atti al RUP della stazione unica .....	» 133
6.4 Il controllo interno sulla determinazione che approva gli atti tecnici .....	» 136
7. La fase pre-pubblicistica relativa alla redazione degli atti di gara .....	» 137
7.1 Aspetti specifici della fase pre-pubblicistica: la questione dell'incameramento della sanzione pecuniaria nel soccorso istruttorio "a pagamento" .....	» 143
<i>Approfondimento: Rassegna giurisprudenziale in tema di soccorso istruttorio "a pagamento" .....</i>	» 145
7.2 La "taratura" dei requisiti speciali .....	» 162
7.3 La recente giurisprudenza sulla corretta interpretazione del dato esperienziale .....	» 163
7.4 L'attestazione dell'avvenuto sopralluogo .....	» 166
7.5 La produzione di campioni .....	» 168
7.6 La gestione della clausola sociale dell'assorbimento del personale del pregresso affidatario .....	» 170
7.6.1 La clausola sociale nella prassi e nella giurisprudenza .....	» 171

7.7 Le opzioni del contratto .....	Pag. 177
8. La scelta della procedura .....	» 179
8.1 Altre questioni pratiche previste nella convenzione tipo dell'ANCI .....	» 182
9. I criteri per individuare gli appaltatori con cui contrattare nelle procedure ristrette ed informali: la questione degli inviti sul mercato elettronico .....	» 186
9.1 La pubblicazione della determinazione in caso di procedura negoziata .....	» 189
10. La scelta del criterio di aggiudicazione .....	» 191
10.1 I criteri di aggiudicazione nel nuovo codice degli appalti .....	» 192
11. Sedio di gara e commissione di gara .....	» 194
11.1 Gli albi dei commissari di gara .....	» 197
12. Il procedimento di gara .....	» 200
13. Il procedimento di verifica della potenziale anomalia dell'offerta .....	» 201
14. L'aggiudicazione definitiva e la contabilità armonizzata .....	» 202
14.1 Il caso di non convenienza e/o inadeguatezza dell'offerta .....	» 204
15. La fase civilistica .....	» 207

## Capitolo 6

<b>Analisi del testo della convenzione per la costituzione e disciplina della stazione unica appaltante .....</b>	<b>» 209</b>
1. Premessa .....	» 209
2. Le finalità della centralizzazione .....	» 210
2.1 La centrale unica come soggetto aggregatore .....	» 212
2.2 L'ambito oggettivo: di cosa si può occupare la stazione appaltante unica .....	» 213
2.3 La centralizzazione facoltativa .....	» 214
2.4 La questione del cottimo e della soglia dei 40 mila euro .....	» 215
2.4.1 L'affidamento diretto (quale <i>species</i> dell'acquisizione in economia) .....	» 216
3. Ambito affrancato dalla centralizzazione .....	» 216
4. La costituzione dell'ufficio unico .....	» 218
5. Le competenze ulteriori dell'ufficio unico .....	» 220
6. La gestione dei documenti e del contenzioso .....	» 222
7. La struttura della dotazione organica della stazione unica .....	» 223
8. Le forme di consultazione tra enti aderenti .....	» 225
9. Il personale, i rapporti finanziari ed il riparto delle spese. Le risorse strumentali .....	» 226
10. Ulteriori previsioni .....	» 230
11. Le clausole di chiusura .....	» 231

## Prefazione

*La monografia è focalizzata sull'obbligo dei comuni non capoluogo di provincia di centralizzare i procedimenti di acquisto di beni, servizi e lavori.*

*L'adempimento – sia pure nelle sue varie articolazioni – viene considerato anche sotto il profilo pratico/operativo soprattutto in relazione a quella che appare la sua primigenia configurazione ovvero la realizzazione della stazione unica (come si è preferito configurare la struttura che si dovrà occupare degli appalti) in seno all'unione dei comuni considerata, questa, come naturale approdo non solo dei comuni con una dimensione abitativa inferiore ai 5 mila abitanti ma anche dei comuni di maggiori dimensioni abitative (come del resto già prevista in diversa legislazione regionale).*

*La trattazione, oltre all'esame della norma e degli sviluppi futuri previsti nel d.d.l. di stabilità per il 2016 e nel predisponendo codice degli appalti – destinato a recepire le direttive comunitarie del 2014 e gli indirizzi fissati nella legge delega al Governo –, contiene una disamina pratica delle varie ipotesi e quindi i casi di coinvolgimento della provincia (o degli uffici della provincia), dei soggetti aggregatori per soffermarsi con particolare attenzione su una analisi dei vari aspetti e delle problematiche concrete da affrontare per la realizzazione della stazione unica nell'ambito dell'unione dei comuni.*

*L'attenzione, pertanto, è rivolta allo schema di convenzione che i consigli comunali sono chiamati ad approvare con l'analisi dello schema tipo predisposto dall'ANCI. Disamina che è stata svolta con indicazioni pratiche e suggerimenti concreti finalizzati a prevenire diatribe o contenziosi tra gli stessi enti aderenti.*

*Il procedimento contrattuale viene pertanto analizzato nel suo dispiegarsi considerando e distinguendo atti e competenza della fase pre-pubblicistica (di redazione degli atti di acquisizione che devono essere approvati dall'ente richiedente l'appalto), pubblicistica (della gara vera e propria di competenza della stazione unica) ed esecutiva civilistica (della stipula del contratto e della sua esecuzione di competenza del comune richiedente la gara).*

*Si è preferito, nella trattazione, parlare di stazione appaltante unica piuttosto che centrale unica e, soprattutto, puntualizzare che l'ufficio che dovrà esperire le gare deve essere configurato nientemeno che come ufficio/servizio dell'unione dei comuni piuttosto che come comune capofila in cui, magari, fisicamente si trova l'ufficio se l'unione non ha una sede propria.*



*Come rilevato in premessa, la trattazione tiene conto delle predisponente modifiche di cui alla legge di stabilità 2016 e del predisponendo codice degli appalti. Inoltre, in relazione ai casi specifici risulta analizzata la giurisprudenza più recente e gli interventi dell'ANAC che, sul tema, si sono succeduti.*

L'autore

## Capitolo 1

# La centralizzazione delle procedure di acquisto, le prospettive nella legge di stabilità e nel predisponendo nuovo codice degli appalti

### 1. Premessa

Negli ultimi anni – ed è noto – si sono susseguiti gli interventi diretti a razionalizzare i procedimenti di acquisto, nel senso dell'accorpamento/centralizzazione con un sostanziale duplice obiettivo: assicurare maggior trasparenza (si pensi alla “tracciabilità” degli acquisti effettuati con il mercato elettronico) ed una maggiore efficienza che, necessariamente, può tradursi in maggiore economicità delle azioni amministrative. Non può sfuggire, a mero titolo esemplificativo, che se più comuni – alla cui attività contrattuale è dedicata la monografia – accorpessero acquisti di beni e servizi analoghi, sicuramente i vantaggi sarebbero diversi.

Si potrebbero registrare vantaggi sotto il profilo procedurale: un unico appalto per soddisfare le esigenze di più realtà giuridiche, si ipotizzi un'unica adesione all'eventuale convenzione di Consip o altro soggetto aggregatore esistente che al contempo soddisfa anche l'obbligo della centralizzazione delle procedure d'acquisto di cui al comma 3-*bis* dell'articolo 33 del codice.

È chiaro, fin d'ora, che la centralizzazione se risolve l'aspetto pubblicitico e la soddisfazione della richiesta con maggiore, presumibilmente, qualità e speditezza non risolve poi le questioni relative alla esecuzione dei singoli contratti e quindi alla necessità del presidio da parte dei direttori dell'esecuzione del contratto. Questione anch'essa, che può essere affrontata in sede di attuazione degli obblighi di centralizzazione che riguardano i soli comuni non capoluogo di provincia creando una regia unica in capo alla stazione unica appaltante o ossequiando obblighi associativi che per il momento riguardano i soli comuni con meno di 5 mila abitanti (di cui peraltro si prevede l'ulteriore posposizione oltre al 31/12/2015).

Altro aspetto, che non può essere sottovalutato sotto il profilo delle conseguenze positive, è quello dell'aggregazione della domanda e quindi solleci-

tare – nel caso di un procedimento tradizionale e non telematico – soggetti maggiormente preparati in grado di proporre offerte migliori tanto da un punto di vista economico quanto da un punto di vista qualitativo. Consente, inoltre, a ben vedere anche un maggior presidio del rinnovato interesse – nella legge delega per il nuovo codice – della suddivisione in lotti per favorire le imprese locali e la stessa manodopera.

### **1.1 Suddivisione in lotti e la questione della manodopera locale nella legge delega per il codice**

La legge delega per il recepimento delle direttive comunitarie (lettere *dd* e *zz*), articolo 1 del testo approvato dalla Camera il 17 novembre 2015), ritorna sulla questione dell'accesso delle piccole e medie imprese già introdotta con la legge “salva Italia” (214/2011) e successive modifiche.

Nel caso di specie, l'articolo 2 del codice prevede (comma 1-*bis*) che *“nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese”*.

Mentre il comma 1-*ter* prevede dinamiche simili per la realizzazione delle grandi infrastrutture, ivi comprese quelle disciplinate dalla parte II, titolo III, capo IV, nonché delle connesse opere integrative o compensative.

La delega introduce **una nuova considerazione prevedendo possibili misure premiali per gli appaltatori (e concessionari) che coinvolgano – nella partecipazione/esecuzione soggetti di minori dimensioni.**

In questo senso, il Governo viene invitato a individuare articolazioni per assicurare un *“miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione, anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti, prevedendo in particolare che la dimensione degli appalti ed il conseguente valore delle gare e dei lotti in cui queste risultino eventualmente suddivise siano adeguati al fine di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese nonché intro-*

*ducendo misure premiali per gli appaltatori e i concessionari che coinvolgano i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti”.*

Nel passaggio al Senato (poi approvato dalla Camera il 17 novembre 2015) è stato introdotto il riferimento anche ai **“piccoli e medi operatori economici e i giovani professionisti”**.

La dinamica prevista consente pertanto due differenti approcci. Il primo, riguarda il **divieto di aggregazione artificiosa degli appalti**, prevedendo in particolare che la dimensione degli appalti ed il conseguente valore delle gare e dei lotti in cui queste risultino eventualmente suddivise **siano adeguati al fine di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese**. Operazione che investe direttamente la stazione appaltante nella fase propedeutica all'indizione della gara.

L'altra possibilità, come visto ammette l'introduzione di **misure premiali** per gli appaltatori e i concessionari che coinvolgano i predetti soggetti nelle procedure di gara. Circostanza, invece, che impegnerebbe il RUP nella fase di predisposizione dei criteri di assegnazione dell'appalto.

Si evidenzia nelle schede tecniche che **dovrebbe essere “valutata l'opportunità di un chiarimento in ordine alla portata di tali misure in relazione al “coinvolgimento” dei soggetti ivi individuati”**.

Sulla questione dei lotti, nel passaggio alla camera un riferimento ai lotti - oltre che all'obbligo della centralizzazione dei procedimenti di gara - è stato introdotto anche nella lettera *dd*) in cui si legge che il Governo, in fase di recepimento dovrà tener conto anche di introdurre misure di *“contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di pubblicare nel proprio sito internet il resoconto finanziario al termine dell'esecuzione del contratto, nonché attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera bb), con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, salvaguardando l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea, e fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, a livello di unione dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti”*.

## 1.2 La suddivisione degli appalti in lotti nella direttiva 24/2014

La direttiva comunitaria sugli appalti pubblici contiene un espresso articolo dedicato a questa tematica.

In questo senso, l'articolo 46 – ammettendo la suddivisione in lotti –, precisa, come anche nel codice domestico, e nella stessa legge delega, che le amministrazioni aggiudicatrici, tranne che per gli appalti per cui la suddivisione sia stata dichiarata obbligatoria, debbano indicare **i motivi principali della decisione di non suddividere in lotti e che tali motivi devono essere riportati nei documenti di gara**.

Il paragrafo 4 dell'articolo in parola rammenta che comunque – al di là dei casi in cui la suddivisione sia obbligatoria – nella suddivisione decisa dall'amministrazione si devono applicare *“il paragrafo 2, primo comma e, se del caso, il paragrafo 3”* (dell'articolo 46 della direttiva).

Ovvero (paragrafo 2) *“le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti. Le amministrazioni aggiudicatrici possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse. **Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nei documenti di gara le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo”***.

Mentre al paragrafo 3, si puntualizza che *“gli Stati membri possono prevedere che, nei casi in cui al medesimo offerente possa essere aggiudicato più di un lotto, le amministrazioni aggiudicatrici possano aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati”*.

Si tratta, come già annotato, di prescrizioni che interessano in primo luogo il RUP anche nel momento in cui predisporre gli atti di gara. Si tratterà, evidentemente, di verificare in che modo il nuovo approccio verrà declinato nel codice dei contratti ma già si può ipotizzare la necessità di un concerto – con riferimento alla centralizzazione – tra ente aderente e stazione unica appaltante sulle corrette modalità applicative. Si pensi solamente al caso in cui il RUP della stazione appaltante richieda l'esperimento di un appalto diviso in lotti frazionati artatamente.

### 1.3 L'utilizzo della manodopera locale

Restando in tema di facilitazioni/agevolazioni risulta piuttosto inquietante la possibilità prospettata dalla lettera bbb) – sia pur in ambito di valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale – di prevedere l'introduzione *“di criteri e modalità premiali di valutazione delle offerte nei confronti delle imprese che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale ovvero in via prioritaria gli addetti già impiegati nel medesimo appalto, in ottemperanza ai principi di economicità dell'appalto, promozione della continuità dei livelli occupazionali, semplificazione ed implementazione dell'accesso delle micro, piccole e medie imprese, tenendo anche in considerazione gli aspetti della territorialità e della filiera corta e attribuendo un peso specifico anche alle ricadute occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato degli appalti pubblici, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea”*.

La previsione di una preferenza locale sembra, oggettivamente, stridere con i classici principi della non discriminazione.

Si legge nelle schede tecniche delle camere che la norma, nel fare riferimento ai predetti criteri, ribadisce le finalità di semplificazione e di miglioramento dell'accesso al mercato delle piccole e medie imprese già richiamate nella lettera zz).

Anche se la norma non lo chiarisce, i suddetti **criteri dovrebbero integrare le valutazioni delle offerte nell'ambito dell'aggiudicazione secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa a cui il disegno di legge attribuisce una netta preferenza** (si veda la lettera ff). Le direttive, infatti, fanno riferimento a *“criteri quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico”* (articolo 67, paragrafo 2, della direttiva n. 24).

Andrebbe, pertanto, valutata – sempre secondo gli uffici legislativi della camera dei Deputati – *“l'opportunità di chiarire la relazione tra i criteri citati nella norma e le modalità di aggiudicazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In tale ambito, andrebbe chiarito come debba intendersi il 'peso specifico' attribuito alle ricadute occupazionali”*.

Sulla base dei rilievi prospettati dagli uffici legislativi *“l'attribuzione di misure premiali alle offerte, pur nel rispetto della valorizzazione delle finalità sociali e ambientali di cui sono portatrici in generale le nuove direttive, andrebbe valutata alla luce dei principi generali della normativa europea sugli appalti”* e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea che riguardano, tra l'altro, la parità di trattamento e la non discriminazione.

L'articolo 70 della direttiva 24/2014, collega le condizioni particolari – che le stazioni appaltanti devono prendere in considerazione – **all'ogget-**

**to dell'appalto** per chiarire nel suo epilogo che comunque le condizioni particolari in parola “*possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o **relative all'occupazione***”.

## 2. I problemi irrisolti della centralizzazione

La centralizzazione non è certo la panacea per i vari problemi in tema di attività contrattuale, oggi sicuramente dovuti in modo indiscutibile anche alla *ipertrofia* normativa e quindi a disposizioni per le quali non vengono minimamente affrontate propedeuticamente, foss'anche solo a livello teorico, le implicazioni pratico-applicative (ed è sufficiente verificare un confronto tra la giurisprudenza e certe indicazioni fornite dall'ANAC anche in relazione ad istituti recenti).

Ulteriori questioni, al di là delle patologie, emergono dalla non completa convinzione del governo sul tema. Ne costituiscono riprova – e si vedrà nel dettaglio più avanti – anche le previste modifiche contenute nel disegno di legge di stabilità (nel prosieguo d.d.l. di stabilità) che a fronte di un articolo (il 28) rubricato “*Rafforzamento dell'acquisizione centralizzata*” finisce invero per indebolirne complessivamente l'impianto e favorire comportamenti elusivi delle stazioni appaltanti. Con l'ovvia conseguenza che invece di una concentrazione di procedure, queste (le stazioni appaltanti) sono destinate a moltiplicarsi (in particolare con l'estensione della *franchigia* dalla centralizzazione dei 40 mila euro a tutti i comuni e con la individuazione di una soglia minima esente dall'obbligo di acquistare attraverso il mercato elettronico per importi inferiori a 1.000,00 euro).

A questo si deve aggiungere la politica della continua posposizione da cui emerge, a parere di chi scrive, una chiara indicazione di sfavore verso la centralizzazione da parte, evidentemente, degli stessi enti soggetti.

Le problematiche gravitanti attorno alla centralizzazione fanno emergere poi l'inadeguatezza dei controlli previsti.

Si allude, visto che è il tema del volume, ai previsti **controlli cc.dd. successivi** previsti nei comuni ovvero controlli che intervengono quando l'aggiudicazione definitiva si è oramai consolidata e la cui revoca implica responsabilità e, soprattutto, potrebbe essere foriera di danni.

Che il controllo successivo sull'attività contrattuale, previsto dal decreto legislativo 267/2000, sia assolutamente – a parere di chi scrive – inadeguato come anche con riferimento al complesso dell'attività amministrativa, lo dimostra **l'intervenuta convenzione tra l'ANAC ed il comune di Roma**

### **per i controlli sugli appalti capitolini previsti per le iniziative evento dell'imminente Giubileo.**

Nelle linee guida, il controllo previsto logicamente è preventivo – con una cadenza di tempi tali da non pregiudicare la speditezza e la celerità dell'appalto – di tipo preventivo (art. 5 delle linee rubricato “**Procedimento di verifica preventiva**” <sup>(1)</sup>).

Il controllo successivo (art. 147-*bis* del decreto legislativo 267/2000) è fuorviante in realtà di creare più danni che effetti positivi. La stessa circostanza, sopra riportata, adottata tra l'altro in una situazione delicatissima ne sconsiglia ogni utilità.

L'attività contrattuale necessita di un controllo preparato ed imparziale in fase preventiva e l'accorpamento in centrali uniche ne può favorire lo svolgimento.

La moltiplicazione delle stazioni appaltanti, effetto delle previste modifiche sia nel d.d.l. di stabilità sia nel predisponendo codice degli appalti, enfatizza l'esigenza di un controllo e, se è vero che appalti accorpati possono attirare attenzioni patologiche, è altresì vero che la frammentazione moltiplica le “opportunità” di frazionamento, di utilizzo di procedure derogatorie e genera un sistema incontrollabile.

A margine, ritornando sulla questione, evidentemente giustificata dall'eccezionalità determinata dai recenti accadimenti, non si può non sottolineare l'assoluta urgenza di interventi normativi mirati e maggiormente calibrati. La previsione di un controllo di legittimità preventivo, prima che la determinazione a contrattare diventi efficace, sottolinea che le forme di controllo funzionali sono solo quelle preventive e non successive quando oramai risulta difficile sospendere l'appalto assegnato e magari già avviato. Non solo, sancisce il “fallimento” di un sistema e ne enfatizza l'atipicità rispetto agli appalti degli altri enti locali ancora soggetti a forme di controllo successivo

---

<sup>(1)</sup> In particolare nell'articolo in parola si prevede che “*Il procedimento di verifica di cui all'art. 30 del d.l. n. 90/2014 citato si articola nel modo seguente: a) gli atti di cui al precedente articolo 3.1 sono trasmessi al referente indicato dall'Autorità preventivamente alla loro formale adozione da parte di Roma Capitale; b) qualora l'atto sottoposto a verifica sia ritenuto legittimo, l'Autorità esprime un parere positivo, anche formulando eventuali indicazioni e osservazioni; c) qualora, invece, l'Autorità individui irregolarità o non conformità, formula un rilievo e lo trasmette a Roma Capitale, evidenziando le ragioni del parere negativo. In tale ipotesi, Roma Capitale: 1. se ritiene fondato il rilievo, vi si adegua, modificando o sostituendo l'atto in conformità al rilievo stesso; 2. se, invece, non ritiene fondato il rilievo, presenta le proprie controdeduzioni all'Autorità e assume gli atti di propria competenza*”.



che – dalle indagini dell'ANAC – ne hanno constatato l'assoluta inutilità (anche quando vengono svolti).

La riconduzione delle procedure di acquisto a poche realtà (poche stazioni appaltanti) adeguatamente monitorate dall'ANAC e la cui idoneità venisse certificata potrebbe essere un primo passo. Ma, già le future avvisaglie stridono con tale ipotesi visto che, tanto la legge di stabilità, tanto il predisponendo nuovo codice (che dovrebbe far lievitare le soglie soggette alla centralizzazione), vanno in senso contrario di una nuova frammentazione giustificata con le diverse esigenze degli enti.

### 3. L'impianto normativo della *spending review*

Si è già annotato che il procedimento amministrativo di acquisto ha subito per effetto della recente legislazione importanti vincoli procedurali il cui mancato ossequio determina forme di responsabilità piuttosto gravi e, quale situazione estrema, addirittura la nullità insanabile del contratto eventualmente stipulato.

Oltre ai vincoli noti della *spending review* di cui si dirà più avanti considerando anche i recenti interventi delle sezioni regionali della Corte dei Conti e della giurisprudenza amministrativa, occorre soffermarsi su uno dei più recenti ovvero la prevista estensione dell'obbligo della centralizzazione delle procedure di gara (compresi i lavori) per tutti i comuni ad eccezione di quelli capoluogo di provincia.

In premessa, per gli approfondimenti e le modifiche si vedrà più avanti, è noto che per effetto delle successive posposizioni (e nel momento in cui si scrive non se ne escludono di ulteriori), a far data dal 1° novembre 2015, tutti i comuni – ad eccezione dei capoluogo di provincia – dovranno necessariamente centralizzare le procedure d'appalto.

La previsione è contenuta nell'articolo 33 del codice degli appalti, comma 3-bis.

Per la centralizzazione dei procedimenti d'acquisto, il legislatore consente varie possibilità che vanno dalla costituzione della centrale unica in seno all'unione di comuni (se costituita) oppure attraverso *“apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province”*.

La norma ammette l'alternativa alla centrale unica – in realtà solo teorica e non completamente praticabile – se i comuni decidessero di utilizzare in via esclusiva *“gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento”*.

È ovvia l'impraticabilità dell'ipotesi in parola considerato che molti servizi – si pensi ai servizi esclusi dell'ambito del sociale, sanitario e culturale – ed

i lavori pubblici – non possono essere acquisiti, perché non presenti nelle vetrine/convenzioni, attraverso gli strumenti telematici.

Pertanto, giocoforza, la strada della centralizzazione, salvo proroghe/de Roghe dell'ultima ora, si pone come obbligatoria a pena di non poter espletare la gara per assenza di codice identificativo (CIG) che non verrebbe rilasciato dall'autorità di controllo sui contratti.

A parere di chi scrive, nell'ambito dell'opportuna previsione il legislatore, appunto con la legge 114/2014, ha ritagliato uno spazio di autonomia nelle modalità operative d'acquisto per i comuni con più di 10 mila abitanti.

Ai sensi dell'articolo 23-ter – nell'attuale testo – del provvedimento da ultimo citato “*i comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti possono procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro*”.

L'inciso “*procedere autonomamente*”, per evitare pericolosi fraintendimenti, deve essere evidentemente contestualizzato in relazione agli obblighi imposti dalla prima e dalla seconda legge *spending* ovvero la legge 94/2012 e la successiva legge 135/2012, secondo cui in ambito sottosoglia, a pena di nullità del contratto, i comuni devono procedere con l'utilizzo di una delle forme di mercato elettronico (e quindi non necessariamente il MEPA di Consip) di cui all'articolo 328 del regolamento attuativo del codice degli appalti.

Per ciò stesso risulta chiaro che, in relazione a lavori e/o in tema di servizi che non sono presenti ed acquisibili attraverso una delle forme di mercato elettroniche, il RUP – nell'ambito dell'importo fino a 40 mila euro previsto attualmente per i soli comuni con più di 10 mila abitanti (e di imminente generalizzazione con la legge di stabilità) – ben potrà suggerire l'esperimento di un procedimento amministrativo tradizionale.

Pertanto, al sistema noto riconducibile alla *spending review* deve essere ascritto oltre al decreto legge 52/2012 (convertito con legge 94/2012) e decreto n. 95/2012 (convertito con legge 135/2012), il più recente decreto legge 66/2014 (nel prosieguo anche terza *spending review*), convertito con legge 89/2014 che estende l'obbligo della centralizzazione delle procedure a tutti i comuni con la sola eccezione dei comuni capoluogo. Al sistema predetto possono essere ascritti anche i provvedimenti successivi e, in particolare, il d.l. 90/2014 convertito con la legge 114/2014 che ha dapprima posposto gli obblighi ultimi citati e precisamente, per forniture e servizi a far data dal primo gennaio 2015 mentre per gli appalti dei lavori pubblici dal primo luglio 2015 e che affranca dalla centralizzazione – fino ai 40 mila euro – i procedimenti d'acquisto dei comuni con più di diecimila abitanti (fermo restando la prevista modifica nel d.d.l. di stabilità per il 2016 che estenderebbe tale prerogativa ad ogni comune non capoluogo di provincia) ed infine la legge

107/2015, art. 1, comma 169, che – come noto – pospone l'entrata in vigore dell'obbligo in argomento al primo novembre 2015.

La legislazione *spending* ha, evidentemente, inciso sul *modus operandi* della stazione appaltante in relazione alla procedura di acquisizione di beni, servizi e, per il futuro, per effetto dell'obbligo di centralizzare i procedimenti, ha determinato un ulteriore condizionamento (vincoli) del procedimento amministrativo che deve strutturare, proporre e seguire lo stesso responsabile unico del procedimento.

Si tratta pertanto di una legislazione che ha introdotto una serie di vincoli di cui occorre tener conto tanto in fase di programmazione delle acquisizioni quanto in quella di programmazione della stessa procedura amministrativa.

La legislazione *spending*, evidentemente, ha inciso soprattutto sul contenuto degli atti fondamentali della procedura e, prima fra tutti, proprio sulla determinazione a contrattare. A parere di chi scrive l'atto in parola – per effetto della centralizzazione – non scompare in quei comuni che devono procedere in modo concertato “delegando” alla stazione unica l'esperimento degli appalti ma, prescindendo per il momento da alcune peculiarità, assumerà piuttosto la configurazione di un atto gestionale che approva gli atti di tipo pre-pubblicistico relativi alla commessa, conterrà l'indicazione del RUP e ogni riferimento che risulti richiesto dalla convenzione, e conterrà la prenotazione dell'impegno di spesa. Questo nel caso, ad esempio, dell'unione dei comuni a cui si sia affidato il solo compito dello svolgimento delle gare. Più avanti si specificheranno le altre ipotesi praticabili.

## Capitolo 2

# La centralizzazione dei procedimenti d'acquisto

### 1. I comuni e la centralizzazione dei procedimenti di acquisto: l'ambito normativo

La legge n. 89/2014 <sup>(1)</sup> di conversione del d.l. 66/2014, nota anche come terza *spending review* conferma e rende più rigorosa la prescrizione voluta dal legislatore finalizzata a realizzare l'accorpamento della domanda di lavori, beni e servizi attraverso la centralizzazione (almeno) dei procedimenti di acquisto per tutti i comuni – a prescindere pertanto dalla soglia abitativa – con la sola eccezione dei comuni capoluogo di provincia (e della soglia minima, come si vedrà, per i comuni con più di 10 mila abitanti – secondo la disposizione in vigore fino al 31/12/2015 – dei 40 mila euro che non richiedono accorpamento di procedimenti di acquisizione).

La disposizione in parola, contenuta nell'articolo 9 della legge 89/2014, è stata oggetto – evidentemente – di molteplici rilievi e segnalazioni da parte dell'ANCI per il pericolo di grave interruzione nell'attività contrattuale dei comuni e non a caso, come si dirà ampiamente, l'obbligo, come noto, è stato posposto al primo novembre 2015 dalla legge 107/2015.

L'articolo citato, con il comma 4, prevede una nuova riscrittura del comma 3-bis dell'articolo 33 del codice degli appalti puntualizzando che *“i Comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. In alternativa, gli stessi Comuni possono acquisire beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da*

---

<sup>(1)</sup> In particolare, la legge del giugno 2014, n. 89, pubblicata in *G.U.* n. 143 del 23 giugno 2014 ed entrata in vigore il giorno successivo. La legge è rubricata *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, recante misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale. Deleghe al Governo per il completamento della revisione della struttura del bilancio dello Stato, per il riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio di cassa, nonché per l'adozione di un testo unico in materia di contabilità di Stato e di tesoreria”*.

*Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) ai comuni non capoluogo di provincia che procedano all'acquisizione di lavori, beni e servizi in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma”.*

È bene rilevare che l'obbligo della centralizzazione delle procedure avrebbe dovuto concretizzarsi a far data dal primo luglio del 2014 in virtù – come si legge negli atti del Senato che accompagnano il disegno di legge di conversione – della proroga disposta dall'art. 3, comma 1-*bis* del d.l. 150/2013 convertito in legge n. 15/2014.

La novità della disposizione risulta evidente considerato che *ante* decreto legge 66/2014 l'obbligo di centralizzare i procedimenti riguardava i soli comuni con meno di 5 mila abitanti e, soprattutto, risultava – come nel caso di specie – sanzionata dalla sola **illegittimità della gara** eventualmente bandita in dispregio delle norme e non, come si vedrà più avanti, con una autentica impossibilità di procedere alla gara che, attraverso un meccanismo particolare (specificato nel terzo periodo del comma ed **introdotto solo in fase di conversione**) che preclude la possibilità di ottenere il CIG (codice identificativo della gara) <sup>(2)</sup>.

Come anche si legge nelle varie FAQ sul tema, il codice CIG (codice identificativo di gara) è un codice alfanumerico generato dal sistema SIMOG della AVCP con tre funzioni principali:

- una prima funzione è collegata agli obblighi di comunicazione delle informazioni all'Osservatorio, di cui all'art. 7 del Codice dei contratti e successive deliberazioni dell'Autorità, per consentire l'identificazione univoca delle gare, dei loro lotti e dei contratti;
- una seconda funzione è legata al sistema di contribuzione posto a carico dei soggetti pubblici e privati sottoposti alla vigilanza dell'Autorità, derivante dal sistema di finanziamento dettato dall'articolo 1, comma 67, della legge 266/2005, richiamato dall'articolo 8, comma 12, del Codice;
- una terza funzione è attribuita dalla legge n. 136/2010 che affida al codice CIG il compito di individuare univocamente (tracciare) le movimentazioni finanziarie degli affidamenti di lavori, servizi o forniture, indipendentemente dalla procedura di scelta del contraente adottata, e dall'importo dell'affidamento stesso.

---

<sup>(2)</sup> Non si può non annotare che nella fase anche successiva all'entrata in vigore della norma (*post* primo luglio 2014) in realtà l'AVCP (ora ANAC) ha proceduto al rilascio dei CIG nonostante l'entrata in vigore della disposizione (prassi poi formalmente regolamentata per effetto della posposizione degli obblighi al 2015).

Riguardo al primo aspetto, non può che rilevarsi come la richiesta e la comunicazione del CIG sia imposta alla luce di un preciso e chiaro obbligo normativo (art. 3, legge n. 136/2010).

Le stazioni appaltanti, pertanto, sono tenute ad attivarsi tempestivamente per ottenere il CIG al fine di effettuare i pagamenti agli appaltatori in modo regolare ed alle scadenze pattuite. Eventuali omissioni possono essere segnalate agli uffici di vigilanza dell'Autorità.

Come si vedrà più avanti, altra differenza rispetto alla precedente disposizione del comma in commento, è che lo stesso legislatore ammetteva delle deroghe all'obbligo dell'acquisto centralizzato mentre, nella vigente disposizione non si appalesa alcuna deroga se non quella (alternativa alla centralizzazione del tutto teorica ed apparente) di procedere per gli acquisti di beni e servizi attraverso le forme di mercato elettronico di cui all'articolo 328 del regolamento attuativo del codice degli appalti <sup>(3)</sup> o comunque con il ricorso alle convenzioni di *Consip* o delle centrali di committenza regionali (ora soggetti aggregatori).

## 2. L'evoluzione normativa

Non appare priva di rilevanza una previa considerazione del susseguirsi della varie disposizioni rimaste, evidentemente, parzialmente inadempite anche considerando i reiterati rinvii dell'entrata in vigore (e delle stesse modifiche) <sup>(4)</sup>.

Sotto si riporta una prima tabella di confronto che consente di apprezzare le diverse modifiche del comma in argomento fino alla finanziaria (legge di stabilità) per il 2014 (legge 147/2013).

---

<sup>(3)</sup> Ai sensi del primo comma dell'articolo 328 del d.P.R. 210/2007 si dispone che, *"Fatti salvi i casi di ricorso obbligatorio al mercato elettronico previsti dalle norme in vigore, ai sensi dell'articolo 85, comma 13, del codice, la stazione appaltante può stabilire di procedere all'acquisto di beni e servizi attraverso il mercato elettronico realizzato dalla medesima stazione appaltante ovvero attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze sulle proprie infrastrutture tecnologiche avvalendosi di Consip S.p.A. ovvero attraverso il mercato elettronico realizzato dalle centrali di committenza di riferimento di cui all'articolo 33 del codice"*.

<sup>(4)</sup> Da notare che la legge, inoltre, ha previsto – come si vedrà a tempo debito – l'istituzione di un unico elenco dei soggetti aggregatori nell'ambito delle stazioni uniche appaltanti di cui fanno parte Consip e una centrale di committenza per regione fino ad un massimo di 35.

Dalle norme si può rilevare l'oramai noto *modus operandi* del legislatore domestico che, partendo da obblighi perentori senza possibilità di deroghe deve, verificando le problematiche pratico/operative imposte dalle disposizioni e varie difficoltà, introdurre successivi temperamenti finendo oggettivamente per snaturare – a distanza di pochissimo tempo – portata ed intensità delle norme primigenie (e le stesse intenzioni sottese).

Come annotato, il primigenio obbligo dell'accorpamento dei procedimenti di gara è stato introdotto con la legge 214/2011 <sup>(5)</sup>, art. 23, comma 4, in realtà già previsto nel decreto legge 201/2011 convertito con la legge in parola (da notare che in fase di conversione, in modo invero singolare, l'articolo 1 prevedeva che "al comma 4, capoverso 3-*bis*, dopo le parole: «dei competenti uffici» è inserito il seguente segno: «“»”).

La prima previsione, pertanto, anticipatrice della legislazione *spending review* non lasciava dubbi sugli intendimenti del legislatore che esprimeva una chiara esigenza di accorpare la miriade di piccole stazioni appaltanti prevedendo l'obbligo di avvalersi di un'unica centrale di committenza per l'acquisizione delle commesse.

Stazione unica che – nell'ambito di ciascun territorio provinciale – doveva essere realizzata attraverso le unioni di comuni già esistenti oppure attraverso la costituzione di un accordo consortile (una convenzione) per usufruire degli uffici dell'unione dei comuni.

La norma, in sostanza, limitava il canale delle acquisizioni riferendolo ad un soggetto specifico (l'unione dei comuni) attraverso una centrale di committenza per l'espletamento del procedimento di gara.

Come di consueto, con la seconda legge *spending* (legge 135/2012) il legislatore introduce una prima rilevante eccezione, anche in questo caso solo parziale considerata la questione dei lavori pubblici.

In particolare, il comma aggiunto prevedeva la possibilità – in luogo di riferirsi ad un'unica centrale di committenza – di procedere con degli acquisti (da parte dei singoli comuni) attraverso l'utilizzo dei sistemi elettronici del mercato elettronico (non solo il Mepa ai sensi dell'articolo 328 del regolamento attuativo del codice degli appalti) o di Consip (o altre centrali regionali).

Sotto si riportano i testi delle disposizioni a confronto.

---

<sup>(5)</sup> Rubricata "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201: Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici". In *G.U.* n. 300 del 27 dicembre 2011.

Art. 23, comma 4, legge 214 del 2011	Art. 1, comma 4, legge 135/2012
<p>3-bis. I Comuni con popolazione <b>non superiore a 5.000</b> abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici.</p>	<p>4. Al comma 3-bis dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 è aggiunto infine il seguente periodo: «<b>In alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207</b>».</p>

È del tutto evidente che l'alternativa si poneva come assolutamente parziale. È sufficiente pensare alle acquisizioni fisiologicamente non presenti nei mercati elettronici o nel mercato delle convenzioni. Si pensi, in particolare alla questione lavori e/o ad appalti come i servizi socio/sanitari.

In questi casi, evidentemente, la centrale unica doveva per forza essere costituita a pena di illegittimità del procedimento nel senso che i comuni di minori dimensioni (con popolazione inferiore ai 5 mila abitanti) per forza dovevano servirsi del canale di acquisizione fissato con l'articolo 23, comma 4 della legge 214/2011.

Non solo, il riferimento contenuto nell' inciso dell'articolo 1, comma 4, della legge 135/2012 alle convenzioni (art. 23 della legge del 23 dicembre 1999 n. 488) determinava problemi interpretativi. È noto infatti, che i comuni non hanno l'obbligo di aderire alle convenzioni Consip ma, più semplicemente, di ossequiare un preciso procedimento amministrativo funzionale ad esigenze di economicità o speditezza nel senso che anche in presenza delle convenzioni e delle stesse commesse da acquisire, il RUP dei comuni non è (era) obbligato ad aderirvi ben potendo avviare una procedura tradizionale a condizione di porre a base di gara i riferimenti tecnici ed economici declinati nella convenzione.

In sostanza, più che una alternativa la più recente disposizione, a ben vedere, introduceva un autentico obbligo di aderire alle convenzioni considerato che una eventuale decisione di procedere ad una gara d'appalto imponeva la necessità di affidarsi ad una centrale unica. Snaturando, pertanto, l'essenza della disposizione contenuta nell'articolo 26 della legge 488/1999 che, limitando il ragionamento ai comuni, non impone come detto l'obbligo di aderire ad una convenzione.



In definitiva, come anche l'attuale obbligo, l'appalto inteso come procedimento tradizionale ovvero affrancato dal riferimento al mercato elettronico o dall'adesione alle convenzioni – ed al netto della soglia dei 40 mila euro e della situazione dei comuni capoluogo di provincia – non può essere espletato da singoli comuni. Nell'odierno a pena di non ottenere il codice identificativo della gara.

## **2.1 L'ulteriore modifica apportata con la finanziaria per il 2014**

La legge di stabilità per il 2014 (legge 147/2013), ha introdotto una ulteriore (e reale) eccezione all'obbligo dei comuni con meno di 5 mila abitanti di utilizzare (o realizzare) un'unica centrale di committenza in ambito provinciale.

Di gran lunga più interessante rispetto al comma inserito con la legge 135/2012 è quello pur di brevissima vigenza, innestato dalla legge 147/2013 quale ultimo periodo del comma secondo cui, l'obbligo di rivolgersi alla centrale unica degli acquisti non si applica(va) *“alle acquisizioni di lavori, servizi e forniture, effettuate in economia mediante amministrazione diretta, nonché nei casi di cui al secondo periodo del comma 8 e al secondo periodo del comma 11 dell'articolo 125”*.

Le ragioni della modifica si possono facilmente intuire e sono le stesse alla base delle reiterate richieste (espresse anche dall'ANCI) di estendere la deroga, contenuta nell'attuale disposizione in vigore, dei 40 mila euro, oggi prevista solo per i comuni con più di 10 mila abitanti, anche ai comuni di minori dimensioni (si anticipa che la legge di stabilità in realtà prevede l'estensione della prerogativa a tutti i comuni a far data dal primo gennaio 2016).

In sostanza, dalla disposizione introdotta con la legge di stabilità per il 2014 si rilevava l'esigenza di sottrarre dalla rigorosa disciplina che impone l'acquisizione attraverso la centrale unica, tutti quei procedimenti minimi e spesso esplicitati in modo informale dalla stazione appaltante per esigenze da soddisfare immediatamente. Il presupposto, in definitiva, era che accorpare anche tali semplici e minimi (sotto il profilo della dimensione finanziaria) procedimenti avrebbe avuto per effetto solo quello di creare un aggravio di tempi a discapito delle esigenze sottese.

Sotto si riportano la disposizione del comma 3-bis a confronto con la modifica del 2013 che arricchisce la previsione (sia pur sottraendo l'ambito oggettivo di applicabilità della norma).

Art. 33, comma 3-bis come modificato dalla legge 214/2011 e legge 135/2012	Art. 1, comma 343 della legge 147/2013 (Finanziaria per il 2014)
<p>3-bis. I Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici. In alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.</p>	<p>343. Al comma 3-bis dell'articolo 33 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «<b>Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle acquisizioni di lavori, servizi e forniture, effettuate in economia mediante amministrazione diretta, nonché nei casi di cui al secondo periodo del comma 8 e al secondo periodo del comma 11 dell'articolo 125</b>».</p>

È importante soffermarsi, sulla deroga introdotta dalla legge di stabilità per il 2014 considerato che la posizione ufficiale dell'ANCI <sup>(6)</sup> mira ad ottenere – tra gli altri – il ripristino.

Come si può leggere dalla disposizione sopra riportata, la previsione introdotta a fine anno 2013 si riferisce **a due ipotesi di cui la prima risulta totalmente fuorviante ed esige almeno un chiarimento**.

Il primo inciso del periodo in commento tendeva ad affrancare dalla centralizzazione degli acquisti le acquisizioni di lavori, servizi e forniture “*effettuate in economia mediante amministrazione diretta*”. In sostanza, come si vedrà tra poco, tendeva a sottrarre dagli obblighi di centralizzazione delle ipotesi che, non essendo configurate come autentici appalti, in realtà sono assolutamente estranee per natura sia al procedimento classico sia rispetto ai vincoli dell'acquisizione attraverso gli strumenti telematici.

Così come riportata, la norma contiene un paradosso (ampiamente chiarito in giurisprudenza) perché l'amministrazione diretta – ovvero la procedura avviata dal RUP della stazione appaltante per realizzare interventi direttamente con personale proprio (o assunto per l'occasione) e con mezzi propri (o all'uopo acquistati) – non può essere giuridicamente con-

<sup>(6)</sup> Richiesta Trasmessa al Ministro in data 1 luglio 2014 ma, per il momento, rimasta insoddisfatta.

figurata come appalto e pertanto non soggiace né agli obblighi sottesi alla richiesta del CIG né, a titolo esemplificativo, all'obbligo della tracciabilità dei flussi finanziari (se fatta in proprio) e, più in generale, ad altri adempimenti connaturali all'appalto pubblico.

Questione completamente diversa è data dal caso, ed è necessario fare la distinzione, in cui la stazione appaltante abbia l'esigenza – per poter avviare, a titolo esemplificativo, un cantiere comunale – di acquisire specifiche forniture (si pensi al materiale classico per attivare un cantiere di lavoro).

È chiaro che solo in questa ipotesi si configura l'appalto e, pertanto, per dare un senso alla disposizione in esame, evidentemente il legislatore ha inteso riferirsi solo a quest'ultimo.

Di più facile individuazione è, invece, la seconda ipotesi che con la legge di stabilità – per i comuni al di sotto dei 5 mila abitanti obbligati a centralizzare gli acquisti – veniva sottratta dagli obblighi della centrale unica ovvero i casi (tanto per lavori quanto per forniture e servizi) di affidamento diretto riconducibile nell'ambito delle acquisizioni in economia *ex art.* 125 del codice degli appalti.

In particolare, per gli affidamenti inferiori all'importo di 40 mila euro che in ogni caso dovevano ritenersi necessariamente soggetti alla previa escussione – almeno per i servizi e per le forniture – di una delle forme del mercato elettronico *ex articolo* 328 del regolamento attuativo del codice degli appalti.

Sotto si riportano (per comodità di lettura si riportano a confronto) le disposizioni relative alle acquisizioni in economia “sottratte” con il disposto di cui alla legge di stabilità n. 147/2013.

<b>Articolo 125 del decreto legislativo 163/2006 commi 3, 5, 8, 11</b>	<b>Comma 343 legge di stabilità n. 147/2013</b>
<p>3. <b>Nell'amministrazione diretta</b> le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento.</p> <p>5. (...)I lavori assunti in amministrazione diretta non possono comportare una spesa complessiva superiore a 50.000 euro</p>	<p>Al comma 3-<i>bis</i> dell'articolo 33 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, e successive modificazioni, è aggiunto, infine, il seguente periodo: “Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle acquisizioni di lavori, servizi e forniture, effettuate in economia mediante <b>amministrazione diretta</b>, (... vedi sotto)</p>



Articolo 125 del decreto legislativo 163/2006 commi 3, 5, 8, 11	Comma 343 legge di stabilità n. 147/2013
8 (...) Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento	nonché nei casi di cui al secondo periodo <b>del comma 8</b>
11. (...) Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.	e al secondo periodo del <b>comma 11, dell'articolo 125.</b>

### 2.1.1 Questioni interpretative della modifica introdotta dalla legge di stabilità per il 2014

L'infelice formulazione del periodo aggiunto con la legge del 2013 ha oggettivamente indotto qualche dubbio interpretativo. Nel definire l'ipotesi "in deroga" rispetto all'obbligo di centralizzare le acquisizioni il legislatore ha stabilito, inopinatamente che le **"disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle acquisizioni di lavori, servizi e forniture, effettuate in economia mediante amministrazione diretta, nonché nei casi di cui al secondo periodo del comma 8 e al secondo periodo del comma 11 dell'articolo 125"**.

Il riferimento di tipo generico alle disposizioni del comma hanno fatto emergere la perplessità – ovviamente inammissibile – che tale deroga si riferisse anche agli obblighi di acquisire le commesse, in ambito sotto soglia, senza utilizzare una delle forme del mercato elettronico.

Circostanza che ha determinato uno specifico quesito sottoposto da un Sindaco alla sezione regionale della Corte dei Conti di Potenza risolto con la delibera n. 67/2014.

Nel caso di specie, l'ente istante chiedeva *"se la novella del comma 3-bis dell'art. 33, operata dall'articolo 1, comma 343 della l. 27 dicembre 2013, n 147" avesse "fatto venire meno l'obbligo, per i Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, di acquistare servizi e forniture in economia, mediante amministrazione diretta, sui mercati elettronici della p.a. o altri strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n 488"*.

La sezione, prima di affrontare la questione ha rammentato il percorso normativo che ha portato a tale formulazione premettendo che il comma 3-bis è stato inserito nell'ambito dell'art. 33 del d.lgs. 163/2006 ai sensi dell'art. 23, commi 4 e 5, del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con modificazioni nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 ("Decreto Salva Italia"), *"nell'ambito di un complessivo programma volto, tra l'altro, alla riduzione della spesa e dei costi degli apparati pubblici"*.

In questo senso, la novella del 2011 introduce(va) un regime speciale per gli acquisti di lavori, servizi e forniture da parte dei Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti, a norma del quale i suddetti enti *"(...) ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici"*.

La ratio sottesa al disposto in questione, si legge nel parere doveva intendersi come diretta a ***"limitare l'elevata frammentazione del sistema degli appalti pubblici e la concentrazione delle procedure di evidenza pubblica, al fine di ridurre i costi di gestione delle procedure e di far ottenere risparmi di spesa, quantificabili a consuntivo, per le conseguenti economie di scala"*** (cfr. Relazione Tecnica - d.l. 201/2011, art. 23, comma 4 e 5).

Nel 2012, il legislatore del secondo decreto di *"Spending review"* (legge 94/2012), come annotato sopra ha ulteriormente inciso su tale disposto, concedendo ai suddetti comuni la possibilità di adempiere all'obbligo di acquisto centralizzato, ricorrendo agli *"strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 e il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207"*.

Nel 2013, la legge di stabilità 2014, anche in considerazione dei dubbi sorti in merito alla latitudine applicativa dell'articolato in questione, ne ha chiarito i connotati precettivi, stabilendo che il regime di acquisto centralizzato prescritto ai sensi del comma 3-bis *"non si applica nel caso di acquisti in economia, mediante amministrazione diretta e nei casi di affidamento diretto di cui ai commi 8, seconda parte e 11, seconda parte dell'art. 125 del d.lgs. 163/2006"*.

**Secondo la sezione la soluzione *"al quesito è articolata e comporta la necessaria disamina del panorama normativo vigente in materia"*.**

Ciò premesso, la sezione ha dapprima sintetizzato i vari passaggi fondanti le riforme del procedimento amministrativo contrattuale. Nella deli-

berazione si legge che *“in proposito, le principali disposizioni di riferimento sono state introdotte nel 2012, nell’ambito di un più complessivo programma di razionalizzazione e contenimento di costi della pubblica amministrazione (manovra di Spending Review). La prima disposizione è contenuta nel comma 450 della legge 296/2006, così come novellato dal comma 2, dell’art. 7, del d.l. 7 maggio 2012, n. 52 (primo decreto di “Spending Review”), convertito con modifiche nella legge 6 luglio 2012 n. 94, e successivamente modificato dal comma 149, dell’art. 1 della legge 228/2012, ai sensi del quale le “altre amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (e quindi anche gli enti territoriali) per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure”. La seconda previsione è riportata nel sopra citato comma 3-bis dell’art. 33 del d.lgs. 163/2006”*.

Nel prosieguo, il consesso si sofferma **sulle varie interpretazioni** espresse dalle sezioni compilate in merito alla intensità dei vincoli procedurali imposti dalla predetta legislazione.

A tal riguardo nel parere si legge che *“i confini applicativi di ciascuna delle disposizioni sopra citate sono stati oggetto di ampio scrutinio da parte della giurisprudenza contabile ed i relativi approdi risultano rilevanti per la soluzione del quesito in oggetto. In particolare, sulla base di un approccio ermeneutico di stretta interpretazione letterale, si è ritenuto che il novellato comma 450 della legge 296/2006 codifichi in capo a tutte le amministrazioni di cui all’art. 1 del d.lgs. 165/2001 (ivi inclusi gli enti locali) un obbligo generalizzato di ricorso ai mercati elettronici e/o agli strumenti telematici ivi previsti, nel caso di acquisti al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria, non ammettendo deroghe di sorta, né in termini di densità demografica, né in termini di peculiari fattispecie di acquisto al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria.*

*Secondo gli attuali approdi ermeneutici, l’articolato in questione:*

- a) va applicato a tutti gli enti locali, ivi inclusi i comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti (cfr. sez. controllo Valle d’Aosta, n. 7/2013/PAR);*
- b) concerne tutte le procedure di acquisto al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria, ivi inclusi gli acquisti in economia, senza deroghe di sorta (cfr. Sez. di controllo Piemonte, n. 211/2013/PAR; conf. sez. controllo Lombardia n. 112/2013/PAR);*
- c) unica eccezione a tale obbligo incondizionato, è rappresentata dall’ipotesi di non reperibilità ovvero inidoneità dei beni o servizi rispetto alle necessità dell’ente locale procedente, e ciò previa prudente istruttoria e valutazione*

*di tale evenienza ed adeguata motivazione della stessa nell'ambito della determinazione a contrarre (cfr. Corte Conti, sez. Marche, n. 169/2012/PAR, ripresa ex plurimis da sez. Lombardia n. 92/2013/PAR, sez. Piemonte n. 211/2013/PAR);*

- d) nell'ambito delle suddette eccezioni, privilegiando un'interpretazione sistematica della norma in combinato disposto con il comma 449 che la precede, viene inclusa anche l'ipotesi in cui siano reperibili, all'esterno dei mercati elettronici e/o degli strumenti telematici previsti dalla norma in questione, condizioni di acquisto migliorative, e ciò in quanto «l'obbligo di ricorrere agli strumenti di approvvigionamento sopra descritti va mitigato ogni qualvolta il ricorso all'esterno persegue la ratio di contenimento della spesa pubblica contenuta nella norma» (cfr. sez. controllo Toscana, n. 151/2013/PAR; in termini sez. controllo Emilia Romagna n. 286/2013/PAR)”;*
- e) in tutti gli altri casi, il mancato ricorso alle modalità di acquisto prescritte, comporta le conseguenze di cui al comma 1 dell'art. 1 della legge 135/2012, e cioè la nullità del contratto stipulato in violazione del suddetto obbligo e delle conseguenti responsabilità (cfr. sez. Lombardia, n. 92/2013/PAR)”.*

A differenza di quanto, si sottolinea nella deliberazione in commento “il comma 3-bis, invece, s’inserisce nell’ambito dell’art. 33 del d.lgs. 163/2006, a sua volta collocato nell’ambito del Titolo I (Contratti di rilevanza comunitaria) della Parte II (Contratti Pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari) del d.lgs. 163/2006 e che codifica lo statuto giuridico degli appalti pubblici e degli accordi quadro stipulati da Centrali di Committenza. Come sopra anticipato, la norma in esame introduce una disciplina speciale per gli acquisti di lavori, servizi e forniture da parte dei Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti:

- a) ante novella 2012, prevedendo a carico dei suddetti enti l'obbligo di acquisto accentrato esclusivamente per il tramite di un'unica centrale di committenza, costituita nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici;*
- b) post novella del 2012, inserendo una modalità alternativa di acquisto centralizzato, e cioè mediante gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 e il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207”.*

Con tale innesto normativo, pertanto, il comma 3-bis tipizza il ricorso agli strumenti elettronici gestiti da altre centrali di committenza di riferi-

mento e/o al mercato elettronico della pubblica amministrazione, non come obbligo autonomo, ma come modalità di acquisto accentrato alternativa al ricorso alle centrali uniche di committenza. Per l'effetto, il ricorso a tali strumenti elettronici di approvvigionamento sarà obbligatorio, se e nella misura in cui lo sarà – ai sensi del comma 3-bis – il ricorso alle centrali uniche di committenza.

Per l'effetto, in assenza di un'espressa deroga del legislatore, *“i comuni in questione dovranno ricorrere all'acquisto accentrato di cui al comma 3-bis anche con riferimento agli acquisti sotto soglia comunitaria, ivi inclusi gli acquisti in economia di cui all'art. 125 del d.lgs. 163/2006, e ciò se e in quanto comportino a monte una procedura di selezione (cfr., tra le altre, sez. controllo Piemonte, n. 271/2012/PAR e, in termini, sez. controllo Lombardia, n. 165/2013/PAR). Ne consegue che gli acquisti in economia effettuati in assenza di una procedura di selezione, non saranno attratti dal precetto in esame, in quanto non rispondenti alla ratio ivi sottesa. In tale ottica, sono state individuate due ipotesi di non applicazione del precetto in parola: l'acquisto in economia, mediante amministrazione diretta e le ipotesi di affidamento diretto di cui ai commi 8, seconda parte e 11, seconda parte dell'art. 125 del d.lgs 163/2006. L'amministrazione diretta, è un sistema di acquisto ontologicamente estraneo al mercato, costituendo una modalità di “autoproduzione” dei lavori, servizi e forniture (Deliberazione AVCP n.22/2008) nell'ambito della quale “le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento (cfr. comma 3, art. 125 d.lgs. 163/2006).*

*Gli affidamenti in cottimo fiduciario di importo inferiore ad euro 40.000,00 sono – per espressa previsione normativa – gestiti in via diretta dal responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di rotazione, non discriminazione, par condicio e con il supporto di adeguata motivazione, e pertanto non risultano rispondenti, al pari dell'amministrazione diretta, alla ratio sottesa alla norma de qua, in tema di accentramento degli acquisti”.*

Alla luce di quanto sopra, conclude la sezione, ed al fine di fornire un compiuto riscontro al quesito in esame, *“occorre interrogarsi sull'effettiva portata della novella in questione, in relazione agli acquisti in economia, mediante amministrazione diretta”.*

Come già rilevato, *“il sistema di acquisto in economia, mediante amministrazione diretta si caratterizza per il fatto che la produzione di beni e servizi è effettuata in proprio dalla pubblica amministrazione, mediante un sistema di produzione in house. A tale fine, l'ente può utilizzare mezzi e personale propri ovvero acquisire e/o noleggiare i mezzi ed i materiali necessari, ricorrendo al mercato. Nel primo caso, la fattispecie è esclusa dall'ambito di applicazione del*



comma 3-bis dell'art. 33 del d.lgs. 163/2006, in quanto ontologicamente estranea al precetto in parola”.

È chiaro che, condivisibilmente, “con riferimento a tale fattispecie, pertanto, la novella del 2013 non innova – in senso derogatorio- il perimetro applicativo del comma 3-bis, ma si limita a ribadirne i confini, recependo gli approdi della giurisprudenza contabile sul punto”. Mentre, “diverso è il discorso nel caso in cui l'ente per eseguire “in proprio” la produzione reperisca all'esterno i beni e/o materiali necessari. Sul punto è necessario operare la seguente distinzione:

- a) nell'ipotesi in cui l'acquisto dei suddetti beni strumentali non possa avvenire mediante affidamento diretto, ai sensi del comma 11, seconda parte, dell'art. 125 del d.lgs. 163/2006, l'ente sarà tenuto a rispettare il disposto di cui al comma 3-bis e, quindi, per l'effetto ricorrere alla centrale unica di committenza ovvero, in alternativa, agli strumenti e/o mercati elettronici di approvvigionamento ivi previsti;
- b) nel caso in cui, invece, sussistano i presupposti di legge per l'acquisto dei suddetti beni mediante affidamento diretto, opererà la deroga introdotta dalla novella del 2013 e, per l'effetto, l'ente non dovrà fare ricorso agli strumenti elettronici di approvvigionamento previsti ai sensi del comma 3-bis dell'art. 33 del d.lgs. 163/2006. Fermo quanto sopra, occorre precisare che tale deroga opera esclusivamente con riferimento alle disposizioni contenute nel comma 3-bis dell'art. 33 del d.lgs. 163/2006, restando intatto, in tutta la sua portata, il comma 450 della legge 296/2006 in tema di ricorso obbligatorio ai mercati elettronici e/o agli strumenti telematici, per gli acquisti sotto soglia comunitaria da parte di tutte le amministrazioni di cui all'art. 1 del d.lgs. 165/2001 (ivi inclusi gli enti territoriali).

Alla luce di quanto sopra, l'obbligo di ricorrere agli strumenti di approvvigionamento telematici ed elettronici per l'acquisto dei sopra indicati beni strumentali discenderà – in capo ai comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti – non ai sensi del comma 3bis dell'art. 33 del d.lgs. 163/2006, ma per effetto del comma 450 della legge 296/2006 così come novellato nel 2012.

In conclusione, ed al fine di rispondere al quesito in oggetto, si ritiene che nel caso di acquisti in economia, mediante amministrazione diretta, i Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti non siano tenuti a ricorrere agli strumenti e/o mercati elettronici di acquisto previsti dal comma 3-bis dell'art. 33 del d.lgs. 163/2006, e ciò indipendentemente dalla novella di cui al comma 343 dell'art. 1 della legge 147/2013, in quanto tale fattispecie è per sua stessa natura, ontologicamente estranea al portato precettivo della norma in questione.

*Diverso discorso deve essere fatto se tale sistema di autoproduzione viene effettuato con il ricorso a mezzi e/o materiali acquistati o noleggiati all'esterno. In tale caso, trattandosi di veri e propri appalti, seppure strumentali all'esecuzione dell'amministrazione diretta, dovranno essere rispettati i precetti propri del settore, ivi incluso l'obbligo di acquisto accentrato di cui al comma 3-bis dell'art. 33 del d.lgs. 163/2006 e, quindi, il ricorso agli strumenti elettronici di approvvigionamento ivi previsti, in alternativa al ricorso alle centrali uniche di committenza. Fermo quanto sopra, qualora sussistano i presupposti per acquisire detti beni mediante affidamento diretto, ai sensi del comma 11, seconda parte dell'art. 125 del d.lgs. 163/2006, il ricorso ai sopra citati strumenti telematici e/o mercati elettronici di approvvigionamento:*

- a) non sarà più dovuto ai sensi del comma 3-bis dell'art. 33 del d.lgs. 163/2006, in quanto fattispecie espressamente derogata dalla novella del 2013;*
- b) ma sarà dovuto ai sensi del comma 450 della legge 296/2006, in quanto acquisti sotto soglia comunitaria e, per tale motivo, attratti dal precetto in argomento. Per l'effetto, detti enti (al pari di tutte le restanti amministrazioni di cui all'art. 1 del d.lgs. 165/2001), dovranno acquistare i suddetti beni strumentali, mediante ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure. E ciò senza deroghe di sorta.*

*Uniche eccezioni, sono rappresentate dalle ipotesi residuali di non reperibilità ovvero inidoneità dei beni o servizi rispetto alle necessità dell'ente locale procedente, e ciò previa prudente istruttoria e valutazione di tale evenienza ed adeguata motivazione della stessa nell'ambito della determinazione a contrarre (cfr. Corte Conti, sez. Marche, n. 169/2012/PAR, ripresa ex plurimis da sez. Lombardia n. 92/2013/PAR, sez. Piemonte n. 211/2013/PAR), nonché, privilegiando un'interpretazione sistematica dell'articolato in questione, anche l'ipotesi in cui per quel determinato bene o materiale siano reperibili, all'esterno del sistema elettronico e/o telematico, condizioni economiche migliorative. Anche in tale caso, la circostanza dovrà essere prudentemente valutata e motivata, e ciò anche alla luce dei principi e delle prescrizioni in tema di sana gestione finanziaria e buon andamento della pubblica amministrazione, in termini di efficienza, efficacia ed economicità. In tutti gli altri casi, il mancato ricorso alle modalità di acquisto prescritte, comporta le conseguenze di cui al comma 1 dell'art. 1 della legge 135/2012, e cioè la nullità del contratto stipulato in violazione del suddetto obbligo e le responsabilità a questo conseguenti (cfr. sez. Lombardia, n. 92/2013/PAR)".*

Riepilogando l'articolato ed interessante ragionamento espresso dalla sezione emerge (alla luce anche delle più recenti modifiche) che:

- l'amministrazione diretta, in quanto non appalto ma sistema di autoproduzione di beni, servizi e lavori *in house*, si affranca *ex se* da obblighi di centralizzazione di procedimenti d'appalto e dai vincoli procedurali riconducibili alla legislazione *spending review*;
- situazione diversa è quella delle acquisizioni sottese all'attivazione di una procedura in amministrazione diretta di produzione di beni, servizi e lavori. L'acquisto di beni strumentali è appalto in tutti i sensi pertanto non sfugge all'obbligo della centralizzazione (tranne, nell'odierno, che per i comuni capoluogo e, nei limiti dei 40 mila euro, per i comuni al di sopra dei 10 mila abitanti fermo restando le estensioni delle prerogative ad ogni comune ma a far data dal 1° gennaio 2016) e non sfugge all'obbligo di utilizzare gli strumenti telematici (una delle forme del mercato elettronico *ex* articolo 328 del regolamento attuativo del codice degli appalti) a pena di nullità del contratto.

### **3. La previsione del d.l. 66/2014 e le correzioni intervenute con la legge di conversione**

Come si è annotato sopra, con il d.l. 66/2014 – noto anche come terzo provvedimento *spending review* – l'obbligo dell'acquisto centralizzato viene esteso a tutti comuni con la sola eccezione di quelli capoluogo.

Nella tabella che segue si riportano le modifiche e gli adeguamenti intervenuti *post* legge di stabilità n. 147/2013 per effetto della più recente legislazione. Da subito si può annotare, ma sul punto si tornerà, la correzione voluta dal legislatore che per i comuni al di sopra dei 10 mila abitanti non prevede più l'affrancamento dell'amministrazione diretta dagli obblighi di centralizzazione proprio perché, come appena annotato, l'amministrazione diretta non è un appalto e costituisce una prerogativa discrezionale di ogni ente a prescindere dalle dimensioni che non deve passare attraverso la centralizzazione (mentre tale passaggio è obbligatorio per gli acquisti sottesi all'amministrazione diretta ad eccezione delle soglie fino a 40 mila euro per i comuni con più di 10 mila abitanti ed evidentemente, per i comuni capoluogo di provincia).

<b>Art. 33, comma 3-bis del d.lgs. 163/2006</b>	<b>Art. 9, comma 4, del decreto legge 66/2014</b>
<p>3-bis. I Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici. In alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle acquisizioni di lavori, servizi e forniture, effettuate in economia mediante amministrazione diretta, nonché nei casi di cui al secondo periodo del comma 8 e al secondo periodo del comma 11 dell'articolo 125.</p>	<p>4. Il comma 3-bis dell'articolo 33 del decreto legislativo 12* aprile 2006, n. 163 è sostituito dal seguente:</p> <p>«3-bis. I Comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 15 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. In alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento».</p> <p>(*) Nel testo <i>Gazzetta Ufficiale</i> riportato erroneamente come 6 aprile 2006.</p>

Come si può immediatamente notare, nella versione del comma 4, articolo 9, contenuto nel d.l. 66/2014 (oltre ad alcune singolarità come l'indicazione errata della data del decreto legislativo 267/2000) all'obbligo di centralizzare i procedimenti di gara non seguiva l'esplicitazione di una sanzione del mancato rilascio del CIG introdotto solo in fase di conversione.

La mancata esplicitazione di una sanzione specifica non sminuisce il fatto che in carenza di adempimento ovvero la centralizzazione delle procedure, i comuni risultavano privi della possibilità di esperire un procedimento di gara – al netto delle consentite eccezioni – e quindi gli stessi sarebbero risultati illegittimi (così come l'eventuale stipula del contratto). Circostanza pertanto che avrebbe consentito ad ogni appaltatore, non aggiudicatario della gara di richiedere l'annullamento della stessa entro i termini di impugnazione.

Dal testo della norma, comunque, si evince un sostanziale reiterarsi dell'obbligo pregresso solamente più esteso fino a coinvolgere ogni comune ad eccezione dei comuni capoluogo di provincia.

Un mutamento sostanziale si determina nel passaggio dal decreto alla legge 89/2014 con cui, oltre a correggere i refusi della disposizione, si introduce una specifica sanzione in grado di paralizzare la procedura sul nascere ovvero l'impossibilità di ottenere il CIG.

In particolare, il nuovo periodo prevede che *“l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) ai comuni non capoluogo di provincia che procedano all'acquisizione di lavori, beni e servizi in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma”*.

L'introduzione del comma appena riportato, effettivamente, cambia la fisionomia della norma rispetto al passato. Se la disposizione pregressa può essere letta come introduttore un primo obbligo poi successivamente edulcorato con la previsione di alcune (in realtà solo apparenti) eccezioni, il nuovo testo introduce dapprima un obbligo, ammette delle alternative per rispettare un principio di autonomia degli enti interessati, stabilisce alcune eccezioni (peraltro anche in questo caso solo apparenti) per concludere con una sanzione esplicita (mancato rilascio del CIG in caso di inadempimento) sicuramente più efficace visto le conseguenze e, soprattutto, realista considerato che nonostante l'obbligo le stazioni appaltanti avrebbero comunque potuto procedere alla indizione autonoma di gare d'appalto.

#### **4. Le ulteriori modifiche apportate con la legge 114/2014 (di conversione del d.l. 90/2014)**

Ulteriore modifica, nel lavoro incessante del legislatore di trovare una corretta definizione di una norma di capitale importanza – soprattutto per gli interessi coinvolti – viene introdotta con la legge 114/2014 di ***“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari”*** e da adeguamenti innestati dalla legge 190/2014, comma 550, art. 1 (che ha inciso sul comma 2 dell'articolo 23-ter della legge 114/2014).

Decreto legge piuttosto noto perché – tra gli altri – ha innestato nell'ordinamento la fattispecie ampliativa di soccorso istruttorio c.d. a pagamento o rafforzato.

La modifica del primo comma dell'articolo 23-bis appare finalizzata a stemperare le problematiche dei comuni di nuova istituzione in seguito a fusione di enti preesistenti. L'obbligo della centralizzazione dei procedimenti,

per gli enti risultati dal processo di fusione, avrà decorrenza dal terzo anno successivo a quello di istituzione.

Più rilevanti appaiono le modifiche introdotte, in particolare, al comma 3 dell'articolo 23-ter. Infatti, mentre il comma 2 affranca dall'obbligo di centralizzazione gli enti interessati dalla ricostruzione a seguito degli eventi del terremoto, il terzo comma introduce l'ennesima, ma in questo caso tutt'altro che apparente, eccezione della soglia dei 40 mila euro per i soli comuni al di sopra della soglia dei 10 mila abitanti (ma di prossima estensione a tutti i comuni non capoluogo di provincia come previsto nel d.d.l. di stabilità 2016).

Sotto si riportano le norme della legge 114/2014.

Art. 23-bis della legge 114/2014	Art. 23-ter della legge 114/2014 (commi 2 e 3)
<p>1. Al comma 3-bis dell'articolo 33 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Per i Comuni istituiti a seguito di fusione l'obbligo di cui al primo periodo decorre dal terzo anno successivo a quello di istituzione".</p>	<p>2. Le disposizioni di cui al comma 3-bis dell'articolo 33 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, modificato da ultimo dall'articolo 23-bis del presente decreto, non si applicano alle acquisizioni di lavori, servizi e forniture da parte <b>degli enti pubblici impegnati nella ricostruzione delle località indicate nel decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2009, n. 77, e di quelle indicate nel decreto-legge 6 giugno 2012, n. 74, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° agosto 2012, n. 122</b> <sup>(7)</sup>.</p> <p>3. I comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti possono procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro.</p>

Che si tratti di autentiche deroghe all'obbligo di centralizzare le procedure – quelle introdotte con i commi 2 e 3 dell'articolo 23-ter della legge 114/2014 – si evince dal tenore del richiamo contenuto anche nella recentissima determinazione dell'ANAC n. 11/2015 contenente gli **"ulteriori indirizzi interpretativi sugli adempimenti ex art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e ss.mm.ii."**

<sup>(7)</sup> Il comma è stato modificato dall'articolo 3 del decreto legge 190/2014 che ha espunto i riferimenti alla regione Abruzzo ed Emilia Romagna ricimprese nei decreti citati.

In questa infatti si legge che *“le uniche deroghe all’obbligo di procedere agli acquisti in forma aggregata sono riconosciute a favore degli enti pubblici impegnati nella ricostruzione delle località colpite da eventi sismici (Abruzzo e Province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo) e dei comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti per acquisti di lavori, servizi e forniture di valore inferiore a 40.000 euro (art. 23-ter, commi 2 e 3, d.l. 90/2014)”*.

Naturalmente sulla portata della deroga prevista per i soli comuni con più di 10 mila abitanti ci si soffermerà più avanti (così come sulla prevista estensione nel d.d.l. di stabilità in vigore dal primo gennaio 2016).

## 5. L’entrata in vigore dell’obbligo

Le necessità sottese alla costituzione delle stazioni uniche e le continue richieste di ricalibratura hanno fatto slittare l’entrata in vigore dei vari adempimenti.

Già annotato che l’obbligo in argomento è stato introdotto dal decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito con legge 214/2011), comma 4 con la specifica – fissata al comma 5 – secondo cui l’azione della stazione unica appaltante si doveva esplicare in relazione *“alle gare bandite successivamente al 31 marzo 2012”*.

La previsione ha quindi beneficiato di un primo differimento – oggetto già di alcuni interventi di legislazioni delle regioni a statuto speciale – con l’articolo 29, comma 11-ter, del decreto legge 29 dicembre 2011, n. 216, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 febbraio 2012, n. 14, **al 31 dicembre 2013**.

**La legge 15/2014 (di conversione del d.l. 150/2013) con l’articolo 3, comma 2, prorogava l’obbligo al 30 giugno 2014.**

**Quindi la legge 114/2014 che con l’art. 23-ter, comma 1 scindeva – evidentemente in funzione delle diverse difficoltà operative – la centralizzazione dei procedimenti di gara per servizi e forniture da quelle dei lavori pubblici.**

In questo senso, la norma specificava che *“le disposizioni di cui al comma 3-bis dell’articolo 33 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, modificato da ultimo dall’articolo 23-bis del presente decreto, entrano in vigore il 1° gennaio 2015, quanto all’acquisizione di beni e servizi, e il 1° luglio 2015, quanto all’acquisizione di lavori. Sono fatte salve le procedure avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”*.

La questione veniva, come noto, ripresa dalla più recente legge n. 11/2015 che con l’articolo 8, comma 3-ter che modificava la disposizione contenuta all’articolo 23-ter della legge 114/2014 ha postposto il termine per l’entrata in

vigore dell'obbligo di centralizzare i procedimenti di gara, accorpando servizi e forniture ai lavori, direttamente al 1° settembre 2015.

Da ultimo (per il momento), con l'articolo 1, comma 169, della legge 107/2015 il termine di entrata in vigore della centralizzazione delle procedure è stato posposto al 1° novembre 2015.

In questo senso, testualmente, il comma 169 dispone che *“all'articolo 23-ter, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, e successive modificazioni, le parole: «1° settembre 2015» sono sostituite dalle seguenti: «1° novembre 2015»”*.

Il legislatore della conversione del d.l. 66/2014, al di là di alcune correzioni e della possibilità – aggiuntiva – di centralizzare gli acquisti rivolgendosi anche agli uffici provinciali innesta un ulteriore periodo oggi oggetto di grande attenzione anche da parte dell'associazione dei comuni italiani e che sta rischiando di rallentare/paralizzare l'intera attività contrattuale.

L'inciso in argomento vieta all'AVCP il rilascio del CIG <sup>(8)</sup> nel caso in cui la stazione appaltante avviasse una procedura autonoma e non ossequiosa delle prescrizioni della norma.

---

<sup>(8)</sup> Per completezza è bene sottolineare che il comma in commento riguarda i soli comuni (ad eccezione di quelli capoluogo) e non anche altre amministrazioni aggiudicatrici a cui viene dedicato il comma 3 dell'articolo 9 della legge 89/2014 secondo cui *“ Fermo restando quanto previsto all'articolo 1, commi 449, 450 e 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, all'articolo 2, comma 574, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, all'articolo 1, comma 7, all'articolo 4, comma 3-quater e all'articolo 15, comma 13, lettera d) del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, sentita l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di analisi del Tavolo dei soggetti aggregatori e in ragione delle risorse messe a disposizione ai sensi del comma 9, sono individuate le categorie di beni e di servizi nonché le soglie al superamento delle quali le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché le regioni, gli enti regionali, nonché loro consorzi e associazioni, e gli enti del servizio sanitario nazionale ricorrono a Consip S.p.A. o agli altri soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 per lo svolgimento delle relative procedure. Per le categorie di beni e servizi individuate dal decreto di cui al periodo precedente, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) alle stazioni appaltanti che, in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma, non ricorrono a Consip S.p.A. o ad altro soggetto aggregatore. Con il decreto di cui al presente comma sono, altresì, individuate le relative modalità di attuazione. È comunque fatta salva la possibilità di acquisire, mediante procedura di evidenza pubblica, beni e servizi, qualora i relativi prezzi siano inferiori a quelli emersi dalle gare Consip e dei soggetti aggregatori”*.



Il comma 4, pertanto, succede ad una serie di modifiche che già hanno interessato il comma 3-*bis* dell'articolo 33 del codice riscrivendo per intero la disciplina relativa all'acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte di comuni (ad eccezione di quelli capoluogo di provincia).

Tra le modifiche, oltre alla sostituzione del termine “*centrale di committenza*” con l'inciso più attuale di “*soggetto aggregatore*”, le novità di maggior rilievo si sostanziano nella previsione:

- di una maggior latitudine del campo applicativo della norma: dal primo novembre la centralizzazione dei procedimenti di acquisizione (ad eccezione dei comuni capoluogo) non riguarderà più solo i comuni al di sotto dei 5 mila abitanti;
- la prescrizione del ricorso ad un'unica centrale di committenza (ora definita soggetto aggregatore) non si impone più come obbligatorio ma si prevede che l'acquisizione di lavori, beni e servizi possa avvenire nell'ambito delle unioni di comuni ovvero tramite un accordo consortile tra i comuni medesimi, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore; infine – secondo la novità introdotta dalla legge di conversione – ricorrendo anche agli uffici competenti delle province;
- viene prevista un'unica alternativa – a dette centralizzazioni – nel caso in cui la stazione appaltante decidesse di operare per l'acquisto di beni e servizi con gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip o da altro soggetto aggregatore.

È proprio l'ultimo riferimento (l'alternativa) che risulta in realtà estremamente limitato perché non tiene conto che per alcuni settori attualmente non esiste la possibilità di rivolgersi al mercato elettronico o a quello delle convenzioni. Si pensi – per tutti – ai lavori pubblici ed ai servizi sociali.

Nel documento più volte citato, l'ANCI, con cui si richiedeva la posposizione (ottenuta secondo la prima versione del d.d.l. di stabilità) dell'entrata in vigore delle nuove prescrizioni si richiedeva anche il ripristino di alcune deroghe.

In particolare, viene richiesta la reintroduzione dell'esonero dell'obbligo di centralizzazione per l'amministrazione diretta (si vedano però le considerazioni espresse sopra), dell'affidamento diretto – tanto per lavori quanto per forniture e servizi – nei limiti dei 40 mila euro e, circostanza assolutamente nuova, si ritiene opportuno l'affrancamento dall'obbligo in parola, dei lavori urgenti e di somma urgenza di cui agli artt. 175 e 176 del regolamento attuativo del codice degli appalti (d.P.R. 207/2010). Queste ultime richieste (lavori urgenti e somma urgenza ad oggi, come noto, non sono state accolte dal legislatore).

## 6. Le prospettive future: le modifiche previste nella legge di stabilità

Si è rilevato in premessa che il d.d.l. di stabilità per il 2016 (ora comma 269, articolo 1 del maxiemendamento approvato in sostituzione del disegno di legge nella seduta del 20 novembre 2015 dal Senato) prevede una – tutto sommato – profonda revisione dell’attuale disciplina sugli acquisti centralizzati ed in particolare sui rapporti acquisizioni sotto soglia/mercato elettronico e circa l’acquisizione di particolari categorie merceologiche (art. 1, comma 7 della legge 135/2012, seconda *spending review*) per le quali viene sostanzialmente obliterata la possibilità di fare una gara ad evidenza pubblica considerati gli obiettivi di risparmio (rispetto alla esistente convenzione) da parte del legislatore.

Da notare che l’articolo 28 del disegno di legge interessato (ora sostituito con un maxiemendamento strutturato con l’inserimento di un unico articolo ed una serie di commi senza rubrica) ha una rubrica precisa che, però, tradisce le aspettative.

Le disposizioni in parola vengono ricondotte infatti ad un articolo rubricato “**rafforzamento dell’acquisizione centralizzata**” ma, forse, ciò è vero solo per la prevista modifica del comma 7 dell’articolo 1, della legge 135/2012 circa la procedura per l’acquisizione della categorie merceologiche quali “*energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile*”.

Che sia stato previsto un “rafforzamento” degli acquisiti centralizzati, invece, è meno vero sia per la franchigia assoluta dai vincoli del mercato elettronico **fino alla cifra di mille euro**, sia per l’estensione ad ogni comune dell’esenzione dall’obbligo della centralizzazione dei procedimenti di acquisto – prevista oggi per i comuni non capoluogo di provincia ai sensi del comma 3-*bis* dell’articolo 33 del codice – per un importo fino ai 40 mila euro.

Nell’odierno, come noto, prevista per i soli comuni non capoluogo di provincia con una dimensione abitativa superiore ai 10 mila abitanti; a far data dal primo gennaio 2016 – secondo le previsioni – la franchigia verrebbe estesa a tutti i comuni non capoluogo a prescindere dalla dimensione abitativa.

Una nuova moltiplicazione, pertanto, delle stazioni appaltanti destinata, evidentemente, a consolidarsi con il nuovo codice.

In tema di centralizzazione dei procedimenti di gara, il testo della legge delega è stato profondamente modificato rispetto al passaggio al Senato. In particolare, per ciò che in questa sede interessa, una rilevante modifica è intervenuta nel testo della pregressa lettera v), articolo 1 del d.d.l. che disponeva in tema di centrale o stazione appaltante unica.

La lettera in parola strutturava, sostanzialmente ipotizzava, diversi livelli di centralizzazione ipotizzando *“per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, un livello di aggregazione almeno regionale o di provincia autonoma e, per gli affidamenti di importo superiore a 100.000 euro e inferiore alle medesime soglie di rilevanza comunitaria, aggiudicati da comuni non capoluogo di provincia, livelli di aggregazione subprovinciali definendo a tal fine ambiti ottimali territorialmente omogenei”*.

La nuova previsione, nel ribadire gli obblighi sulla centralizzazione supe-  
ra detta articolazione.

Sotto si riportano le previsioni a confronto per apprezzarne le sostanziali differenze:

<p><b>Lettera v) art. 1 del disegno di legge delega prima dell'approvazione del testo alla Camera – parte barrata espunta nel passaggio alla Camera –</b></p>	<p><b>Lettera dd) art. 1 del disegno di legge delega dopo l'approvazione del testo alla Camera avvenuta il 20 novembre 2015 – in grassetto e sottolineata la parte aggiunta –</b></p>
<p>v) contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera f), con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità e fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze prevedendo, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, un livello di aggregazione almeno regionale o di provincia autonoma e, per gli affidamenti di importo superiore a 100.000 euro e inferiore alle medesime soglie di rilevanza comunitaria, aggiudicati da comuni non capoluogo di provincia, livelli di aggregazione subprovinciali definendo a tal fine ambiti ottimali territorialmente omogenei e garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti;</p>	<p>dd) contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso <u>la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di pubblicare nel proprio sito internet il resoconto finanziario al termine dell'esecuzione del contratto</u>, nonché attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera <b>bb)</b>, con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, <u>salvaguardando l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea</u>, e fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, <u>a livello di unione dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente</u>, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti;</p>

Se a questo si aggiunge che una vasta categoria di appalti (quegli esclusi riconducibili all'allegato II b del codice) sono sottratti all'obbligo della centralizzazione, è facile comprendere che in realtà, circa le stazioni appaltanti, cambierà ben poco.

### **6.1 Per acquisti inferiori ai 40 mila euro nessuna centralizzazione**

Dal primo gennaio, come si evidenziava, i comuni non capoluogo con più 10 mila abitanti e comuni con dimensioni abitative inferiori, vedranno il proprio regime d'acquisto uniformato.

Ai comuni di minori dimensioni – secondo il testo del maxiemendamento approvato in Senato il 20 ottobre 2015, articolo 1, comma 269 – viene esteso il regime giuridico previsto a far data dal primo novembre 2015 (momento dal quale scatta l'obbligo della centralizzazione dei procedimenti di gara secondo una delle ipotesi previste nel comma 3-bis dell'articolo 33 del codice).

Pertanto, fino a dicembre, i soli comuni con più di 10 mila abitanti potranno esperire procedure autonome fino ai 40 mila euro; i comuni con minori dimensioni abitative solo a far data dal primo gennaio (salvo mutamenti dell'ultima ora).

Su questo si dilunga il comma 269, articolo 1, del maxiemendamento secondo cui ***“fermi restando l'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, l'articolo 1, comma 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e l'articolo 9, comma 3, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, i comuni possono procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro”***.

Norma, quindi, che modificherà il comma 3, dell'articolo 23-ter della legge 114/2014.

In sostanza, appare curioso il regime giuridiche che, riguardo ai comuni, viene a crearsi per effetto della centralizzazione – al primo novembre – poi, se non intervengono mutamenti, in parte meno articolato a far data dal primo gennaio.

Nell'odierno, la situazione operativa dei comuni è quella che segue:

#### **➔ Comuni capoluogo di provincia e le stazioni uniche costituite in ossequio dell'obbligo della centralizzazione**

I comuni capoluogo di provincia sono liberi di agire sul mercato delle convenzioni (ovvero ossequiare il procedimento di cui all'articolo 26 comma

3 e segg. della legge 488/99) e quindi **o aderire alla convenzione esistente oppure procedere con una gara d'appalto** a condizione di declinare a base d'asta i riferimenti tecnico-economici previsti nella convenzione (situazione che muterà come si vedrà nel 2016).

Nel sotto soglia comunitario (fino ai 207 mila euro), evidentemente, per l'acquisto di beni e servizi anche questi enti dovranno procedere obbligatoriamente attraverso una delle forme di mercato elettronico (ai sensi dell'articolo 328 del regolamento attuativo del codice).

I comuni capoluogo di provincia (così come le stazioni uniche create nell'ambito delle unioni di comuni e/o l'attività contrattuale esperita con l'ausilio delle province e/o – a regime – i soggetti aggregatori) possono esperire autonomamente ogni procedimento di acquisto.

Rimangono ferme le prerogative di cui al comma 7, articolo 1, della legge 135/2012 che consente – se si possono ottenere migliori condizioni economiche – la procedura ad evidenza pubblica in relazione alle peculiari categorie merceologiche ivi indicate (da notare, che il maxiemendamento, come si vedrà più avanti, prevede rilevanti modifiche anche in relazione a questa possibilità).

#### ➡ **Comuni con più di 10 mila abitanti (non capoluogo di provincia)**

I comuni, evidentemente, non capoluogo di provincia con più di 10 mila abitanti potranno operare liberamente fino alla cifra dei 40 mila euro nel senso che mantengono la facoltà (qualora si verifichi l'ipotesi) di aderire o meno alla convenzione – nel senso appena sopra prospettato – oppure, sempre nell'ambito della cifra predetta, dovranno escutere una delle forme di mercato elettronico potendo, in caso di carenza tecnica/inesistenza del prodotto comunque **esperire anche un procedimento “tradizionale” non telematico**.

Per **importi pari o superiori a 40 mila euro**, i comuni con più di 10 mila abitanti hanno una sola alternativa: o utilizzare i sistemi telematici oppure centralizzare le procedure in unione o secondo gli schemi degli accordi di cui al comma 3-bis dell'articolo 33 del codice.

Perdono, in ambito sopra i 40 mila euro la prerogativa di espletare un procedimento autonomo nel caso di cui all'articolo 26, comma 3 e segg. della legge 488/99 nel senso che in presenza della convenzione dovranno necessariamente aderirvi o centralizzare il procedimento di gara.

In relazione alle acquisizioni delle particolari categorie merceologiche di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 135/2012, evidentemente, i comuni in argomento non beneficiano più della possibilità di esperire il procedimento ad evidenza pubblica **a meno che l'acquisizione non si situi al di sotto dei 40 mila euro predetti**.

Naturalmente si pongono i problemi per i lavori pubblici (per cui la centralizzazione sembra inevitabile) e – in relazione agli acquisti di beni e servizi nel sopra soglia comunitario – la circostanza che il bene/servizio sia o meno presente nel mercato elettronico o insista convenzione nazionale/regionale.

Se il prodotto/servizio è presente in vetrina o, nel sopra soglia, è presente la convenzione, l'alternativa opera perfettamente. **In caso contrario, non sarà possibile un procedimento autonomo (per importi pari o superiori a 40 mila euro).**

### ➡ **Comuni con popolazione inferiore ai 10 mila abitanti**

I comuni di minori dimensioni abitative – almeno fino al 31/12/2015 – hanno alternative ben limitate ed esplicitate dal comma 3-bis, **pertanto, in nessun caso potranno esperire un procedimento autonomo fuori dal sistema telematico del mercato o delle convenzioni (che anche per questi enti diventano obbligatorie).**

In ogni caso, come per i comuni con più di 10 mila abitanti la stazione unica o le forme aggregate a cui si può aderire con un semplice accordo sono necessarie soprattutto per i lavori.

**A far data dal primo gennaio – come previsto nel comma 269, articolo 1, del testo del maxi emendamento che sostituisce integralmente il disegno di legge di stabilità – viene uniformato il regime giuridico degli acquisti tra comuni non capoluogo a prescindere dalla dimensione abitativa.**

**Pertanto, anche i comuni di minori dimensioni abitative potranno esperire procedure autonome (nel senso di appalti tradizionali) nell'ambito degli importi inferiori a 40 mila euro.**

## **6.2 Una soglia esente dall'obbligo di acquistare dal mercato elettronico**

Come si è più volte evidenziato, a far data dal primo gennaio 2016 le pubbliche amministrazioni obbligate da acquisire sul MEPA o, come gli enti locali, da una delle forme di mercato elettronico potranno, **fino all'importo di mille euro avviare procedimenti tradizionali non telematici.**

I commi 270 e 271, art. 1 del testo del maxi emendamento approvato il 20 novembre 2015, modificano (il primo dei citati) la norma capitale in tema contenuta nel comma 450, articolo 1, della legge 296/2006 (finanziaria per il 2007) che sotto si riporta con sottolineate le modifiche previste (nella versione che tiene conto dell'estensione degli obblighi “telematici” anche agli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale e alle agenzie fiscali):

*“Le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie **nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300**, per gli acquisti di beni e servizi **di importo pari o superiore a 1.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario**, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui dall’articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207. Fermi restando gli obblighi previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi **di importo pari o superiore a 1.000 euro e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario** sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328”.*

Anche in questo caso, appare evidente, come non si sia in presenza di un rafforzamento degli obblighi di acquisti centralizzati tutt’altro se si pensa che la soglia dei mille euro è per acquisto (la soglia dei mille euro è stata ora prevista nel comma 271, articolo 1, del maxi emendamento approvato il 20 novembre 2015).

A parere di chi scrive, la norma dovrebbe subire degli adeguamenti è del tutto ovvio come insista una chiara differenza tra il fissare una cifra minima – riferita agli acquisti in un anno – fuori dal mercato elettronico e questa scelta di fissare un importo esente **per singolo acquisto**.

**Il timore è che una soglia minima fissata in questo modo possa favorire l’artificioso frazionamento degli acquisti.**

In generale, la previsione può essere considerata positiva per l’immediatezza dell’acquisizione rispetto ad un procedimento sicuramente – dal punto di vista del tempo necessario – maggiormente articolato.

### **6.3 L’acquisto di particolari categorie merceologiche**

Tra le norme che nonostante l’apparenza, almeno in questo caso, determinano un rafforzamento e la necessità di un presidio più attento, deve essere annoverata una sostanziale riscrittura del comma 7, articolo 1, della legge 135/2012 (c.d. seconda *spending review*) contenente la disciplina relativa all’acquisto di particolari categorie merceologiche, per le quali – almeno inizialmente era stata prevista in esclusiva l’acquisizione attraverso le convenzioni Consip.

La predisponenda modifica invece “stabilizza” la possibilità di ricorrere al mercato libero **ma ponendo delle condizioni sostanzialmente insuperabili (o forse irrealizzabili).**

La prevista modifica **sostituisce il terzultimo e penultimo** periodo del comma 7 dell’articolo 1 in commento limitando la possibilità di esperire un procedimento autonomo svincolato dal mercato delle convenzioni.

Inoltre, in secondo luogo, al posto della generica finalità che poteva giustificare il procedimento, comunque, ad evidenza pubblica viene introdotto uno specifico obiettivo di risparmio e la trasmissione del contratto – così stipulato – all’autorità anticorruzione.

Comma 7, articolo 1, legge 135/2012 (parte espunta e sostituita dalla predisponenda modifica)	Comma 1, (articolo 28) del d.d.l. di stabilità 2016
<p>“È fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali. In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai predetti corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico”.</p>	<p>“Fino al 31 dicembre 2016, è fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali. In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico”.</p>

Per effetto di quanto, il comma si sarebbe dovuto articolare nel modo seguente (**in grassetto parte innestata**):

*“Fermo restando quanto previsto all’articolo 1, commi 449 e 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e all’articolo 2, comma 574, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, quale misura di coordinamento della finanza pubblica, le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall’Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell’articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196,*



*a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile, sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati. La presente disposizione non si applica alle procedure di gara il cui bando sia stato pubblicato precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto. **Fino al 31 dicembre 2016, è fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali. In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico. La mancata osservanza delle disposizioni del presente comma rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale”.***

La previsione ha un evidente effetto dissuasivo anche per le responsabilità che implica il procedimento ad evidenza pubblica che deve essere reale e non fittizio.

Il contratto, come nel pregresso, deve contenere la clausola di risoluzione fatta salva la possibilità per l'appaltatore di rinegoziare le condizioni contrattuali allineandosi al prezzo proposto nelle convenzioni.

Ulteriore motivazione che tenderà a dissuadere dal procedimento libero è l'ulteriore prescrizione del comma 1 secondo cui **“tutti i contratti stipulati ai sensi del presente comma devono essere trasmessi all'Autorità Nazionale Anticorruzione”**.

Come si annotava sopra, il disegno di legge di stabilità 2016 è stato sostituito con un maxiemendamento che riproduce sostanzialmente le disposizioni contenute nel disegno di legge. In merito però alla modifica in commento – comma 7, articolo 1 della legge 135/2012 – il Senato ha approvato non irrilevanti modifiche.

Sotto si riportano il contenuto del comma 1 dell'articolo 28 del disegno di legge di stabilità (di modifica del comma 7 articolo 1, della legge 135/2012) a confronto con il comma 262, articolo 1 del testo del maxiemendamento approvato il 20 novembre 2015 dal Senato per apprezzare le sostanziali differenze.

<p><b>Comma 1, (articolo 28) del d.d.l. di stabilità 2016 di modifica del comma 7, articolo 1, della legge 135/2012 (la parte barrata è stata espunta e sostituita nel testo del maxiemendamento)</b></p>	<p><b>Comma 262, articolo 1, del testo del maxiemendamento approvato il 20 novembre 2015 dal Senato – in grassetto e sottolineata parte aggiunta –</b></p>
<p><del>“Fino al 31 dicembre 2016, è fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali.</del></p> <p>In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico”.</p>	<p>“È fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali.</p> <p><b><u>Tutti i contratti stipulati ai sensi del precedente periodo devono essere trasmessi all’Autorità nazionale anticorruzione.</u></b></p> <p>In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico <b>in percentuale superiore al 10 per cento rispetto ai contratti già stipulati.</b></p> <p><b>Al fine di concorrere al raggiungimento degli obiettivi vidi finanza pubblica attraverso una razionalizzazione delle spese delle pubbliche amministrazioni riguardanti le categorie merceologiche di cui al primo periodo del presente comma, in via sperimentale, dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2019 non si applicano le disposizioni di cui al terzo periodo del presente comma”.</b></p>

In primo luogo, non può sfuggire che l'obbligo di trasmettere il contratto all'ANAC è stato innestato, condivisibilmente, all'interno del comma 7, articolo 1, della legge 135/2012, a differenza di quanto prevedeva la primigenia ipotesi del d.d.l. di stabilità. Precisazione, questa, di non poco conto considerato che – in questo modo – l'effetto dissuasivo è particolarmente efficace e l'eventuale inadempimento, oltre a comportare pesantissime sanzioni per l'autore, non potrà certo sfuggire a chi è tenuto a svolgere i controlli in tema di anticorruzione all'interno della stazione appaltante (ai sensi della legge 190/2012 nei comuni i compiti vengono ricoperti dal segretario dell'ente il quale è tenuto anche ai controlli preventivi che esigeranno, nel caso di specie, una precisa circolare sul *modus operandi* a cui è tenuto il dirigente).

In secondo luogo, la prescrizione che prevede la possibilità di esperire un procedimento autonomo, purché con un preciso obbligo di risparmio da certificarsi adeguatamente (*corrispettivi inferiori almeno del 10% rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali*), può essere esperita solamente fino al 31/12/2016.

***Previsione che stabilisce come “Al fine di concorrere al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso una razionalizzazione delle spese delle pubbliche amministrazioni riguardanti le categorie merceologiche di cui al primo periodo del presente comma, in via sperimentale, dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2019 non si applicano le disposizioni di cui al terzo periodo del presente comma”.***

Per evitare confusioni e ben individuare i periodi interessati (oltre a quelli modificati) appare utile riportare il comma 7 della legge 135/2012 opportunamente scorporato a confronto con le modifiche:

<b>Comma 7, articolo 1 della legge 135/201 in vigore fino al 31/12/2015 – distinto per periodi –</b>	<b>Modifiche previste nel comma 262, articolo 1, del testo del maxi emendamento – che sostituisce il terzo e quarto periodo (in realtà con più periodi) –</b>
<p>7. Fermo restando quanto previsto all'articolo 1, commi 449 e 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e all'articolo 2, comma 574, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, quale misura di coordinamento della finanza pubblica, le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile, sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, <b>ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati.</b></p>	<p><i>Identico</i></p>
<p>La presente disposizione non si applica alle procedure di gara il cui bando sia stato pubblicato precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto.</p>	<p><i>Identico</i></p>



<p><b>Comma 7, articolo 1 della legge 135/201 in vigore fino al 31/12/2015 – distinto per periodi –</b></p>	<p><b>Modifiche previste nel comma 262, articolo 1, del testo del maxi emendamento – che sostituisce il terzo e quarto periodo (in realtà con più periodi) –</b></p>
<p>È fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali.</p>	<p>È fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali.</p>
	<p><b>Tutti i contratti stipulati ai sensi del precedente periodo devono essere trasmessi all’Autorità nazionale anticorruzione.</b></p>
<p>In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai predetti corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico.</p>	<p>In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico <b>in percentuale superiore al 10 per cento rispetto ai contratti già stipulati.</b></p>
	<p><b>Al fine di concorrere al raggiungimento degli obiettivi vidi finanza pubblica attraverso una razionalizzazione delle spese delle pubbliche amministrazioni riguardanti le categorie merceologiche di cui al primo periodo del presente comma, in via sperimentale, dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2019 non si applicano le disposizioni di cui al <u>terzo periodo</u> del presente comma</b></p>
<p>La mancata osservanza delle disposizioni del presente comma rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale.</p>	

Il terzo periodo del nuovo comma 7, articolo 1 della legge 135/2012, a far data dal 1° gennaio 2016 prevede che ***“È fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali”***.

**Pertanto, nel periodo sperimentale (e non anche nel 2016), le stazioni appaltanti dovranno necessariamente aderire alle convenzioni senza poter effettuare rilanci. In questo senso la parte finale del sesto periodo prevede che *“dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2019 non si applicano le disposizioni di cui al terzo periodo del presente comma”*.**

**Pertanto, nel periodo sperimentale non troverebbe applicazione la disposizione per cui:**

*“È fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, **anche al di fuori delle predette modalità**, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza **o a procedure di evidenza pubblica**, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali”*.

**Mentre, dovrebbero essere attentamente ossequiate, in particolare le disposizioni che impongono l'invio del contratto all'ANAC a prescindere dall'obiettivo di risparmio.**

Per comodità si riporta il comma 7, articolo 1, della legge 135/2012 in vigore presumibilmente dal primo gennaio 2016 (**in grassetto le modifiche**):

*7. Fermo restando quanto previsto all'articolo 1, commi 449 e 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e all'articolo 2, comma 574, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, quale misura di coordinamento della finanza pubblica, le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi*



*dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile, sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati. La presente disposizione non si applica alle procedure di gara il cui bando sia stato pubblicato precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto. **È fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali. Tutti i contratti stipulati ai sensi del precedente periodo devono essere trasmessi all'Autorità nazionale anticorruzione.** In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico **in percentuale superiore al 10 per cento rispetto ai contratti già stipulati. Al fine di concorrere al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso una razionalizzazione delle spese delle pubbliche amministrazioni riguardanti le categorie merceologiche di cui al primo periodo del presente comma, in via sperimentale, dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2019 non si applicano le disposizioni di cui al terzo periodo del presente comma.***

## 7. Le prospettive future: la centralizzazione nel nuovo codice degli appalti

Nel disegno di legge delega, come annotato sopra, si prevedeva che il ricorso a forme di aggregazione/centralizzazione dovesse essere articolato *“prevedendo, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, un livello di aggregazione almeno regionale o di provincia autonoma e, per gli affidamenti di importo superiore a 100.000 euro e inferiore alle medesime soglie di rilevanza comunitaria, aggiudicati da comuni non capoluogo di provincia, livelli di aggregazione subprovinciali definendo a tal fine ambiti ottimali territorialmente omogenei e garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti”*.

Articolata in questo modo, la centralizzazione si sarebbe dovuta atteggiare su tre diversi livelli:

1. uno specifico per il soprasoglia comunitario in cui l'appalto dovrebbe essere espletato a livello regionale (o di provincia autonoma);
2. un livello per gli appalti compresi tra i 100 mila euro e le soglie (importi inferiori) comunitarie in cui la procedura d'appalto dovrebbero essere centralizzate per ambiti territoriali (all'interno del territorio provinciale) omogenei e quindi in sostanza l'attuale previsione normativa;
3. il livello per le procedure d'appalto inferiori a 100 mila euro in cui le stazioni appaltanti operano autonomamente.
4. un livello ulteriore esente dall'obbligo del ricorso al mercato elettronico per acquisti fino a 1.000 euro previsto nell'articolo 1, comma 270, del maxi-emendamento approvato il 20 novembre 2015.

Per effetto delle modifiche introdotte in fase di approvazione del testo della legge delega (alla Camera, il 17 novembre 2015) il testo predetto è stato sostituito con una direttiva al governo di individuare misure per il "contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso **la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di pubblicare nel proprio sito internet il resoconto finanziario al termine dell'esecuzione del contratto**, nonché attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera **bb**), con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, **salvaguardando l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea**, e fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, **a livello di unione dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente**, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti". Facendo venir meno, pertanto, l'articolazione su tre livelli e sostanzialmente invariato l'attuale testo normativo riconducibile all'articolo 33, comma 3-bis del codice dei contratti. Viene ribadita, inoltre, l'esenzione dei comuni capoluogo dall'obbligo della centralizzazione dei procedimenti di acquisto.



## Capitolo 3

# Le eccezioni all'obbligo della stazione unica

### 1. Premessa

Si è annotato che l'attuale testo normativo contenuto nel comma 3-*bis* dell'articolo 33 del codice a differenza di quanto stabilito con la norma pregressa **non introduce in realtà alcuna deroga** ed infatti le eccezioni all'obbligo della centralizzazione delle procedure di gara sono rinvenibili fuori dal codice degli appalti e riguardano la previsione contenuta nel comma 3 dell'articolo 23-*ter* della legge 114/2014.

Il comma in parola, come noto, introduce una eccezione che riguarda – tra i comuni obbligati – i soli enti con popolazione superiore a 10 mila abitanti.

Il legislatore, pertanto, ha fissato una eccezione selettiva che riguarda importi ed ambito soggettivo molto limitati.

In questo senso il comma appena richiamato precisa che *“i comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti possono procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro”*.

Le ragioni sottese alla franchigia in parola, come anche emerge dalle annotazioni dell'ANCI che richiede l'estensione di tale beneficio – circostanza presa in considerazione nel testo del d.d.l. stabilità per il 2016 come si vedrà più avanti – anche ai comuni di minori dimensioni sono da ravvisare essenzialmente in questioni di praticità e di tempestività dell'azione amministrativa.

La possibilità di operare autonomamente senza rivolgersi alla stazione unica, evidentemente, rende più celere il procedimento e, soprattutto, lo rende proporzionato ed adeguato ai cc.dd. piccoli acquisti che, in quanto autentici appalti, non possono essere eseguiti attraverso le spese dell'economia (che non sono appalti). La stessa ANCI ha indicato una serie di esempi che vanno da interventi necessari di piccola manutenzione nelle scuole ad approvvigionamenti minimi per gli uffici.

Appare utile, poi, soffermarsi sulla natura ed intensità di questa eccezione selettiva rispetto a quella introdotta con la legge di stabilità per il 2014 che “stralciava” dei procedimenti amministrativi dall'obbligo della centralizza-

zione – che allora riguardava i soli comuni con popolazione inferiore ai 5 mila abitanti – non procedendo in modo selettivo come ha fatto l'odierno legislatore.

Si possono vedere le norme a confronto.

<b>Art. 1, comma 343 della legge 147/2013 (finanziaria per il 2014)</b>	<b>Art. 23-ter della legge 114/2014 (comma 3)</b>
343. Al comma 3-bis dell'articolo 33 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: « <b>Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle acquisizioni di lavori, servizi e forniture, effettuate in economia mediante amministrazione diretta, nonché nei casi di cui al secondo periodo del comma 8 e al secondo periodo del comma 11 dell'articolo 125</b> ».	<b>3. I comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti possono procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro.</b>

Non si può non notare la differenza. La legge 147/2013 escludeva dall'obbligo della centralizzazione sia l'amministrazione diretta (che non è un appalto) sia le acquisizioni in economia tanto nelle forme dell'affidamento diretto quanto nelle forme del cottimo fiduciario. Disposizione che, oggettivamente, costituiva grave *vulnus* ad una *ratio* che pretendeva (e pretende) la necessità di accorpate le commesse come strumento di *spending review*. Tanto più grave se si pensa ai rapporti lavori pubblici ed acquisizioni elettroniche oppure alla circostanza che – come recentemente ribadito dalla determinazione ANAC n. 11/2015 - sia gli appalti esclusi sia le concessioni (che non sono appalti) sono da ritenersi sottratte, come si dirà più avanti, dall'obbligo della centralizzazione.

Completamente diversa è la natura dell'eccezione introdotta con la legge 114/2014 che restringe l'ambito soggettivo dell'obbligo di realizzare la stazione unica limitandolo sotto il profilo oggettivo fino (cifra inferiore) ai 40 mila euro (al netto dell'IVA).

In entrambi i casi, è bene annotarlo, l'eccezione riguarda la sola possibilità di affrancarsi dalla stazione unica ma non anche si sottrarsi agli altri obblighi rinvenibili nella legislazione *spending* ed in particolare dall'obbligo di rivolgersi ad una delle forme di mercato elettronico ai sensi dell'articolo 328, comma 1, del regolamento attuativo del codice degli appalti, e non necessariamente al MEPA di *Consip*, che sotto si riporta.

**Art. 328, comma 1, del decreto legislativo 207/2010**

*1. Fatti salvi i casi di ricorso obbligatorio al mercato elettronico previsti dalle norme in vigore, ai sensi dell'articolo 85, comma 13, del codice, la stazione appaltante può stabilire di procedere all'acquisto di beni e servizi attraverso il mercato elettronico realizzato dalla medesima stazione appaltante ovvero attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze sulle proprie infrastrutture tecnologiche avvalendosi di Consip S.p.A. ovvero attraverso il mercato elettronico realizzato dalle centrali di committenza di riferimento di cui all'articolo 33 del codice.*

(...)

Pertanto, la questione del procedimento “autonomo” ammesso per i comuni non capoluogo di provincia con più di 10 mila abitanti allude **esclusivamente alla possibilità di non accentrare le procedure di acquisizione di beni, servizi e lavori nei limiti di importo suddetto.**

**2. La determinazione n. 11/2015 dell'ANAC**

Con la recente determinazione n. 11/2015, l'ANAC esprime alcune precisazioni sull'imminente obbligo – a far data dal 1° novembre 2015 – dei comuni non capoluogo di provincia di centralizzare almeno i procedimenti di gara ribadendo, peraltro, considerazioni già espresse anche con la progressiva determinazione n. 3/2015.

Tra le diverse questioni, l'*Authority* si sofferma sulla deroga di tipo selettivo che, tra i comuni soggetti, come visto, riguarda i soli enti con più di 10 mila abitanti le cui procedure d'appalto, per importi fino a 40 mila euro, risultano affrancate dall'obbligo della centralizzazione (ma di dirà più avanti della estensione prevista con la legge di stabilità 2016).

L'aspetto rilevante che sotto il profilo operativo deve essere evidenziato è che in ogni caso, pur potendo i RUP dei comuni – evidentemente non capoluogo di provincia –, avviare un procedimento autonomo non accorpato tale procedura non potrà che essere espletata secondo gli obblighi imposti dalla prima *spending review* (legge 94/2012).

Legislazione (art. 7) che ha imposto l'obbligo, nelle acquisizioni sotto soglia di beni e servizi, di avvalersi del MEPA o di altre forme del mercato elettronico. Obbligo poi, come noto, sancito – in caso di violazione – con la nullità del contratto *ex art. 1, comma 1, della legge 135/2012 c.d. seconda spending review.*

Sul punto, nella determinazione, vengono rammentate le eccezioni al ricorso al mercato elettronico ed in particolare – come ripetutamente ribadito dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti – le circostanze dalla *“non reperibilità ovvero inidoneità dei beni o servizi rispetto alle necessità dell’ente locale, e ciò previa istruttoria e adeguata motivazione di tale evenienza nella determina a contrarre (ex plurimis, Corte dei Conti, sez. Marche n. 169/2012/PAR)”*.

L’ANAC, come già fatto nella pregressa determinazione n. 3/2015 sul tema, introduce una ulteriore eccezione data dall’ipotesi *“in cui, all’esterno dei mercati elettronici e telematici, siano reperibili condizioni di acquisto migliorative (Corte dei Conti, sez. Toscana, n. 151/2013/PAR)”*.

In sostanza, le stazioni appaltanti potrebbero non ritenersi vincolate ad acquistare beni e servizi, nell’ambito sottosoglia, se *extra* mercato virtuale il RUP individuasse un fornitore in grado di fornire lo stesso prodotto o servizio, con identiche caratteristiche tecniche ma ad un prezzo inferiore.

A conforto della precisazione, nella determinazione si richiama il parere espresso dalla sezione Toscana della Corte dei Conti contenuto nella deliberazione n. 151/2013.

Vista la rilevanza della precisazione appare utile analizzare le questioni esaminate dalla sezione.

Nel caso di specie, a fronte di diversi quesiti, il collegio veniva adito per chiarire se un ente – nel caso di specie, evidentemente, un comune – poteva ricorrere ad un *“fornitore esterno alle centrali di committenza o a Consip che”* proponesse *“un prezzo più basso a parità di caratteristiche quali quantitative”*.

Il riscontro fornito dalla sezione in realtà non afferma che il RUP può procedere – una volta riscontrata la presenza del bene/servizio ed espletato una indagine sui prezzi nella vetrina – anche ad una indagine esterna.

Con il parere si evince che il collegio si è limitato, più semplicemente, a ribadire le prerogative concesse alla stazione appaltante non nel procedimento sul mercato elettronico ma dal comma 7, articolo 1, della legge 135/2012 in relazione ad alcune categorie merceologiche quali *“energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile”*.

Nel caso di specie – salvo la predisponenda modifica di cui si dirà più avanti prevista con il d.d.l. di stabilità – , infatti, ed in relazione esclusivamente alle tipologie merceologiche predette, in presenza di condizioni economiche migliori, la stazione appaltante può procedere ad una gara tradizionale inserendo nel contratto la condizione risolutiva che prevede la *“possibilità per il contraente di adeguamento ai predetti corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico”*.

Inoltre, come bene evidenzia sempre il comma 7 appena richiamato *“la mancata osservanza delle disposizioni del presente comma rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale”*.

E nella deliberazione citata, è chiaro il riferimento alla tabella stilata da Consip-MEF *“Tabella Obbligo-Facoltà dal 1° gennaio 2013 - Strumenti del Programma di razionalizzazione degli acquisti che si riferisce non agli acquisti sul mercato elettronico ma ad “acquisti autonomi a corrispettivi inferiori a quelli delle convenzioni Consip e della CAT di riferimento”*.

In sostanza, il riscontro fornito dalla sezione regionale della Toscana deve essere inteso come riferito alla facoltà dei comuni di aderire alle convenzioni della Consip o delle centrali di committenza regionali nel senso che, ai sensi dell’articolo 26 della legge 488/1999, i comuni pur in presenza di una convenzione a cui potrebbero aderire per acquisire il bene o il servizio possono comunque procedere ad una gara tradizionale – qualora ritengano di ottenere condizioni tecnico/economiche migliori – ma la base d’asta di partenza non può che essere costituita dalle condizioni tecnico/economiche declinate nella convenzione a pena di illegittimità degli atti adottati.

Nel caso di acquisti di beni e servizi in ambito sottosoglia, invece, i comuni hanno l’obbligo – a pena di nullità del successivo contratto – di rivolgersi ad una forma del mercato elettronico ed in presenza del prodotto non possono contrattare con un operatore economico esterno alla vetrina virtuale (del resto, in questo senso anche il Consiglio di Stato, sez. V, n. 3954/2015).

La pronuncia appena citata è rilevante proprio perché evidenzia che il soggetto non presente sul MEPA (o su altra forma di mercato elettronico) non può essere preso in considerazione dal RUP che, per effetto delle prescrizioni introdotte in particolare dalla prima *spending review* – in ambito sottosoglia (ovvero fino a 207.000,00 euro) – per beni e servizi nel caso di specie gli enti locali (e quindi i comuni) devono obbligatoriamente acquistare da un vetrina *“virtuale”*.

Quanto si legge chiaramente nella pronuncia in parola in cui si evidenzia che:

*La procedura d’acquisto MePa tipicizza il procedimento laddove, per quanto qui più rileva, prescrive all’art. 332 d.P.R. n. 207/2010, che “i soggetti da consultare, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, ai sensi dell’articolo 125, comma 11, del codice, sono individuati sulla base di indagini di mercato, ovvero tramite elenchi aperti di operatori economici...”*



*Vale a dire che la procedura per l'affidamento dell'appalto, avente ad oggetto un contratto di servizi informatici ricompreso nella piattaforma MePa, s'è uniformata ad un doppio regime: quanto alla disciplina applicabile, a quella prevista per il cottimo fiduciario secondo il regolamento interno, riproduttivo della norma di legge; quanto invece ai soggetti abilitati da invitare alla gara, alla piattaforma dei servizi elettronici. Sicché, ai sensi dell'art. 332 d.P.R. n. 207/2010, potevano aspirare a divenire aggiudicatari solo gli operatori economici inclusi negli elenchi gestiti dalla Consip.*

*Procedura che – va sottolineato – in forza del comma 450 della l. n. 296 del 2006 (Legge Finanziaria 2007), come modificato dall'art. 7, comma 2, d.l. n. 52/2012, è divenuta obbligatoria, con la conseguenza che, nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto servizi relativi al mercato elettronico, la stazione appaltante era vincolata ad osservare la disciplina dettata dagli artt. 331 e 332 del Regolamento attuativo del codice dei contratti. Pertanto, solo le imprese ricomprese negli elenchi gestiti dalla Consip, fra le quali non è indicata la società appellante, potevano essere consultate ed aspirare a divenire aggiudicatarie del contratto.*

*Sicché, contrariamente a quanto supposto nei motivi d'appello, non è affatto ipotizzabile un diritto alla partecipazione esteso a tutti gli operatori del mercato che avrebbe come indefettibile presupposto la pubblicazione di tutti gli atti di gara del cottimo fiduciario.*

***Lungi dal postulare la sussistenza di un diritto alla partecipazione di quanti operano nel mercato elettronico, la normativa applicata circoscrive le imprese da invitare a quelle inserite negli elenchi Consip, fra le quali non è inclusa l'appellante.*** Per l'altro, quanto al regime della pubblicità, in ragione del principio di strumentalità delle forme al tipo di procedura, supplisce ai sensi dell'art. 331 d.P.R. n. 207/2010 la disciplina MePa, laddove prevede il necessario utilizzo degli elenchi di operatori già definiti da Consip, gestore del mercato.

*L'oggetto stesso del servizio da effettuarsi in favore della pluralità dei comuni aderenti all'unione, articolato nell'installazione del software, nella formazione del personale tecnico ed infine nell'assistenza continuativa del sistema informatico, ha ragionevolmente indotto la stazione appaltante a privilegiare nell'ambito della piattaforma informatica, del MePa, che prevede la possibilità di selezionare gli operatori su base regionale o provinciale, le imprese in grado di offrire tempestivamente le prestazioni richieste.*

*In definitiva la scelta di selezionare i sette operatori da invitarsi – fra la schiera numericamente indefinita delle ditte operanti nel mercato – su base provinciale risponde ad un'oggettiva esigenza contrattuale del tutto consona al valore del contratto ed al cottimo fiduciario, sì da non prestare il fianco a finalità elusive della concorrenza*

## **2.1 I vincoli d'acquisto sul mercato elettronico**

Che le eccezioni, le deroghe, all'obbligo di adire il mercato elettronico in ambito sottosoglia per beni e servizi siano in realtà limitatissime lo evi-

denza la stessa *Authority* sempre con la determinazione n. 11/2015 in cui si puntualizza che – in ogni caso – l’indagine sul mercato elettronico, al fine di reperire il prodotto/servizio è indagine seria ed oggettiva il cui obiettivo non è quello “escludente” o negativo nel senso che il RUP non si deve porre in atteggiamento “inquisitorio” come diretto a verificare l’inesistenza del prodotto/servizio e/o a cercare necessariamente delle differenze tecniche, rispetto *ai desiderata* d’acquisto per potersi sottrarre dagli obblighi in parola.

In reità il comportamento, il sub-procedimento da esperire si deve atteggiare in senso propositivo ovvero come istruttoria (indagine) condotta al fine di reperire il bene/servizio discostandosi/sottraendosi in modo motivato solamente nel caso in cui il prodotto non sia presente o le difformità tecniche siano tali da frustrare addirittura le necessità sottese all’acquisto.

A parere di chi scrive la conduzione dell’indagine nel senso appena sintetizzato, deve emergere chiaramente dalla determina di assegnazione della commessa.

Non si possono non rammentare – evidentemente per i comuni – le prescrizioni imposte dai cc.dd. controlli interni ai sensi dell’articolo 147-*bis* del decreto legislativo 267/2000. Il controllo c.d. successivo ben può estendersi alla verifica delle motivazioni (e, pertanto, del procedimento) esperito nell’acquisto avvenuto – nonostante gli obblighi in commento – *extra* vetrina elettronica. Verifiche che possono determinare – oltre alle conseguenze predette – anche delicatissime responsabilità del soggetto che ha agito in spregio delle disposizioni.

Come evidenziato i vincoli in argomento, peraltro, vengono – nella stessa determinazione – attentamente richiamati laddove si puntualizza che in caso di *“irreperibilità o dell’inidoneità oggettiva e non opinabile, del bene sul mercato elettronico, dovrà essere prudentemente valutata dall’amministrazione anche la possibilità di richiedere tramite richieste di offerta (RdO), invitando almeno cinque fornitori, modifiche o integrazioni rispetto a quanto pubblicato sul catalogo, ciò che dovrà trovare, comunque, compiuta evidenza nella motivazione della determinazione a contrarre”*.

L’ANAC rammenta che gli acquisti sul Mercato Elettronico della P.A. possono essere effettuati mediante “Ordini diretti di Acquisto” (Oda) o “Richieste di Offerta” (RdO). Si può ricorrere alla prima ipotesi per importi inferiori a 40.000,00 €, IVA esclusa (caso di affidamento diretto), alla seconda per importi fino a 207.000 €, invitando almeno 5 fornitori ad offrire.

Mentre l’Ordine diretto consente l’acquisto senza la possibilità di modificare prezzi e condizioni previsti in catalogo, la Richiesta di Offerta consente

la personalizzazione delle offerte presenti in catalogo dal punto di vista del prezzo e delle condizioni.

Preliminarmente si osserva come il mercato elettronico, la cui disciplina è attualmente delineata dall'art. 328 del d.P.R. n. 207/2010 (che ha abrogato, sostituendolo, il d.P.R. n. 101/2002 sulla materia), sia uno strumento per l'acquisizione di beni e servizi di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario, prevedendo forme di pubblicità che non sono in linea con quanto richiesto per le procedure sopra soglia. Ai sensi dell'art. 328, comma 3, d.P.R. n. 207/2010, infatti, *“i bandi di abilitazione sono pubblicati in conformità della disciplina applicabile per le procedure sotto soglia di cui all'art. 124, comma 5, del codice”*.

Inoltre le due modalità procedurali di acquisto sul mercato elettronico (RdO e Oda) non sono compatibili con le procedure previste per l'affidamento di contratti sopra soglia.

Da tali circostanze deriva che, sulla base della vigente normativa, la previsione del comma 3-bis non può essere sicuramente interpretata come estensione dell'utilizzo del mercato elettronico, in regime di facoltà, anche agli acquisti sopra soglia, in quanto si porrebbe in violazione con la normativa comunitaria di riferimento.

Ciò premesso, resta il dubbio se l'obbligo di cui al comma 450 debba ritenersi superato dal regime facoltativo (in quanto alternativo al nuovo sistema di acquisti in forma aggregata) di cui al successivo comma 3-bis.

Sul punto si è espressa la Corte dei Conti, con riferimento alla versione del comma 3-bis antecedente alla novella del d.l. 66/2014 (che disponeva l'obbligo di ricorso alla centrale unica di committenza in capo ai comuni con popolazione non superiore ai 5.000 abitanti e, in alternativa, la possibilità di ricorrere agli strumenti elettronici di acquisto). In questa circostanza la Corte ha ritenuto che **«il comma 3-bis tipizza il ricorso agli strumenti elettronici gestiti da altre centrali di committenza di riferimento e/o al mercato elettronico della pubblica amministrazione, non come obbligo autonomo, ma come modalità di acquisto accentrato alternativa al ricorso alle centrali uniche di committenza»**. Ciò coerentemente con la *ratio* della novella normativa nella quale non è rinvenibile alcuna intenzione di superare il regime previgente. Il comma 3-bis dell'art. 33 del Codice ammette la possibilità del generale ricorso agli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento, come alternativa alle altre forme di acquisto centralizzato/aggregato da effettuarsi con i moduli associativi degli enti locali, senza che ciò comporti l'introduzione di un regime giuridico speciale rispetto alla disciplina generale sull'utilizzo degli strumenti elettronici né il superamento del regime di obbligatorietà imposto dal comma 450 dell'art. 1 della l. n. 296/2006, che continua ad essere riferito anche ai comuni non capoluogo di provincia.



## **2.2 *Gli obblighi dei comuni in ambito sopra e sotto soglia***

Per effetto dell'estensione dell'obbligo di accorpamento (almeno) dei procedimenti amministrativi ad esclusione dei soli comuni capoluogo, l'originario doppio binario creato *ante* modifica intervenuta con il decreto legge 66/2014 tra comuni con popolazione inferiore a 5 mila abitanti ed i comuni popolazione superiore riguarda oggi la generalità dei comuni e gli enti capoluogo di provincia.

Solo per i primi insiste l'obbligo della centrale unica – con il solo limite dei 40 mila euro per i comuni con più di 10 mila abitanti – mentre per i comuni capoluogo insiste solamente una facoltà di aderire alle centrali uniche.

Adesione, evidentemente, che implica una previa valutazione tra la speditezza dei procedimenti autonomi e la maggiore economicità dei procedimenti accentrati.

La prescrizione pertanto, non muta gli obblighi previgenti dei singoli comuni con la differenza che – ad eccezione della soglia dei 40 mila euro per i comuni sopra i 10 mila abitanti ed i comuni capoluogo – i comuni hanno perso la legittimazione ad indire le gare.

Laddove per gare non deve intendersi un procedimento formale con bando e con la classica procedura ad evidenza pubblica ma proprio il procedimento di acquisizione sia che venga espletato nella forma dell'affidamento diretto, sia che avvenga con procedure informali come il cottimo fiduciario sia attraverso una gara vera e propria.

Il panorama degli obblighi/facoltà dei comuni – per effetto del recente innesto – subisce pertanto una ricalibratura che deve tener conto dell'innesto del terzo soggetto della stazione unica appaltante e degli adempimenti sulla centralizzazione.

### **2.2.1 *Gli acquisti dei comuni (e delle stazioni appaltanti uniche) sopra soglia comunitaria e sotto soglia***

I comuni capoluogo continuano ad avere la facoltà e non l'obbligo di aderire alle convenzioni Consip o di centrali regionali a condizione di declinare nella base d'asta, quali riferimenti minimi, gli elementi tecnici/economici della convenzione.

In questo senso articolo 26 della legge 488/1999, al comma 3, prevede che

*3. Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi del d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101. La stipulazione di un contratto in violazione del presente comma è causa di responsabilità amministrativa; ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni e quello indicato nel contratto. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano ai comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti e ai comuni montani con popolazione fino a 5.000 abitanti.*

Inoltre,

*3-bis. I provvedimenti con cui le amministrazioni pubbliche deliberano di procedere in modo autonomo a singoli acquisti di beni e servizi sono trasmessi alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, per l'esercizio delle funzioni di sorveglianza e di controllo, anche ai sensi del comma 4. Il dipendente che ha sottoscritto il contratto allega allo stesso una apposita dichiarazione con la quale attesta, ai sensi e per gli effetti degli articoli 47 e seguenti del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modifiche, il rispetto delle disposizioni contenute nel comma 3.*

*4. Nell'ambito di ciascuna pubblica amministrazione gli uffici preposti al controllo di gestione ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, verificano l'osservanza dei parametri di cui al comma 3, richiedendo eventualmente al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica il parere tecnico circa le caratteristiche tecnico-funzionali e l'economicità dei prodotti acquisiti. Annualmente i responsabili dei predetti uffici sottopongono all'organo di direzione politica una relazione riguardante i risultati, in termini di riduzione di spesa, conseguiti attraverso l'attuazione di quanto previsto dal presente articolo. Tali relazioni sono rese disponibili sui siti Internet di ciascuna amministrazione. Nella fase di prima applicazione, ove gli uffici preposti al controllo di gestione non siano costituiti, i compiti di verifica e referto sono svolti dai servizi di controllo interno.*

Naturalmente, i comuni capoluogo potranno applicare regolarmente il comma 7, articolo 1, della legge 135/2012 ed esperire gare autonome per l'acquisizione di particolare categorie merceologiche (pur rese maggiormente complesse dalle previste modifiche dal d.d.l. di stabilità 2016 di cui si dirà più avanti).

Come noto il comma 7 ed il comma 8, articolo 1, della legge 135/2012 – nel testo in vigore – dispongono che

*7. Fermo restando quanto previsto all'articolo 1, commi 449 e 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e all'articolo 2, comma 574, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, quale misura di coordinamento della finanza pubblica, le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile, sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati. La presente disposizione non si applica alle procedure di gara il cui bando sia stato pubblicato precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto. È fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali. In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai predetti corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico. La mancata osservanza delle disposizioni del presente comma rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale.*

***8. I contratti stipulati in violazione del precedente comma 7 sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa; ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, degli strumenti di acquisto di cui al precedente comma 7 e quello indicato nel contratto.***

I comuni capoluogo di provincia, inoltre, potranno esperire autonomi procedimenti per gli appalti – beni e servizi – nel **sotto soglia comunitario** fino ai 207.000,00 euro) purché **utilizzando ai sensi dell'articolo 328 del regolamento attuativo del codice degli appalti una forma di mercato elettronico.**

### **2.2.2 Gli acquisti dei comuni non capoluogo con più di 10 mila abitanti (fino ad importi inferiori ai 40 mila euro)**

I comuni non capoluogo di provincia, secondo le disposizioni in vigore, come visto hanno l'obbligo di centralizzare i procedimenti di gara per im-

porti pari o superiori a 40 mila euro (si vedrà più avanti che tale franchigia – nel predisponendo testo della finanziaria 2016 – verrà estesa a tutti i comuni a prescindere dalla dimensione abitativa).

Per gli appalti per cifre pari o superiori ai 40 mila anche i comuni con più di 10 mila abitanti che non siano, evidentemente, capoluogo di provincia, debbono applicare le disposizioni di cui all'articolo 33, comma 3-*bis* del codice dei contratti e quindi possono avvalersi delle alternative in questo previsto – se non aderiscono ad una centrale unica ovvero *“acquistare beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento”*.

Per quanto concerne gli appalti sopra soglia comunitaria, per effetto del comma 3-*bis* i comuni con più di 10 mila abitanti (così come i comuni al di sotto dei 5 mila abitanti *ante* modifica apportata con il d.l. 66/2014) **non hanno più una semplice facoltà di aderire alle convenzioni Consip o di altro soggetto aggregatore ma un autentico obbligo mentre, in difetto, potranno solamente accentrare il procedimento amministrativo costituendo o aderendo ad una stazione unica appaltante.**

Ciò è quanto si legge chiaramente nella recente determinazione n. 11/2015 in cui si puntualizza – in relazione ai rapporti tra il comma 1 dell'articolo 33 del codice (che si esprime, in relazione all'adesione, in termini di facoltà) con il più recente comma 3-*bis* che, quale alternativa alla centralizzazione, impone un autentico obbligo.

In questo senso, nella determinazione in argomento si legge che *“ciò che è espresso in termini di facoltà nel primo comma dell'art. 33 a vantaggio di ogni stazione appaltante ed ente aggiudicatore, (...), è espresso in termini di obbligo nei confronti dei comuni non capoluogo di Provincia nel comma 3-*bis*, dove sono altresì elencati, si ritiene in modo tassativo, i soggetti destinati ad esercitare tali funzioni di acquisto centralizzato”*. Ovvero i cc.dd. soggetti aggregatori qualificati di cui si dirà più avanti.

Pertanto, anche questi comuni, perdono per importi al di sopra dei 40 mila euro la possibilità di esperire procedimenti autonomi salvo l'adesione obbligatoria al mercato elettronico o al mercato delle convenzioni.

Questo vale anche nel caso in cui, avviando un procedimento di acquisto e svolgendo le indagini sul mercato delle convenzioni o, nel sotto soglia (sopra i 40 mila euro) nei listini del mercato elettronico, dovessero ravvisare o l'inesistenza del prodotto/servizio o la sua inadeguatezza. Nel caso di specie – e ciò vale anche per i lavori pubblici – non potrebbero esperire un procedimento autonomo ma dovranno avvalersi di una delle forme di

centralizzazione previste nel comma 3-*bis* dell'articolo 33 del codice dei contratti.

### 2.2.3 *Gli acquisti dei comuni con meno di 10 mila abitanti (fino al 31/12/2015)*

I comuni con meno di 10 mila abitanti, come già i comuni con meno di 5 mila abitanti *ante* riforma introdotta nel comma 3-*bis* dal decreto legge 66/2014, – come ogni comune non capoluogo – può in alternativa alla centralizzazione aderire alle alternative di cui si è già detto ovvero “*acquisire beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento*”.

Si viene a creare la stessa situazione dei comuni con più di 10 mila abitanti per appalti con importi superiori ai 40 mila euro.

Rimane per questi enti – così come per gli enti con maggiori dimensioni abitative (non capoluogo di provincia) – per effetto della modifica del comma 3-*bis* la possibilità di esperire procedure autonome ma **solamente utilizzando i mercati virtuali delle convenzioni o dei mercati elettronici**.

Pertanto la facoltà di cui all'articolo 26, della legge 488/1999 non opera più neppure per i comuni – non capoluogo di provincia – a prescindere dalle dimensioni abitative diventando, l'adesione alle convenzioni, un autentico obbligo così come nel sottosoglia, l'obbligo di aderire ad un mercato elettronico.

Questi comuni potranno applicare regolarmente il comma 7, articolo 1, della legge 135/2012 **solamente aderendo ad una convenzione** ma non potranno esperire un procedimento autonomo che rimane di competenza della centrale unica *ex* comma 3-*bis* dell'articolo 33 del codice.

## 3. Le stazioni appaltanti costituite in unione di comuni

Le stazioni appaltanti costituite nelle unioni di comuni acquistano le prerogative dei comuni capoluogo, per semplificare ovvero:

1. in ambito sopra soglia comunitaria hanno la facoltà di aderire alle convenzioni di Consip o di altri soggetti aggregatori. Pertanto, anche in presenza di una convenzione con la commessa da acquisire le stazioni uniche ben potranno esperire un procedimento di gara autonomo purché ponendo a base d'asta – quale livello minimo su cui avviare la competizione – le condizioni tecnico/economiche declinate nella convenzione;
2. in ambito sotto soglia comunitaria (per beni e servizi) hanno l'obbligo di aderire ad una forma di mercato elettronico (come detto, non necessa-

- riamente il MePa ai sensi dell'articolo 328 del regolamento attuativo del codice degli appalti);
3. nel caso in cui la commessa da acquisire non sia presente nei mercati virtuali o non abbia le caratteristiche tecniche richieste si apre la possibilità di esperire un procedimento autonomo;
  4. le stazioni uniche in seno all'unione potranno applicare regolarmente il comma 7, articolo 1, della legge 135/2012 ed esperire anche gare autonome (fermo restando le ulteriori limitazioni alla gara per l'acquisizione delle specifiche categorie merceologiche previste nella predisponenda legge di stabilità).

Pertanto alla stazione unica appaltante realizzata in seno alla unioni di comuni non dovrebbe applicarsi il comma 3 dell'articolo 1, della legge 135/2012 (seconda *spending review*) secondo cui *“le amministrazioni pubbliche obbligate sulla base di specifica normativa ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 stipulate da Consip S.p.A. o dalle centrali di committenza regionali costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 possono procedere, qualora la convenzione non sia ancora disponibile e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria e sottoposti a condizione risolutiva nel caso di disponibilità della detta convenzione”*.

È chiaro che il comma in parola, invece, non si applica ad ogni comune non capoluogo che ora – se non aderisce/costituisce la stazione unica o non centralizza i procedimenti – decide di utilizzare l'alternativa più volte riportata.

In questo caso, come si diceva, l'alternativa si impone come obbligo nel senso che o si procede con la centralizzazione delle procedure ai sensi del comma 3-*bis* dell'articolo 33 del codice, oppure si procede autonomamente ma con l'obbligo di aderire alle convenzioni (nel sopra soglia) oppure – nel sotto soglia – escutendo il mercato elettronico. Ma nel caso di carenza del prodotto – al netto della soglia dei 40 mila euro più volte richiamata – i comuni non capoluogo non hanno più la prerogativa di esperire il procedimento autonomo tradizionale ovvero l'acquisizione senza utilizzo degli strumenti telematici.

Le regioni a statuto speciale (art. 50-*bis* della legge 89/2014) c.d. clausola di salvaguardia, una volta recepita la norma sostanzziata nel comma 3-*bis* renderanno le norme sulla centralizzazione, evidentemente, obbligatorie.

#### 4. La questione del recesso da un contratto validamente stipulato

Allo stesso modo, il comma 13 dell'articolo 135/2012 che sotto si riporta riguarderà i soli enti che mantengono la prerogativa di stipulare contratti autonomi e quindi i comuni capoluogo e – ammesso che si possa realizzare l'ipotesi di un contratto già stipulato con scadenza successiva all'obbligo di centralizzare i procedimenti di gara – anche i comuni non capoluogo.

*13. Le amministrazioni pubbliche che abbiano validamente stipulato un autonomo contratto di fornitura o di servizi hanno diritto di recedere in qualsiasi tempo dal contratto, previa formale comunicazione all'appaltatore con preavviso non inferiore a quindici giorni e previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite, nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 successivamente alla stipula del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica, delle condizioni economiche tale da rispettare il limite di cui all'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488. Ogni patto contrario alla presente disposizione è nullo. Il diritto di recesso si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'articolo 1339 c.c., anche in deroga alle eventuali clausole difformi apposte dalle parti. Nel caso di mancato esercizio del detto diritto di recesso l'amministrazione pubblica ne dà comunicazione alla Corte dei conti, entro il 30 giugno di ogni anno, ai fini del controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20.*

Questi ultimi, in presenza delle condizioni prescritte dalla norma avranno solamente due possibilità o aderire alla convenzione e non più proseguire il rapporto oppure utilizzare le ipotesi di centralizzazione previste nel comma 3-bis dell'articolo 33.

È bene evidenziare che il recesso può avvenire solo per aderire ad una convenzione esistente non per poter esperire un procedimento tradizionale.

##### 4.1 Le opzioni contrattuali di contratti preesistenti

Eventuali opzioni (proroga, rinnovo, ripetizione) non ancora scadute una volta entrato in vigore l'obbligo della centralizzazione potranno essere utilizzate solamente nel caso di importi inferiori ai 40 mila euro (e quindi, nel momento in cui si scrive solo dai comuni con più di 10 mila abitanti) a condizione che il bene/servizio non sia presente nel mercato elettronico.

Le opzioni del contratto potranno essere liberamente esperite dai comuni capoluogo.

Un particolare problema potrebbe porsi per le opzioni che scadono a ridosso dell'obbligo di centralizzare i procedimenti di gara.

Sul punto occorre riferirsi alle considerazioni che emergono dalla giurisprudenza e dalla stessa prassi dell'AVCP (ora ANAC) distinguendo a seconda della tipologia di opzione.

Pertanto, se la proroga deve essere concessa in vigenza di contratto è evidente che la condizione è che questo non sia ancora scaduto alla data di entrata in vigore dell'obbligo della centralizzazione ma la scadenza deve essere comunque imminente. A titolo esemplificativo, avrebbe un valore chiaramente elusivo della normativa se il contratto scade dopo parecchi mesi dall'entrata in vigore della centralizzazione obbligatoria mentre diversa questione si pone se la scadenza risulti imminente.

Per quanto concerne il rinnovo il problema – mai chiarito – è se questo debba avvenire solo dopo la scadenza del contratto (ma con procedura avviata prima della scadenza) o si imponga un provvedimento di riassegnazione già durante la vigenza del contratto. Chi scrive ritiene che debba operare la prima considerazione pertanto anche in questo caso vale la riflessione espressa sopra: se il rinnovo ha un intento elusivo, evidentemente, l'atto è illegittimo.

Diverso il ragionamento per la ripetizione che può essere esperita dopo la scadenza del contratto (purché entro 3 anni dalla stipula ai sensi del comma 5, lettera *b*) dell'articolo 57 del codice). Perché la ripetizione sia valida deve avvenire prima dell'entrata in vigore dell'obbligo della centralizzazione dei procedimenti di gara.



## Capitolo 4

# Le ipotesi di centralizzazione, le alternative e l'ambito oggettivo di riferimento della norma

### 1. Premessa

La sostituzione del comma *3-bis* da parte del d.l. 66/2014 oltre ad aver esteso l'obbligo dell'accorpamento dei procedimenti di gara – al netto delle eccezioni di cui si dirà – ha rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante una serie di ipotesi da utilizzare per raggiungere l'obiettivo dell'aggregazione della domanda e della concentrazione delle procedure.

Oltre all'ipotesi unione dei comuni, la stazione appaltante può adottare una serie di convenzioni per l'espletamento dei singoli appalti (soggetti aggregatori, province) oppure assegnare in modo permanente proprio il servizio gare (province) con aggiunta anche di compiti di tipo consulenziale per la predisposizione degli atti propedeutici all'acquisizione.

La norma, come già le pregresse disposizioni prevedono alternative e franchigie (per i soli comuni con più di 10 mila abitanti non capoluogo di provincia).

Si vedrà che le alternative in realtà sono più apparenti che concrete permanendo comunque l'obbligo della centralizzazione delle procedure che non possono essere soddisfatte attraverso il mercato elettronico o attraverso il mercato delle convenzioni.

In tema, quindi, deve essere registrato il recente intervento dell'ANAC con la determinazione n. 11/2015 (che succede e ribadisce alcune riflessioni già espresse con la determinazione n. 3/2015) ed infine, nel capitolo vengono esaminate nel dettaglio le conseguenze determinate dalla violazione del precepto imposto dal comma *3-bis* in commento.

### 2. Le diverse ipotesi che consentono la centralizzazione delle procedure

Come evidenziato nei pregressi paragrafi, nel comma *3-bis* dell'articolo 33 – a differenza della precedente legislazione – il legislatore ha sostanzialmente indicato diverse ipotesi attraverso le quali, i comuni non capoluogo di provincia, possono accorpare almeno i procedimenti di gara.

Sotto, per meglio apprezzare la scelta del legislatore, si riporta la pregressa disposizione a confronto con quella attuale.

Art. 23, comma 4, legge 214 del 2011	Art. 33, comma 3-bis modificato dal d.l. 66/2014 convertito con legge 89/2014
3-bis. I Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano <b>obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza</b> l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici".	3-bis. I Comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni <b>dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. (...)</b> ".

Fermo restando che il pregresso obbligo si riferiva solamente ai comuni con popolazione non superiore a 5 mila abitanti, le ipotesi di accorpamento dei procedimenti di acquisizione di lavori, beni e servizi risultavano piuttosto limitate.

In questo senso, l'ente interessato doveva – nell'ambito del proprio territorio provinciale – affidare le proprie procedure ad un'unica centrale di committenza attraverso l'unione dei comuni eventualmente già costituita oppure da realizzare attraverso accordi consortili avvalendosi dei relativi uffici.

La norma, effettivamente non era chiaro se richiedesse la costituzione di un'unica centrale d'acquisto (una stazione unica per tutti i comuni aderenti) o se, attraverso l'unione, le acquisizioni dovevano essere soddisfatte rivolgendosi ad una centrale unica di committenza.

La *querelle* veniva risolta con l'alternativa allora stabilita secondo cui *“gli stessi Comuni”* potevano *“effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207”*.

Alla luce di quanto, l'obbligo doveva essere inteso come diretto a costituire una stazione che espletasse (almeno) le gare o per i comuni già in unione oppure – se non costituita – da realizzarsi attraverso convenzione.

La più recente prescrizione prevede, ribadendo anche quella citata, differenti ipotesi.

## 2.1 La centralizzazione in unione di comuni

In primo luogo, i comuni non capoluogo di provincia – a far data dal primo novembre 2015 dovranno procedere *“all’acquisizione di lavori, beni e servizi nell’ambito delle unioni dei comuni di cui all’articolo 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici”*.

Pertanto, se già costituita, i comuni aderenti all’unione dovranno centralizzare in questa almeno i procedimenti di gara altrimenti potranno costituire la stazione unica attraverso un accordo avvalendosi degli uffici dell’unione.

Secondo l’ANAC, con la recente determinazione n. 11/2015 contenente *“Ulteriori indirizzi interpretativi sugli adempimenti ex art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163 e ss.mm.ii”* – che segue sostanzialmente sullo stesso tema, la determinazione n. 3/2015 – il riferimento del comma 3-bis all’unione di comuni *“ove esistenti”* non può essere inteso *“come volto a stabilire un primato delle unioni rispetto alle altre modalità di aggregazione”*.

Pur autorevolissima, l’affermazione non appare totalmente convincente. Ci sarebbe da interrogarsi, infatti, nel caso di enti che hanno già aderito o costituito una unione di comuni, per quali ragioni debbano valutare e decidere di procedere in modo differente piuttosto che accorpate, almeno, le procedure di gara in seno all’unione.

Una simile decisione – che implica anche aspetti di tipo contabile e tecnico e quindi non può ritenersi di esclusiva competenza politica ma anche di tipo gestionale (e quindi atti e decisioni su cui occorrerà da parte dei responsabili di servizio una parere tecnico e di compatibilità finanziaria che potrà avere adeguata e giustificata motivazione solamente in caso di un *“vantaggio”* tecnico ed in termini di operatività e/o di tipo economico).

In sostanza, a parere di chi scrive, i comuni che si trovassero già in unione hanno come prima scelta di riferimento proprio l’unione ed altre scelte dovranno essere adeguatamente motivate (ferme restando impregiudicate, evidentemente, le alternative).

L’ANAC si sofferma anche sui cc.dd. accordi consortili, rammentando come anche evidenziato in relazione allo *“schema di convenzione messo a disposizione dei comuni da parte dell’ANCI, è stato puntualizzato che «numerosi interpretazioni hanno evidenziato come il termine “accordo consortile” riportato nell’art. 33, comma 3-bis del d.lgs. n. 163/2006 costituisca un’espressione atecnica, con la quale il legislatore ha inteso genericamente riferirsi alle convenzioni definibili in base all’art. 30 del d.lgs. n. 267/2000 come strumento*

*alternativo all'unione dei comuni» e che «in tale ottica interpretativa l'espressione "accordi consortili" debba essere intesa non già come accordi istitutivi di un vero e proprio consorzio».*

Si tratterebbe in sostanza di *"atti convenzionali volti ad adempiere all'obbligo normativo di istituire una centrale di committenza, in modo da evitare la costituzione di organi ulteriori e con essi le relative spese, risultando peraltro la convenzione per la gestione associata un modello di organizzazione che sembra conciliare, ancor più del consorzio e dell'unione, i vantaggi del coordinamento con il rispetto delle peculiarità di ciascun ente".*

Come anche si vedrà più avanti in termini pratico-operativi, il problema tecnico non è essenzialmente quello di costituire un centro unico per l'espletamento del procedimento di gara ma le considerazioni di "contorno" sulla "perdita" della prerogativa di espletare procedure autonome (al netto dell'eccezione dei 40 mila euro per i comuni ora con più di 10 mila abitanti ma – per effetto della previsione contenuta nel d.d.l. di stabilità 2016 da estendersi ad ogni comune a prescindere dalla dimensione abitativa purché soggetto alla centralizzazione) e la questione della previsione tecnica su "chi deve fare che cosa" e sulla nomina dei RUP operativi. Ma sul tema si tornerà con le analisi pratiche ed in relazione al compimento degli atti e della competenza.

## **2.2 La centralizzazione avvalendosi delle province**

Altra ipotesi di azione rimessa ai comuni – che, a parere di chi scrive, non si trovino già in unione – in luogo dell'accordo "consortile" (una convenzione) per utilizzare gli uffici dell'unione è quello dell'accordo per avvalersi degli uffici competenti delle province o ricorrendo (per la realizzazione della stazione unica) alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56.

A parere di chi scrive, il duplice richiamo necessita di un chiarimento e di una semplificazione.

Nel secondo caso, il richiamo alla legge 56/2014 relativa alle **"Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni"** allude alla realizzazione di una stazione appaltante unica in seno alla provincia. Ovvero alla realizzazione di una struttura permanente a cui delegare – con una convenzione – lo svolgimento dei procedimenti di gara.

Altresì il comma 88, articolo 1 della legge 56/2014 prevede anche la possibilità di deferire altri compiti alla provincia. Il comma in parola infatti dispone che *"la provincia può altresì, d'intesa con i comuni, esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di*

*monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive”.*

Nell’ambito di quanto, pertanto, il comune non capoluogo di provincia (o il comune capoluogo in sede di scelta discrezionale) potrebbe affidare alla provincia non solo l’espletamento della gara ma anche lo svolgimento di compiti tecnico/consulenziali.

La distinzione non è di poco conto sotto il profilo operativo considerato che nel caso in cui venga stipulata una convenzione per lo svolgimento dei soli procedimenti di gara, il comune richiedente dovrà nominare un RUP per le fasi propedeutiche di predisposizione degli atti tecnici della commessa e, soprattutto, per le fasi esecutive.

Nel caso in cui si affidi agli uffici provinciali anche compiti “consulenziali” e quindi la predisposizione, a mero titolo esemplificativo, di schede tecniche, capitolati e similari, il RUP sarà della stazione unica e l’ente aderente, al massimo dovrà individuare un “semplice” responsabile di procedimento ai sensi della legge 241/1990. La differenza non è irrilevante se si pensa ai compiti meramente istruttori di questo rispetto a quelli – pur di natura “interna” – molto più articolati e complessi del responsabile unico del procedimento. Naturalmente, il comune richiedente dovrà preoccuparsi della stipula e dell’esecuzione del contratto a cui si è giunti per suo conto imponendo, pertanto, la necessità della nomina di uno specifico RUP (e/o direttore dell’esecuzione ai sensi dell’articolo 300 – per servizi e forniture – del regolamento attuativo del codice degli appalti).

Ai sensi del comma 44, articolo 1, della legge 56/2014 nelle funzioni delle province dovrebbero subentrare le città metropolitane e, pertanto, le convenzioni potrebbero sopravvivere.

In questo senso, il comma in parola dispone che *“a valere sulle risorse proprie e trasferite, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e comunque nel rispetto dei vincoli del patto di stabilità interno, **alla città metropolitana sono attribuite le funzioni fondamentali delle province e quelle attribuite alla città metropolitana nell’ambito del processo di riordino delle funzioni delle province**”* e, tra le altre, le seguenti funzioni fondamentali (lettera c)) *“strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano. D’intesa con i comuni interessati la città metropolitana può esercitare **le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive**”.*

Risulta invece, almeno allo scrivente, non di facile comprensione il riferimento – per gli enti che non hanno o non hanno aderito ad una stazione unica – ad *“un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi (...) anche delle province”.*

Il riferimento, che appare comunque infelice, ai comuni medesimi è da intendersi come diretto ai comuni non capoluogo che non abbiano avviato procedure per costituire l'unione.

Questi potrebbero, pertanto, pur non realizzando una unione, stipulare apposita convenzione per l'individuazione di un centro unico e/o affidarsi agli uffici della provincia o, più genericamente, alla provincia.

Le due ipotesi, con quella richiamata nell'articolo 1, comma 88, della legge 56/2014 sembrano in realtà simili l'unica differenza potrebbe essere data dalla circostanza che il comma in parola allude, nel secondo caso, ad una stazione unica con carattere di stabilità mentre, nel primo caso, invece, (accordo consortile/convenzione) ad una decisione quasi estemporanea per lo svolgimento di gare a richiesta.

### 2.3 La questione del soggetto aggregatore

La questione del soggetto aggregatore ovvero della centrale di committenza qualificata, come si dirà più avanti, è stata affrontata dall'ANAC anche nella determinazione n. 11/2015. Nel caso di specie, il riferimento è alla centrale di committenza che espleta le gare richieste dall'ente soggetto all'obbligo di concentrazione dei procedimenti di gara.

Il legislatore la configura come ipotesi ulteriore tra l'unione dei comuni e la provincia.

Con la recente determinazione sopra citata, l'autorità anticorruzione ritorna sulla questione del soggetto aggregatore quale soggetto qualificato e deputato – con le centrali di committenza (di cui all'articolo 33 comma 1 del codice <sup>(1)</sup>) ad attrarre domanda di lavori, beni e servizi.

Si legge nella determinazione che con il recepimento dell'articolo 11 della direttiva 2004/18 *“che facoltizzava i Paesi membri a prevedere tecniche di centralizzazione delle committenze – tecniche viste con favore dall'Unione europea in quanto, dato il volume degli acquisti, consentono un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica (Considerando 15) – il legislatore nazionale ha introdotto con l'art. 33 la possibilità, per stazioni appaltanti ed enti aggiudicatori, di fare ricorso alle centrali di committenza (con ciò riconoscendo a livello normativo un fenomeno che con Consip S.p.A. e altre centrali d'acquisto regionali, in Italia aveva già trovato attuazione)”*.

---

<sup>(1)</sup> Secondo cui, *“le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi”*.

Le centrali di committenza – definite nell'art. 3, comma 34, del codice –, si sostanziano in amministrazioni aggiudicatrici con una duplice funzione: **acquistano** forniture e servizi destinati ad altre amministrazioni o possono aggiudicare appalti di lavori, forniture e servizi **destinati ad altre amministrazioni**. Come annotato nei precedenti paragrafi la facoltà di aderire ad una convenzione, per i comuni non capoluogo di provincia, diventa oggi un obbligo alternativo rispetto alla centralizzazione.

Naturalmente, ora non ogni centrale di committenza può legittimamente svolgere procedure di gara in forma aggregata per i comuni ma solo quelle individuate nel comma 3-bis; ovvero, oltre a unioni di comuni, accordi consortili e province, i soggetti aggregatori e per questi ultimi, deve ritenersi, nei limiti delle competenze loro assegnate dalla normativa (spesso regionale) di riferimento.

Infatti, ancora si legge nella determinazione citata, secondo quanto disposto dall'art. 9, commi 1 e 2, del d.l. 24 aprile 2014, n. 66 convertito con modificazioni dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, **i soggetti aggregatori – previsti in un numero massimo totale di 35 (in base al comma 5 del medesimo articolo) – sono centrali di committenza iscritte in un elenco tenuto dall'Autorità nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, di cui fanno parte Consip S.p.A., una centrale di committenza per ogni Regione, qualora costituita, ed altri soggetti che svolgono attività di centrale di committenza e che abbiano ottenuto l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori.**

I requisiti per l'iscrizione, come previsto dal comma 2 del citato art. 9, sono stati definiti con d.P.C.M. 11 novembre 2014 (pubblicato sulla G.U.R.I. in data 20 gennaio 2015).

#### **Art. 2**

*(Requisiti per la richiesta di iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori)*

*1. Richiedono l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori, se in possesso dei requisiti di cui al successivo comma 2, i seguenti soggetti o i soggetti da loro costituiti che svolgano attività di centrale di committenza ai sensi dell'art. 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 con carattere di stabilità, mediante un'organizzazione dedicata allo svolgimento dell'attività di centrale di committenza, per il soddisfacimento di tutti i fabbisogni di beni e servizi dei relativi enti locali:*

*a) città metropolitane istituite ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56 e del decreto legislativo 17 settembre 2010, n. 156 e le province;*

*b) associazioni, unioni e consorzi di enti locali, ivi compresi gli accordi tra gli stessi comuni resi in forma di convenzione per la gestione delle attività ai sensi del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.*



2. Ai fini dell'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori, i soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, devono nei tre anni solari precedenti la richiesta, avere pubblicato bandi e/o inviato lettera di invito per procedure finalizzate all'acquisizione di beni e servizi di importo a base di gara pari o superiore alla soglia comunitaria, il cui valore complessivo sia superiore a 200.000.000 euro nel triennio e comunque con un valore minimo di 50.000.000 euro per ciascun anno. In sede di prima attuazione del presente decreto, rileva ai fini del possesso del requisito il triennio 2011-2012-2013.

3. Ai fini del possesso del requisito relativo al valore delle procedure di cui al comma 2, si tiene conto anche delle procedure avviate:

a) per i soggetti di cui al comma 1, lettera a), dagli enti locali rientranti nell'area territoriale della città metropolitana e delle province;

b) per i soggetti di cui al comma 1, lettera b), dai singoli enti locali facenti parte dell'associazione, unione, consorzio o accordi tra gli stessi comuni resi in forma di convenzione per la gestione delle attività.

In attuazione dell'art. 3, comma 1, del d.P.C.M., l'Autorità, con determinazione n. 2 dell'11 febbraio 2015, ha stabilito le modalità operative per la presentazione delle richieste di iscrizione all'elenco. I soggetti in possesso dei requisiti potevano presentare all'Autorità la richiesta di iscrizione entro 45 giorni dalla pubblicazione della richiamata determinazione (art. 3, comma 2, del d.P.C.M.). Termine che ha beneficiato anche di una posposizione con il comunicato del Presidente del 4 giugno 2015.

Per effetto di quanto, i soggetti aggregatori sono dunque **centrali di committenza "qualificate" tramite l'iscrizione all'elenco tenuto dall'Autorità, istituito con la Delibera n. 58 del 22 luglio 2015.**

I comuni non capoluogo di Provincia possono procedere all'acquisto di lavori, servizi e forniture **tramite unioni di comuni, accordi consortili o Province che, ai sensi dell'art. 1, comma 88, della legge 7 aprile 2014, n. 56, d'intesa con i comuni, possono esercitare le funzioni di stazione appaltante e, intervenuta la creazione dell'elenco dei soggetti aggregatori, tramite questi ultimi.**

Secondo l'ANAC "è da escludersi la sussistenza di un ambito, sia pur residuale, di operatività in favore dei suddetti comuni da parte di centrali di committenza non iscritte nell'elenco dei Soggetti aggregatori, stante la formulazione letterale del comma 3-bis".

### 2.3.1 SUA e centrale di committenza nella determinazione n. 3/2015

Con la pregressa determinazione n. 3/2015, l'ANAC affronta anche la questione dei rapporti centrale di committenza/SUA costituita ai sensi dell'art.



2, d.P.C.M. 30 giugno 2011, emanato in attuazione dell'art. 13 della legge 13 agosto 2010, n. 1362, secondo cui:

*“1. Possono aderire alla SUA le Amministrazioni dello Stato, le regioni, gli enti locali, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, da essi costituiti, gli altri soggetti di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché le imprese pubbliche e i soggetti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti. I predetti soggetti, ai fini del presente decreto, possono avvalersi delle disposizioni previste dall'articolo 33, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 [id est affidare le funzioni di SUA ai provveditorati alle opere pubbliche ovvero alle amministrazioni provinciali nonché a centrali di committenza].*

*2. La SUA ha natura giuridica di centrale di committenza di cui all'art. 3, comma 34, d.lgs. 163/2006, e cura, per conto degli enti aderenti, l'aggiudicazione di contratti pubblici per la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi e l'acquisizione di forniture, ai sensi dell'art. 33 d.lgs. 163/2006, svolgendo tale attività in ambito regionale, provinciale ed interprovinciale, comunale ed intercomunale”.*

Dopo attenta riflessione sulla natura e sugli scopi della SUA di cui alla disposizione richiamata, l'ANAC conclude nel senso che anche l'adesione ad una SUA preesistente – attraverso un accordo consortile tra comuni obbligati – possa ritenersi soddisfacente dell'obbligo imposto dalla norma in commento.

In questo senso, l'autorità anticorruzione annota che

*La lettura delle disposizioni richiamate mostra che la SUA ha natura di centrale di committenza; tale, infatti, è la definizione che ne dà l'art. 2, comma 1, del d.P.C.M. 30 giugno 2011, quindi, la SUA rientra nella definizione di centrale di committenza fornita dal Codice all'art. 3, comma 34.*

***Ciò comporta che alla SUA, in quanto centrale di committenza, si applica anche la disposizione di cui all'art. 33, comma 3, del Codice, in virtù del quale le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante per i lavori pubblici ai provveditorati interregionali per le opere pubbliche (già servizi integrati infrastrutture e trasporti – SIIT). Nel novero di amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 3, comma 25, del Codice, sono ricompresi, tra gli altri, gli enti pubblici territoriali e le loro associazioni, unioni e consorzi, pertanto, alla luce delle disposizioni normative richiamate, non può certamente revocarsi in dubbio, la facoltà dei comuni, delle loro associazioni, unioni e consorzi, di***

*avvalersi dei provveditorati al fine di dar vita alla SUA di cui all'art. 13 l. 136/2010. Tale ricostruzione è confermata dallo stesso art. 2, comma 1, d.P.C.M. 30 giugno 2011, che riconosce la possibilità di avvalersi del disposto di cui all'art. 33, comma 3, e, quindi, di affidare al provveditorato le funzioni di SUA, a tutti i soggetti legittimati a costituire una SUA (le amministrazioni dello Stato, le regioni, gli enti locali, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, ecc.).*

*In una visione unitaria delle disposizioni che concernono la figura della SUA ed il suo utilizzo, seppure a diversi fini (prevenzione del rischio di infiltrazioni mafiose, da un lato, contenimento della spesa pubblica, dall'altro), non può non riconoscersi, inoltre, continuità di sistema alla disposizione di cui all'art. 33, comma 3-bis, del Codice.*

*La suddetta norma, quando dispone l'obbligo per i comuni non capoluogo di provincia di acquisire lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni di comuni (ove esistenti) ovvero facendo ricorso ad apposito accordo consortile o ancora ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, non fa altro che prescrivere in termini di doverosità, **per una limitata categoria di stazioni appaltanti – che sono per l'appunto i comuni sopra citati – ciò che il comma 1 dell'art. 33 descrive in termini di possibilità per le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori. Quest'ultima disposizione, infatti, prevede che i predetti soggetti possano acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi.***

*Risulta evidente, pertanto, che il comune denominatore dei due istituti in argomento (SUA e soggetti aggregatori, cui si devono rivolgere i comuni non capoluogo di provincia) è rappresentato dalla nozione di centrale di committenza, che ne costituisce l'essenza per entrambi.*

*Infatti, il d.l. 66/2014, stabilisce all'art. 9, commi 1 e 2, che la veste di soggetto aggregatore è riconosciuta, ipso iure, a Consip S.p.A. e ad una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora costituita ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Tale natura, inoltre, può essere attribuita dall'ANAC anche ai soggetti diversi da quelli in precedenza citati che svolgono attività di centrale di committenza ai sensi dell'art. 33 d.lgs. 163/2006 (id est alle centrali uniche di committenza già costituite sotto la vigenza del precedente art. 33, comma 3-bis), attraverso l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori.*

*Conseguentemente, nell'ottica di una lettura sistematica delle disposizioni di riferimento (peraltro non opportunamente coordinate dalla novella normativa), **si può concludere che la nozione di soggetto aggregatore presuppone, quanto a funzione, quella di centrale di committenza, ma nel contempo la supera, costituendo la prima una forma evoluta della seconda, in quanto si***

*tratta di centrale di committenza “qualificata” ed “abilitata” (ex lege o tramite preventiva valutazione dell’ANAC e successiva iscrizione nell’apposito elenco) all’approvvigionamento di lavori, beni e servizi per conto dei soggetti che se ne avvalgono. Pertanto, pur con la precisazione appena evidenziata, si può ritenere che il soggetto aggregatore sia una centrale di committenza.*

*Dal canto suo, il comma 3, dell’art. 33, non fa altro che specificare una modalità alternativa, ma equivalente, rispetto alla possibilità contenuta nel comma 1, vale a dire: le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante per l’acquisizione di lavori o ad una centrale di committenza oppure conferirle ai provveditorati.*

***Ciò induce a ritenere che, sicuramente per i lavori, si possa adempiere alla previsione di cui al citato art. 33, comma 3-bis, attraverso il conferimento da parte di un’unione di comuni o di un accordo consortile tra più comuni delle funzioni di stazione appaltante al provveditorato, eventualmente già individuato anche come soggetto che svolge le funzioni di SUA.***

*D’altra parte la stessa disposizione in commento prevede che i comuni, nell’ambito dell’unione o attraverso la costituzione di apposito accordo consortile (anche mediante stipula di apposita convenzione), si avvalgono dei “competenti uffici”: tali possono ritenersi sia gli uffici di uno dei comuni, individuato quale capo-fila nell’accordo consortile, sia l’ufficio della provincia competente sia il provveditorato, al quale la competenza è attribuita dal più volte richiamato comma 3.*

***La ratio sottesa alla previsione di cui al comma 3-bis, infatti, anche laddove prevede l’obbligo di rivolgersi ai soggetti aggregatori, è, in sostanza, quello di ridurre il numero dei soggetti che generano domanda di lavori, beni e servizi, e tale finalità può ritenersi soddisfatta, per i lavori, anche laddove sussista una convenzione tra più comuni o unione di comuni ovvero accordo consortile tra i medesimi e i provveditorati alle opere pubbliche (individuati nel contempo come SUA).***

*Da ultimo, con riferimento alle questioni sorte in relazione all’ambito territoriale entro cui promuovere la centralizzazione di cui all’art. 33, comma 3-bis, del Codice si rileva che la nuova formulazione della norma non contiene più il riferimento (in precedenza presente) ai comuni “ricadenti nel territorio di ciascuna provincia”, ragion per cui non si ravvisano elementi normativi che limitino territorialmente la formazione delle unioni di comuni ovvero degli accordi consortili tra gli stessi, che, naturalmente dovrà avvenire nel rispetto delle disposizioni di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e più precisamente di quanto previsto dall’art. 32 del medesimo decreto”.*

### 3. Le alternative alla centralizzazione dei procedimenti di gara

Il comma 3-bis introduce, come detto, tra le alternative alla centralizzazione la possibilità – per i comuni obbligati di “*acquisire **beni e servizi** attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento*”.

Ciò è quanto viene, evidentemente, ribadito anche nella determinazione n. 11/2015 in cui si puntualizza che “*vengono fatti salvi gli acquisti effettuati attraverso il MePa di Consip o da altro soggetto aggregatore di riferimento*”. In questi casi, come già, detto i comuni – compresi quelli capoluogo – hanno un **autentico obbligo**, in ambito sottosoglia per beni e servizi, a pena di nullità dell’acquisizione (ai sensi del comma 1, art. 1, della legge 135/2012).

L’alternativa stabilita dal legislatore in realtà è solo apparente e non “copre” l’intero ambito dei procedimenti di acquisizione.

L’alternativa, infatti, deve essere intesa e possibile solamente in relazione a quei procedimenti di acquisizione che possono essere soddisfatti ricorrendo alla vetrina virtuale o anche al mercato delle convenzioni.

Pertanto, qualora il prodotto/servizio non sia acquisibile attraverso il mercato telematico, il comune non capoluogo di provincia (con l’unica eccezione determinata degli importi fino a 40 mila euro come più volte ripetuto) dovrà necessariamente accorpate le procedure ed avvalersi o di una stazione unica appaltante in unione di comuni, oppure aderire a questa o richiedere l’intervento di un soggetto aggregatore anche per fare la gara o avvalersi dell’ufficio provinciale.

Questo vale, a maggior ragione, per i lavori vista l’impossibilità di procedere con il mercato elettronico.

Stessa conclusione in relazione ad acquisizioni sopra soglia, per cui non si può utilizzare il procedimento del mercato elettronico ma solo, obbligatoriamente, il mercato delle convenzioni.

Pertanto, l’ente dovrebbe preventivamente verificare quali procedure e procedimenti impongono sicuramente l’accorpamento e comunque avviare il lavoro istruttorio per la realizzazione e/o adesione alla stazione unica (ad eccezione come visto dei comuni capoluogo e della soglia dei 40 mila euro).

Per effetto di quanto, la modifica del comma 3-bis comporta profonde innovazioni per i comuni non capoluogo nel senso che i RUP degli enti in parola, *ante* modifica potevano strutturare il procedimento tenendo in considerazione due diversi modelli di azione amministrativa.

Per l’acquisizione in ambito sotto soglia – beni e servizi – il primo momento era rappresentato dall’escussione di una delle forme di mercato

elettronico (ed in subordine del mercato delle convenzioni o viceversa). In assenza del prodotto/servizio e/o inadeguatezza rispetto alla pretesa della stazione appaltante, il RUP, previa adeguata motivazione in determinazione a contrattare poteva procedere con l'esperimento di una procedura autonoma. Questa prerogativa, una volta entrato in vigore l'obbligo della centralizzazione (primo novembre) viene irrimediabilmente perduta. Nel senso che, eventualmente, la procedura autonoma sarà di competenza del RUP della struttura centralizzata.

Rimane ferma, come più volte ribadito, la possibilità di avviare – solo in subordine all'escussione del mercato elettronico – procedura autonome fino all'importo di 40 mila euro per i comuni non capoluogo, ora, con più di 10 mila abitanti ma di cui è stata prevista l'estensione ad ogni comune soggetto alla centralizzazione.

Riguardo agli acquisiti sopra soglia, per i comuni obbligati all'accorpamento viene meno la facoltà di non aderire alla convenzione. Nel senso che, o centralizzano le procedure od obbligatoriamente acquistano aderendo ad una convenzione preesistente (non più, pertanto, ossequiando l'articolo 26 della legge 488/1999).

#### 4. Ambito oggettivo e le procedure autonome

Le procedure autonome, e ciò riguarda ogni comune a prescindere dalla dimensione abitativa (sempre fatto salvo che non siano intervenute le legislazioni regionali ad introdurre limiti peggiorativi rispetto alla legge nazionale), potranno essere esperite in relazione alle acquisizioni di appalti dell'allegato IIb e, quindi, in particolare agli appalti dei servizi sociali, sanitari, culturali, incarichi legali ecc.

L'obbligo dell'accorpamento non riguarda evidentemente le concessioni di servizi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti proprio perché non si tratta di appalti.

Le esclusioni, la prima invero discutibile, è stata di recente riaffermata con la determinazione n. 11/2015 dell'ANAC (come già la pregressa n. 3/2015).

Nella determinazione più recente si legge che in relazione a tutte le diverse tipologie di acquisti, tenuto conto della collocazione della norma nel Codice (nella parte II, relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari) il criterio principe per individuare le fattispecie rientranti nel perimetro della disposizione si ritiene che possa essere individuato *“nella riconducibilità dell'acquisto alla **nozione di appalto pubblico** secondo la de-*

*finizione fornita dall'art. 3 comma 6, di lavori (art. 3, comma 7), forniture (art. 3, comma 9) e servizi (art. 3, comma 10) e nel suo pieno assoggettamento alle disposizioni del Codice dei contratti”.*

Secondo l'ANAC, pertanto, devono ritenersi sottratti all'obbligo di acquisizione in forma aggregata *“gli appalti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice (artt. 19-26), cui si applicano solo pochissimi articoli del medesimo, tra i quali non è contemplato, per l'appunto, l'art. 33. Tra questi sono inclusi anche i servizi di cui all'Allegato IIB, ai quali, pertanto, non si applicano le disposizioni dell'art. 33, comma 3-bis del Codice”.*

L'affermazione, che a parere di chi scrive non appare condivisibile, viene comunque temperata – come già avvenuto con la determinazione n. 3/2015 – con la precisazione che la stazione appaltante obbligata all'accorpamento deve comunque considerare *“che la disciplina giuridica di questi ultimi subirà diverse modifiche per effetto del recepimento della nuova direttiva e 2014/24/UE”.* E sul punto, per una prima panoramica della questione si rinvia alle considerazioni espresse più avanti.

Sempre secondo quanto si legge nella determinazione n. 11/2015, l'autorità annota che *“per quanto attiene all'ambito oggettivo di applicazione della disposizione in esame, infatti, non può non rilevarsi, da un lato, le finalità con cui la disposizione de qua è stata introdotta e successivamente modificata – finalità strettamente correlate ad esigenze di consolidamento dei conti pubblici e di contenimento della spesa –, dall'altro, il dato letterale secondo cui «i comuni non capoluogo di provincia procedono alle acquisizioni...». Entrambi gli elementi depongono per una limitazione oggettiva della norma ai soli contratti di appalto”.*

Tuttavia, sarebbe opportuno che i comuni in sede di programmazione valutassero l'opportunità – pur non essendovi obbligati – di associare congiuntamente determinati servizi.

Rimangono affrancate dall'obbligo in parola le concessioni di servizi. Secondo l'ANAC, in questo caso in modo condivisibile, *“il modulo concessorio non può essere tecnicamente riferito agli acquisti della pubblica amministrazione sicuramente per la concessione di servizi (art. 30 del Codice), che peraltro è sottratta all'applicazione delle disposizioni del Codice, ivi compreso l'art. 33”.*

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 7 maggio 2013, n. 13 ha precisato, infatti, che: *“la concessione di servizi viene definita dalla direttiva 2004/18/CE, nonché dal Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 12) come «il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».* Più specificamente, l'art. 30 del medesimo Codice al comma 2 afferma che nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessio-

*nario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. La distinzione attiene alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore dell'amministrazione), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti".*

**Non sussiste, pertanto, un acquisto destinato al comune.**

Invece, per quanto attiene ai lavori, a un punto di vista formale rileva il fatto che in forza di quanto disposto dall'art. 142, comma 3, del Codice, «alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice», tra le quali è contenuto l'art. 33, la cui applicazione non viene derogata da nessuna disposizione del Capo II, (del Titolo III, della Parte II del Codice).

Anche in questo caso, al di là di quest'ultima precisazione, non possono non rilevarsi le difficoltà applicative che esso comporta se riferito alle concessioni di lavori, tenuto conto della specificità degli stessi e della necessità di un raccordo molto stretto che la gestione di un rapporto concessorio impone all'eventuale pluralità di enti concedenti. Si pensi a titolo esemplificativo alle:

- difficoltà di aggregazione degli interventi da realizzare, avendo riferimento alla specificità dei lavori, per i quali è più facilmente ipotizzabile una centralizzazione della procedure piuttosto che un'aggregazione degli acquisti (che può, invece, più agevolmente avvenire per servizi e forniture);
- difficoltà connesse alla gestione dell'intera procedura che implica un coinvolgimento attivo dell'amministrazione (e l'esigenza di una piena concordanza di azioni), il riferimento va alla richiesta di modifica al progetto preliminare e, in caso di mancata accettazione del promotore, all'interpello di quelli che seguono in graduatoria (art. 153, comma 3 del Codice), alla fissazione in sede di gara anche di un prezzo (art. 143, comma 4);
- difficoltà connesse alla gestione del piano economico finanziario, intorno a cui ruota l'intero rapporto concessorio (art. 143, commi 5 e 8).

Tuttavia, occorre effettuare un bilanciamento con i vantaggi che possono derivare dalla centralizzazione in termini di programmazione, progettazione, mancata duplicazione degli interventi, riduzione dei costi, anche nell'ambito delle concessioni di lavori e del *project financing*.

Secondo l'Authority, a tal fine i comuni dovrebbero valutare la possibilità, e le connesse utilità, di porre in essere strutture specializzate nella gestione di gare per l'affidamento di concessioni e di *project financing*, in possesso in un *know how* adeguato alla gestione di simili procedure.

Un'utile indicazione in tal senso si può ricavare dell'art. 37, comma 4 della direttiva 2014/24/UE che prevede, accanto alla possibilità di aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze anche quello per la fornitura di attività di committenza ausiliaria, senza applicare le procedure della medesima direttiva. L'istituto della committenza ausiliaria risponde, infatti, all'esigenza di garantire la messa a disposizione di un *know how* che solo le stazioni appaltanti più strutturate e professionalizzate (quali sono le centrali di committenza) sono in grado di fornire alle amministrazioni aggiudicatrici di minori dimensioni (come, nel caso in esame, i comuni non capoluogo di provincia e non solo).

Per quel che attiene, poi, ai servizi tecnici, regolati dal capo IV, sezione I, artt. 90 e ss. del Codice, si rileva come l'art. 33 del Codice, ivi compreso il comma 3-*bis*, trovi applicazione in forza del richiamo operato dall'art. 91, comma 1 alle disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice per gli affidamenti di importo pari o superiore all'importo di euro 100.000; fermo restando, ovviamente, l'affidamento interno all'amministrazione ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. b), secondo cui i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura possono essere espletati dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire con le modalità di cui agli articoli 30, 31 e 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

**Pertanto, anche per l'affidamento all'esterno dei servizi di architettura e di ingegneria, i comuni non capoluogo di provincia sono tenuti al rispetto degli obblighi prescritti dall'art. 33, comma 3-*bis* del Codice.**

#### **4.1 Gli appalti esclusi nella direttiva comunitaria 24/2014**

La precisazione dell'ANAC consente alcune considerazioni sulla categoria degli appalti esclusi, probabilmente, di maggior rilievo relativa ai servizi sociali ed alla (parziale) diversa considerazione di cui vengono fatti oggetto dalla recente direttiva comunitaria sugli appalti ordinari n. 24/2014 che abroga e sostituisce la direttiva 18/2004 che (con la direttiva 17/2004) sono state recepite nel codice degli appalti.

In generale, in sede di prima lettura e senza pretesa di essere esaustivi, la macro categoria degli appalti esclusi è oggetto di rinnovata considerazione e parziale riscrittura con l'articolo 10 della direttiva 24/2014.

Come si annotava sopra, a differenza del pregresso regime comunitario, la recente direttiva dedica alcune norme specifiche ai servizi sociali da ag-



giudicarsi con base d'asta di un certo rilievo, ribadendo sostanzialmente la (quasi) completa estromissione dei servizi in parola dall'ambito normativo delle norme comunitarie.

Non a caso, il considerando 19 della direttiva 18/2004 puntualizzava che in relazione ad alcuni tipi di appalti di servizi *“l'applicazione integrale della presente direttiva dovrebbe essere limitata, per un periodo transitorio, agli appalti per i quali le disposizioni della direttiva stessa consentiranno il pieno sfruttamento del potenziale di crescita degli scambi con l'estero. Gli appalti degli altri servizi dovrebbero essere sottoposti a osservazione durante tale periodo transitorio prima che una decisione venga presa su una piena applicazione della presente direttiva. A questo proposito è opportuno definire le modalità di tale osservazione. Tali modalità devono nel contempo consentire agli interessati di avere accesso alle informazioni in materia”*.

La nuova direttiva invece assoggetta gli appalti dei servizi sociali all'applicazione integrale del capo I, contenuto nel Titolo III della direttiva (più avanti si vedrà in quale misura) se la base d'asta è di importo pari o superiore a 750.000 euro (articolo 4, primo paragrafo lett. d).

Quindi si ribadisce, in sostanza, una pressoché completa esclusione dalle norme comunitarie. Inoltre, come in passato, il IV paragrafo dell'articolo 77 della più recente direttiva dispone che la Commissione valuti gli effetti di detta estromissione e sia tenuta a trasmettere una relazione al Parlamento europeo ed al Consiglio entro il 18 aprile 2019 sugli effetti del regime appena sintetizzato.

I servizi sociali, a differenza del regime pregresso, sono fatti oggetto di attenzione specifica fin dai primi considerando della direttiva 24/2014.

In questo senso, nella seconda parte del considerando n. 6 si legge che *“gli Stati membri sono liberi di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori (...), in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi. È opportuno chiarire che i servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva”*.

Nel considerando 28 si parla, a proposito dei servizi sociali come di appalti soggetti ad un *“regime alleggerito”*.

Nel considerando 114 si reitera la considerazione secondo cui alcuni servizi – anche in un rinnovato regime normativo – *“continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici”*. Con le puntualizzazioni (alla base del trattamento alleggerito) per cui *“i servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. Occorre quindi stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto*

*tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi” come fissato appunto nell’articolo 4 appena citato.*

*Con l’ovvia conseguenza che i “servizi alla persona con valori al di sotto di tale soglia non saranno, in genere, di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri, a meno che non vi siano indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell’Unione per i progetti transfrontalieri”. Mentre, sempre lo stesso considerando, “i contratti per servizi alla persona al di sopra di tale soglia dovrebbero essere improntati alla trasparenza, a livello di Unione. In ragione dell’importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un’ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato. Le norme della presente direttiva tengono conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale. Nel definire le procedure da utilizzare per l’aggiudicazione degli appalti di servizi alla persona, gli Stati membri dovrebbero tener conto dell’articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26. In tale contesto, gli Stati membri dovrebbero inoltre perseguire gli obiettivi della semplificazione e riduzione dell’onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici; è opportuno chiarire che ciò potrebbe anche comportare il ricorso a norme applicabili agli appalti di servizi non assoggettati al regime specifico. Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall’amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione”.*

*Infine, per ciò che in questa sede interessa, il considerando 118 ribadisce la possibilità di esperire appalti riservati. In questo senso si legge che “al fine di garantire la continuità dei servizi pubblici la presente direttiva dovrebbe prevedere che la partecipazione alle procedure di appalto per taluni servizi nei settori dei servizi sanitari, sociali e culturali possa essere riservata alle organizzazioni basate sull’azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario e per le organizzazioni esistenti quali le cooperative a partecipare alla prestazione di tali servizi agli utenti finali. L’applicazione della presente disposizione si limita esclusivamente a taluni servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi, a taluni servizi di istruzione*

*e formazione, a biblioteche, archivi, musei e altri servizi culturali, a servizi sportivi e servizi domestici, e non riguarda nessuna delle esclusioni altrimenti previste dalla presente direttiva. Tali servizi dovrebbero essere disciplinati dal regime alleggerito”.*

#### **4.1.1 I servizi sociali nella nuova direttiva comunitaria 24/2014**

Come evidenziato sopra, il titolo III della direttiva 24/2014 rubricato “*Particolari regimi di appalto*” contiene un microsistema normativo – a differenza del passato – dedicato ai servizi sociali.

In particolare (capo I rubricato “*Servizi sociali e altri servizi specifici*”) l’articolo 74, come visto, assoggetta gli appalti dei servizi sociali (e gli altri servizi indicati nell’allegato XV) con base d’asta pari o superiore a 750 mila euro, all’esigenza di applicare le disposizioni richiamate espressamente.

In particolare, l’articolo 75 relativo alla pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara. La norma prevede che nel caso della soglia predetta, le stazioni appaltanti sono tenute a rendere nota l’iniziativa attraverso la pubblicazione di un bando di gara che deve comprendere “*le informazioni di cui all’allegato V, parte H, conformemente ai modelli di formulari di cui all’articolo 51*” oppure “*mediante un avviso di preinformazione, che viene pubblicato in maniera continua e contiene le informazioni di cui all’allegato V, parte I. L’avviso di preinformazione si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto*”. Disposizioni da applicarsi salvo che la stazione appaltante utilizzi la procedura negoziata senza pubblicazione di bando.

Le disposizioni sono sostanzialmente innovative considerata l’inesistenza di norme specifiche – per i servizi sociali – di prescrizioni in tema di pubblicazione di bandi o avvisi.

Inoltre, “*le amministrazioni aggiudicatrici che hanno aggiudicato un appalto pubblico*” di servizi sociali o di quelli riconducibili all’allegato XV “*rendo noto il risultato della procedura d’appalto mediante un avviso di aggiudicazione, che contiene le informazioni di cui all’allegato V, parte J, conformemente ai modelli di formulari di cui all’articolo 51. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre*”.

L’articolo 76 chiarisce che gli Stati membri devono adottare disposizioni normative in relazione agli appalti disciplinati dal capo in commento “*al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di tratta-*

*mento degli operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Gli Stati membri sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili fintantoché tali norme consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione”.*

Dal secondo paragrafo dell'articolo 76 emerge poi un certo *favor* verso l'utilizzo – anche in relazione ad appalti di servizi sociali (già come avviene in certa legislazione regionale) – di multicriteri nell'aggiudicazione dell'appalto che tengono conto di aspetti qualitativi. Nel caso di specie, la parte finale del secondo paragrafo precisa che *“gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi avvenga sulla base dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali”*. Ossequiando in questo modo la filosofia della direttiva concentrata, come si dirà nelle prossime occasioni, in tema di criteri di aggiudicazione in modo prevalente sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 67) ed in misura residuale (secondo comma dell'articolo 67) sull'aggiudicazione al ribasso.

L'articolo 77 ribadisce la possibilità degli *“Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare ad organizzazioni il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali”* individuati in modo specifico dalla norma attraverso il codice di classificazione degli appalti.

Il secondo paragrafo della norma individua i requisiti sostanziali per poter partecipare all'appalto riservato ed in particolare è necessario che il soggetto economico abbia come *“obiettivo (...) il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi”* riservati; che i profitti siano reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione; che le *“strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto”* siano *“basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati”* ed infine che *“l'amministrazione aggiudicatrice interessata non”* abbia *“aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni”*. Gli appalti non possono avere durata superiore a tre anni.

#### **4.2 Altri appalti esclusi: gli incarichi legali nella nuova direttiva comunitaria 24/2014**

In tempi recenti si è riproposta la questione della corretta definizione/configurazione giuridica dei servizi legali ovvero, l'esigenza di stabilire quale circostanza l'incarico sia ascrivibile alla categoria degli appalti (sia pur

esclusi dall'applicazione integrale delle norme codicistiche) dal caso in cui invece debba essere ricondotto alle fattispecie disciplinate dal decreto legislativo 165/2001 e quindi, più propriamente, ai contratti di collaborazione.

La questione è di non poco conto se si tiene a mente che la riconducibilità nell'ambito dei contratti di collaborazione (o consulenza) obbliga la pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 15 del decreto legislativo 33/2013 (nel prosieguo anche decreto trasparenza) **alla previa pubblicazione nella specifica sezione del sito *on line* quale condizione imprescindibile ed ineludibile per poter effettuare la liquidazione a pena di danni erariali** (ed altre forme di responsabilità).

La *querelle*, dopo alterne vicende, ha avuto una autorevoli precisazioni da parte dell'AVCP e – tra le altre – della giurisprudenza amministrativa, in particolare con la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, n. 273/2012, infine la problematica, sembra aver trovato un compiuto chiarimento grazie alla nuova direttiva comunitaria n. 24/2014 sugli appalti pubblici, in fase di recepimento.

Un primo dato, naturalmente di sicuro rilievo, è quello contenuto nella **determinazione dell'AVCP n. 4/2011** (pubblicata in G.U. n. 171 del 25 luglio 2011) con cui l'*Authority* ha dettato le linee guida sugli obblighi della tracciabilità dei flussi finanziari ossequiando l'articolo 3 della legge 136/2010.

Nel paragrafo 4.3 si approfondisce la tematica relativa ai servizi legali ai fini (o meno) dell'applicabilità delle rigide norme in tema di tracciabilità.

In questo, appare il primo distinguo fondato sul precedente rinvenibile nel parere espresso dalla sezione della Corte dei Conti regione Basilicata n. 19/2009.

La **sezione in parola** ha argomentato l'assunto – ovvero la necessità di distinguere tra singolo incarico legale destinato alla rappresentanza in giudizio dal servizio di assistenza legale caratterizzato da una attività “complessa”. In specie, nel parere si è rilevato che, *“posto che negli appalti pubblici di servizi, i criteri di aggiudicazione non devono influire sull'applicazione delle disposizioni nazionali relative alla remunerazione di taluni servizi, quali ad esempio le prestazioni degli architetti, degli ingegneri o degli avvocati, il prezzo di tali servizi, così determinato, di per sé solo, non sarebbe idoneo a garantire quella valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza, che ammette soltanto l'applicazione di uno dei due criteri di aggiudicazione, quello del prezzo più basso e quello della offerta economicamente più vantaggiosa. Da quanto precede non sembra, dunque, che il legislatore comunitario si sia preoccupato di regolare le modalità di affidamento dei contratti del tutto esclusi dall'ambito della disciplina degli appalti pubblici. Tra questi, il contratto di lavoro autonomo avente a oggetto il patrocinio legale, stipulato con un'amministrazione aggiudicatrice”*

Riprendendo il parere *de quo*, nella determinazione dell'AVCP appena citata, si rileva come siano da *“ritenersi sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti di servizi non prioritari compresi nell'allegato II B; tra i servizi indicati nel citato allegato figurano quelli legali che, quindi, rientrano nel perimetro delle disposizioni in esame. Si evidenzia la stretta contiguità tra le figure dell'appalto di servizi e del contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui agli articoli 2230 c.c. e seguenti: pertanto la stazione appaltante assume l'onere della corretta qualificazione giuridica della fattispecie. A riguardo, si ritiene che il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, sia inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, in base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richieda qualcosa in più, un quid pluris per prestazione o modalità organizzativa.*

La precisazione è apparsa, in dottrina, non **perfettamente coincidente con una nozione ampia della figura dell'imprenditore recepita dalla direttiva 18/2004 e declinata nel codice domestico nell'articolo 3, comma 19.**

A memoria di questo, infatti, *“i termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi”.*

Oggettivamente, ancora oggi, definire il “singolo” e/o specifico incarico a rappresentare in giudizio l'ente **come carente dell'elemento di più “complesse” modalità organizzative o dell'organizzazione di vari fattori produttivi non sembra davvero rispondente alle circostanze concrete.**

Anche nell'affidamento dello specifico e limitato incarico legale non si può escludere a priori che il legale possa individuare soluzioni, in estremo, alternative o comunque tali da evitare una resistenza e/o ricorso che possa apparire temerario. Se questo fosse vero, anche l'incarico *de quo*, non potrebbe essere non configurato come appalto di servizi facendo venire meno anche rilevanti adempimenti posti dal decreto trasparenza.

Come si anticipava in premessa, la questione è stata ripresa dal **Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 2730/2012.**

Nella sentenza in parola, l'autorevolissimo estensore da conto del *“lumeggiare (del)la riproposizione della nozione di servizi legali nella legislazione, comunitaria e nazionale, successiva, nel senso di limitare l'ambito di operatività della categoria ai soli affidamenti di servizi legali conferiti mediante un appalto – ossia un contratto caratterizzato da un quid pluris, sotto il profilo dell'organizzazione, della continuità e della complessità – rispetto*

*al contratto di conferimento dell'incarico difensivo specifico, integrante mero contratto d'opera intellettuale, species del genus contratto di lavoro autonomo, come tale esulante dalla nozione di contratto di appalto razione materiae abbracciata dal legislatore comunitario".* E quanto, effettivamente, sembra essere accaduto – come si dirà più avanti – con la nuova direttiva comunitaria.

Sempre nel *decisum*, in approfondimento, si puntualizza che *“il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale. L'affidamento di servizi legali è, a questa stregua, configurabile allorquando l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'Ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce”*.

La questione, comunque, è sempre la stessa: come si può escludere a priori che il *quid pluris* non rientri o non sia rinvenibile anche nel singolo incarico?

Secondo questo giudice il distinguo tra incarico di mera rappresentanza (da considerarsi come contratto di collaborazione e non appalto) ed il servizio di assistenza legale esteso ad istruttorie, pareri, consulenze ecc. (configurabile come appalto “escluso” ovvero soggetto solo ad una parte delle norme del codice), avrebbe fondamento anche *“sul piano normativo”* con cui si impone *“la prescrizione che, per l'affidamento di tali servizi, pretende l'indicazione delle specifiche tecniche fissate dal committente (art. 68 del codice), così configurando la condizione, non compatibile con un mero contratto di patrocinio legale isolato, per permettere l'apertura dell'appalto alla concorrenza (cfr. il ventinovesimo “considerando” alla direttiva n. 18 del 2004)”*.

In sostanza, le norme di tema di appalti di servizi verrebbero *“in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo in un servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato”*.

Con l'epilogo per cui *“il contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, presidiato dalle specifiche disposizioni comunitarie volte a tutelare la libertà di stabilimento del prestatore in quanto lavoratore, non può soggiacere, neanche nei sensi di cui all'articolo 27 del codice dei contratti pubblici, ad una procedura concorsuale di stampo selettivo che si appalesa incompatibile con la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell'aleatorietà dell'iter del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla*

*conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici”, pur restando inteso – puntualizza il giudice – “che l’attività di selezione del difensore dell’ente pubblico, pur non soggiacendo all’obbligo di espletamento di una procedura comparativa di stampo concorsuale, è soggetta ai principi generali dell’azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare”.*

In ultima analisi, pur configurabili diversamente, il conferimento del singolo incarico della rappresentanza in giudizio e l’affidamento del servizio di assistenza legale **esigono per la loro assegnazione una procedura di tipo comparativo** (ciò che cambia è il dato normativo di riferimento: nella rappresentanza in giudizio l’articolo 7 del decreto legislativo 165/2001; nel caso di servizio di assistenza legale il codice degli appalti).

La pretesa esigenza di una imprescindibile procedura di tipo comparativo esige una considerazione di tipo pratico/operativo.

Nell’un caso quanto nell’altro, rispettivamente il responsabile del procedimento ai sensi della 241/1990 ed il RUP dovrebbero porre in essere una, sia pur semplificata, competizione per il tramite di avvisi pubblici (nel primo) e attraverso lettera di invito o bando semplificato nel secondo caso.

In realtà, se ciò è vero per il caso di un incarico per la rappresentanza in giudizio riconducibile – secondo quanto sostenuto anche nella sentenza – alla collaborazione, può ritenersi meno vero in relazione all’affidamento dell’incarico del servizio legale da intendersi come attività complessa che esige una intensa attività di organizzazione di vari fattori produttivi.

Nel caso di specie, nulla esclude che – legittimamente – la stazione appaltante (si pensi agli enti locali) possa inserire nel **regolamento di acquisizioni di beni e servizi in economia** la possibilità di procedere all’assegnazione – a seconda dell’importo – tramite affidamento diretto o tramite il *minus* procedurale del cottimo fiduciario <sup>(2)</sup>. Circostanza – dell’assegnazione diretta – inammissibile nel caso di incarico legale limitato al patrocinio se non a seguito di “avviso” andato deserto nella prima circostanza.

Alla luce delle recenti modifiche che hanno ritoccato l’importo massimo per l’affidamento diretto, il RUP potrebbe affidare direttamente l’appalto in caso di importo inferiore ai 40 mila euro o proporre gli inviti (o un bando semplificato) nel caso di importo superiore fino al sotto soglia comunitario.

---

<sup>(2)</sup> La amministrazioni statali, in luogo del regolamento, possono affidarsi ad una determinazione “programmatica” del dirigente.



Nel senso prospettato dalla sentenza del Consiglio di Stato ha avuto modo di esprimersi – in tempi recentissimi – anche il **T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, con la sentenza del 16 luglio 2014 n. 1383.**

Nel caso di specie, il giudice rimarca che *“mentre il patrocinio legale, (...) costituendo il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, deve essere inquadrato nell’ambito della prestazione d’opera intellettuale, il servizio legale presenta qualcosa in più, per prestazione o modalità organizzativa, che giustifica il suo assoggettamento alla disciplina concorsuale”*.

Con il chiarimento, secondo cui *“l’affidamento di servizi legali è (...) configurabile allorquando l’oggetto del servizio non si esaurisce nel patrocinio legale a favore dell’Ente, ma si configura quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce (...).Esso, quindi, soggiace alle regole delle procedure concorsuali di stampo selettivo, incompatibili con il solo contratto di conferimento del singolo e puntuale incarico legale, vista la struttura della fattispecie contrattuale, qualificata, alla luce dell’aleatorietà dell’iter del giudizio, dalla non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazioni e dalla conseguente assenza di basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari in forza della disciplina recata dal codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, sez. V. 11 maggio 2012 n. 2730)”*.

Non è senza rilievo evidenziare che nel caso da ultimo riportato, l’incarico è stato affidato con **deliberazione di giunta**.

Al di là delle considerazioni specifiche espresse in tema di corretta configurazione dell’incarico al fine della riconducibilità al decreto legislativo 165/2001 o al codice degli appalti, è fuor di dubbio che in ogni caso l’assegnazione non possa mai avvenire con un atto della giunta comunale tratta dosi – con tutta evidenza – di atto ad esclusiva competenza gestionale.

L’assegnazione dell’incarico (sia che si tratti di appalto sia che si tratti di contratto di collaborazione), pur ammettendo un atto di indirizzo giuntale (se non esiste il piano esecutivo di gestione facoltativo nei comuni con meno di 15 mila abitanti) che attribuisce le risorse ed “abilita” la procedura, impone poi – nel prosieguo del procedimento amministrativo – **l’atto di indizione attraverso la determinazione di avvio con la prenotazione dell’impegno di spesa ed una di assegnazione contenente l’impegno di spesa “definitivo” e quindi solo atti di competenza del burocrate a pena di illegittimità.**

La stessa Autorità anticorruzione ha fatto proprio l’insegnamento, riconducibile al parere espresso dalla sezione regionale della Basilicata nel 2009.

Nelle varie FAQ, puntualizzato che “*tenuto conto della eterogeneità di detti incarichi, è rimessa a ciascuna amministrazione l’individuazione delle fattispecie non riconducibili alle categorie degli incarichi di collaborazione e consulenza, dandone adeguata motivazione*” l’ Authority chiarisce la questione incarichi legali/gestione complessiva del servizio di assistenza legale.

In particolare, viene chiarito che “*nel caso in cui siano attribuiti ad un professionista uno o più incarichi per la difesa e la rappresentanza dell’ente in relazione a singole controversie, l’amministrazione affida incarichi di patrocinio legale che possono essere inquadrati come incarichi di consulenza e, pertanto, è tenuta, ai sensi dell’art. 15, cc. 1 e 2, del d.lgs. n. 33/2013, a pubblicare i relativi dati sul sito istituzionale nella sezione “Amministrazione trasparente”, sotto-sezione di primo livello “Consulenti e collaboratori”. Qualora, invece, l’amministrazione affidi all’esterno la complessiva gestione del servizio di assistenza legale, ivi inclusa la difesa giudiziale, ha luogo una procedura di appalto di servizi. Pertanto, in virtù di quanto previsto dall’art. 37 del d.lgs. n. 33/2013, dall’art. 1, c. 32, della l. n. 190/2012, nonché dal d.lgs. n. 163/2006, l’amministrazione appaltante deve pubblicare sul sito istituzionale le informazioni stabilite dalle norme richiamate all’interno della sezione “Amministrazione trasparente”, sotto-sezione di primo livello “Bandi di gara e contratti”*”.

Di rilievo appaiono anche le ulteriori precisazioni secondo cui “*i dati relativi agli eventuali incarichi e cariche di dirigenti, consulenti e collaboratori sono da pubblicare sia se a titolo oneroso sia se a titolo gratuito*” e che a questo ambito vengono attratti anche “*gli incarichi conferiti ai commissari esterni membri di commissioni concorsuali*”, pertanto anche in relazione alle commissioni di gara <sup>(3)</sup>.

La nuova direttiva comunitaria, in fase di recepimento, n. 24/2014 sugli appalti pubblici (che abroga la direttiva 18/2004) sembra aver risolto definitivamente ogni *querelle* considerato che – a differenza della direttiva abrogata – **chiarisce espressamente**, all’articolo 10 rubricato “*esclusioni specifiche per gli appalti di servizi*” , paragrafo 1, lett. *d*) che la direttiva non si applica (neppure in modo parziale) – tra gli altri – nei casi “*concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali*”, ovvero “**rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell’articolo 1 della direttiva 77/249/CEE del Consiglio**”; “*arbitrato o (...) conciliazione tenuti in uno Stato membro, un Paese terzo o dinanzi a un’istanza arbitrale o conciliativa internazionale*”; oppure “*in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdi-*

---

<sup>(3)</sup> Da notare che sono soggetti agli stessi obblighi anche gli incarichi affidati al revisore dell’ente (o al collegio).

*zionali o istituzioni internazionali; consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui alla presente lettera, punto i), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento in questione, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 77/249/CEE; servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai; servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale nello Stato membro interessato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali; altri servizi legali che, nello Stato membro interessato, sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri”.*

Mentre rimangono soggetti all'applicazione di quanto previsto nel Titolo III della direttiva dedicato a **“Particolari regimi di appalto”**, **Capo I, “Servizi sociali e altri servizi specifici”** – che comprende gli artt. 74, 75, 76 e 77 – applicabili all'assistenza legale “complessa” che non si esaurisce nelle fattispecie previste nell'articolo 10 (secondo il rinvio effettuato dall'Allegato XIV <sup>(4)</sup>).

Con il recente parere **n. 48/2014 reso dalla sezione regionale della Campania**, la Corte dei Conti torna sulla questione della corretta delimitazione degli obblighi di comunicazione/pubblicazione previsti **dall'articolo 53, comma 14, del decreto legislativo 165/2001 <sup>(5)</sup> e dall'articolo 15 del più recente decreto trasparenza ovvero il decreto legislativo 33/2013**.

Nel caso di specie, il Sindaco di un comune della provincia di Napoli ha sollecitato la sezione per avere chiarimenti se siano da ricondurre o meno nell'ambito normativo appena richiamato (relativo agli obblighi di pubblicazione/trasparenza) **“anche il conferimento di incarichi ad avvocati per la difesa in giudizio dell'ente e a tecnici per la progettazione o direzione lavori di opere pubbliche”**.

La sezione, pur ritenendo la materia avulsa dalla specifica competenza consultiva della Corte dei Conti, ha comunque ritenuto di dover rispondere precisando che *prima facie* gli obblighi di pubblicazione/trasparenza sembrano **“essere applicabile in via generale a tutti i tipi di incarichi, senza particolari esclusioni”**.

A parere di chi scrive, **la risposta pare eccedere il dettato normativo della prescrizione di cui al decreto trasparenza**.

<sup>(4)</sup> In verità, l'allegato XIV fa riferimento ai servizi legali nella misura in cui non risultano esclusi ai sensi dell'articolo 10 lett. *c-bis* (riferimento che – evidentemente per un refuso – deve leggersi come riferito alla lettera *d*) di cui si è detto nel testo).

<sup>(5)</sup> Secondo la definitiva, per il momento, riscrittura intervenuta con l'art. 1, comma 42, della legge n. 190 del 2012.

L'obbligo in parola riguarda solamente le collaborazioni e/o le consulenze non anche gli incarichi assegnati in seguito **a procedure disciplinate dal codice degli appalti come la progettazione e la direzione lavori (soggette ad altra pubblicità/trasparenza).**

Pertanto, se è vero che il singolo incarico legale (il patrocinio), può dirsi oramai definitivamente ricondotto al novero delle collaborazioni per assenza di quel dato imprenditoriale/organizzativo che connota le prestazioni di servizio oggetto di appalto **ed è, pertanto, da ritenersi sicuramente oggetto di trasparenza ex articolo 15 del decreto legislativo 33/2013 a pena di impossibilità giuridica di procedere alla liquidazione dei corrispettivi**, invece non appaiono riconducibili a quest'ambito gli incarichi di progettazione e/o di direzione lavori che vengono assegnati secondo procedure disciplinate dal codice degli appalti.

Del resto la stessa questione non si è posta neppure all'ANAC – come visto – che ha chiarito la riconducibilità all'obbligo in argomento del singolo incarico legale e non anche del servizio di assistenza legale “complesso” ascrivibile alla categoria degli appalti (sia pure esclusi dall'applicazione integrale delle norme del codice degli appalti) **ma nulla ha evidenziato** rispetto alle altre tipologie di incarichi sopra richiamate che non vengono assegnati facendo riferimento all'articolo 7 del decreto legislativo 165/2001.

Da ultimo, per completezza, è bene rammentare che oggetto di inserimento nella specifica sottosezione “*consulenti e collaboratori*” della sezione trasparenza – situata sul sito *on line* di ogni amministrazione pubblica – devono essere riportati (giusto articolo 15 del decreto legislativo 33/2013) “*gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico; il curriculum vitae; i dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali; i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di lavoro, di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato*”.

Come si è più volte ripetuto, la riconducibilità dell'incarico legale (da intendersi come patrocinio legale) nell'ambito normativo dell'articolo 15 del decreto legislativo 33/2013 (e prima ancora nell'ambito di cui al comma 14, dell'articolo 53 del decreto legislativo 165/2001) ha implicazioni di estremo rilievo.

Sul punto, inoltre, è bene rammentare anche la posizione estrema espressa dalla sezione regionale del **Molise in sede giurisdizionale che, con la sentenza n. 48/2013**, ha condannato il responsabile dei servizi finanziari per aver proceduto al pagamento del collaboratore esterno senza prima aver accertato se la fase della pubblicazione/trasparenza fosse stata espletata.

Nel caso di specie – *ante* decreto trasparenza – si è annotato che ai sensi dell'art. 1 comma 127 della legge 662/1996 così come modificato **dalla Legge del 24 dicembre 2007, n. 244** a norma del quale *“le pubbliche amministrazioni che si avvalgono di collaboratori esterni o che affidano incarichi di consulenza per i quali è previsto un compenso sono tenute a pubblicare sul proprio sito web i relativi provvedimenti completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell’incarico e dell’ammontare erogato. In caso di omessa pubblicazione, la liquidazione del corrispettivo per gli incarichi di collaborazione o consulenza di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale del dirigente preposto”*.

Secondo il giudice dell'erario *“l’ambito oggettivo di applicazione della norma sanzionatoria appare effettivamente ristretto alla categoria dei rapporti di lavoro autonomi”* anche se, prosegue la sentenza la *“responsabilità amministrativa prevista dalla normativa richiamata, in quanto sanzionatoria, non implica necessariamente la sussistenza di un danno patrimoniale”*.

Per ciò stesso ne deriva che, *“ai fini dell’accertamento della sussistenza di tale specifica ipotesi di responsabilità amministrativa non occorre verificare la sussistenza di un danno ingiusto risarcibile, quanto piuttosto accertare la mera violazione del precetto previsto dalla legge, oltre, ovviamente, l’elemento psicologico”*. L’epilogo della sentenza, come annotato, ha visto la condanna del responsabile del servizio finanziario con *“sanzione”* ridotta per effetto del vantaggio che l’ente ha ottenuto dallo svolgimento dell’incarico.

Dalla stessa sentenza di condanna emerge che oggetto di pubblicazione/trasparenza sono gli incarichi che possono essere **ascritti alla categoria dei rapporti di lavoro autonomo** e pertanto, in sostanza, quelli riconducibili all’articolo 7 del decreto legislativo 165/2001.

In specie si fa riferimento alle fattispecie previste nel comma 6 dell’articolo citato a memoria del quale – secondo l’attuale versione più volte modificata – agli *“incarichi individuali”* assegnati *“con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria (6)”*.

---

(6) Lo stesso comma 6 contempla la possibilità di deroga alla esperienza universitaria *“in caso di stipulazione di contratti di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell’arte, dello spettacolo dei mestieri artigianali o dell’attività informatica nonché a supporto dell’attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore”*.

Le ragioni sottese alla necessità di trasparenza (e quindi di un controllo sociale) si possono evincere anche dalla rigorosissime condizioni che legittimano questo tipo di incarichi.

In questo senso – secondo la modifica apportata dalla legge 228/2012 – all'amministrazione è consentito il conferimento degli incarichi predetti solo se "l'oggetto della prestazione" corrisponda "alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente".

A tal fine, "l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata e "devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico".

Per completezza, sempre lo stesso comma – nell'inciso conclusivo – a sottolineare la necessità di cautela e che si proceda solo in presenza di esigenze effettive non altrimenti risolvibili, si puntualizza che "il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. (...) Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-quater".

Risulta poi di fondamentale importanza il comma 6-bis dell'articolo 7 del decreto legislativo 165/2001 a memoria del quale "**le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione**".

In tema, occorre riportare anche le più recenti riflessioni rese – secondo un orientamento costante – dalla sezione regionale della Lombardia con il parere n. 178/2014 in cui – pur in relazione ad una richiesta di parere che chiarisse la distinzione tra appalto di servizi ed incarichi di collaborazione – i giudici puntualizzano, in relazione all'obbligo appena riportato contenuto nel comma 6-bis che, tale vincolo "è considerato dalla giurisprudenza amministrativa **un adempimento essenziale** per la legittima attribuzione di incarichi di collaborazione (T.A.R. Puglia n. 494/2007). Infatti, l'affidamento di incarichi di consulenza e/o di collaborazione da conferire a soggetti esterni alla

**Pubblica amministrazione non può prescindere dal preventivo svolgimento di una selezione comparativa adeguatamente pubblicizzata” (Cons. Stato, sent. 28 maggio 2010, n. 3405)”** oltre ai predetti obblighi di trasparenza ex articolo 15 del decreto legislativo 33/2013.

Sono poi fondamentali i richiami ai contenuti dell'atto dell'incarico e le condizioni legittimanti l'azione amministrativa.

In questo senso, si puntualizza che *“l'atto di incarico deve contenere la determinazione preventiva, oltre che del luogo, dell'oggetto e del compenso della collaborazione, anche della durata. La prestazione deve infatti avere ad oggetto un periodo di tempo definito. I contratti di collaborazione (ex art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001) devono infatti avere “natura temporanea, in quanto conferiti allo scopo di sopperire ad esigenze di carattere temporaneo per le quali l'amministrazione non possa oggettivamente fare ricorso alle risorse umane e professionali presenti al suo interno. Al riguardo, infatti, l'indirizzo giurisprudenziale prevalente in materia considera l'incarico di collaborazione coordinata e continuativa non rinnovabile e non prorogabile, se non a fronte di un ben preciso interesse dell'Amministrazione committente, adeguatamente motivato ed al solo fine di completare le attività oggetto dell'incarico, limitatamente all'ipotesi di completamento di attività avviate contenute all'interno di uno specifico progetto” (delibera n. SCCLEG/1/2012/PREV del 13 gennaio 2012; sul punto si veda anche Lombardia/534/2012/IADC)”*.

Inoltre *“la necessità di ricorrere ad un incarico di collaborazione di tipo coordinato e continuativo, (...) deve costituire un rimedio eccezionale per far fronte ad esigenze peculiari, per le quali l'Amministrazione necessita dell'apporto di specifiche competenze professionali esterne, in quanto non rinvenibili al suo interno” (Sezione Centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, delibera n. SCCLEG/1/2012/PREV del 13 gennaio 2012)”*.

Questo perché, la pubblica amministrazione *“non può fare ricorso all'affidamento di incarichi a soggetti estranei per lo svolgimento di funzioni ordinarie, attribuibili a personale che dovrebbe essere previsto in organico, altrimenti questa esternalizzazione si tradurrebbe in una forma atipica di assunzione, con conseguente elusione delle disposizioni in materia di accesso all'impiego nelle Pubbliche amministrazioni, nonché di contenimento della spesa di personale (Sezione Centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, delibera n. SCCLEG/1/2012/PREV del 13 gennaio 2012)”* e – come già rilevato - *“ai sensi dell'art. 7, comma 8, del d.lgs. n. 165/2001 il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti”*.

Con più specifico riferimento alla normativa contenuta nel decreto legislativo 33/2013 la stessa autorità anticorruzione (ANAC) nei suoi numerosi quesiti ha chiarito che “*qualora gli enti*” omettessero “*di pubblicare gli estremi degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti estranei alla pubblica amministrazione e di collaborazione e consulenza a soggetti esterni a qualsiasi titolo per i quali è previsto un compenso, il pagamento del corrispettivo al soggetto incaricato esterno all’amministrazione determina la responsabilità del dirigente che l’ha disposto, accertata all’esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario*”.

## 5. Le conseguenze della mancata centralizzazione

Si è rilevato che la norma in commento, a differenza della previsione originaria contenuta nel d.l. 66/2014, con la conversione in legge 89/2014 si è arricchita di una sanzione esplicita oltre alla paventata illegittimità in caso di violazione della disposizione.

A ben vedere, l’eventuale violazione della norma determina vizio di legittimità per incompetenza proprio perché il comune obbligato – salvo le ripetute eccezioni – perde la prerogativa di svolgere un procedimento di acquisizione autonomo.

La sanzione, però, di maggior rilievo è quella che impedisce di ottenere il CIG. È chiaro che senza il codice identificativo di gara non si può ossequiare la disciplina in materia di tracciabilità dei pagamenti di cui alla legge 136/2010 con le conseguenti sanzioni di cui all’articolo 3, commi 8, 9 e 9-bis che evidenzino le conseguenze di tipo civilistico.

Tra queste, la nullità del contratto o la sua risoluzione e sanzioni amministrative a carico del soggetto inadempiente.

Di seguito si riportano le norme richiamate

**Commi 8, 9, 9-bis dell’articolo 3 della legge 136/2010 come modificati  
(i commi 8 e 9-bis) dalla legge 217/2010, art. 7, comma 1**

*8. La stazione appaltante, nei contratti sottoscritti con gli appaltatori relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1, inserisce, a pena di nullità assoluta, un’apposita clausola con la quale essi assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla presente legge. L’appaltatore, il subappaltatore o il subcontraente che ha notizia dell’inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria di cui al presente articolo ne dà immediata comunicazione alla stazione appaltante e alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l’amministrazione concedente.*





*9. La stazione appaltante verifica che nei contratti sottoscritti con i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1 sia inserita, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale ciascuno di essi assume gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla presente legge.*

*9-bis. Il mancato utilizzo del bonifico bancario o postale ovvero degli altri strumenti idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni costituisce causa di risoluzione del contratto.*

Dalle stesse FAQ dell'autorità anticorruzione (sul sito) emerge che anche la stessa legge 136/2010 impone l'acquisizione del CIG.

Ciò è quanto si può leggere in relazione alla necessità di acquisire comunque il CIG – per assicurare gli adempimenti sulla tracciabilità – anche per i contratti stipulati anteriormente se non hanno esaurito i propri effetti alla data di scadenza del periodo transitorio ( il 180° giorno dalla data di entrata in vigore della legge n. 217/2010 di conversione del decreto legge n. 187/2010) .

Alle conseguenze civilistiche si devono aggiungere, naturalmente, quelle di tipo contabile e disciplinare. Si pensi alla circostanza della nullità del contratto ed ai pagamenti comunque effettuati.

Ecco perché sotto il profilo dell'azione amministrativa, il CIG (o il riferimento al CUP) deve emergere già dall'oggetto della determinazione a contrattare e nelle successive liquidazioni. Ed il responsabile dei servizi finanziari è tenuto anche ad effettuare questo riscontro eventualmente evidenziando la carenza al RUP e non procedendo con il pagamento.

Pagamento che implica il ricevimento della fattura che esige – tra gli altri –l'indicazione da parte dell'aggiudicatario del CIG.

Pertanto, se è imperdonabile il RUP che avviasse una procedura senza CIG è altrettanto grave il comportamento dell'appaltatore che partecipa ad una competizione senza interrogarsi sulla omissione.

Le conseguenze in parola (la nullità del contratto stipulato senza che a monte sia stato richiesto ed ottenuto il CIG) sono state ribadite in tempi recentissimi da parte dell'ANAC con la comunicazione del presidente del 10 novembre 2015 in cui si legge che “*stante quanto sopra premesso, in osservanza del vigente disposto dell'art. 33 comma 3-bis, a decorrere dal 1° novembre 2015 il CIG non è più rilasciato ai responsabili del procedimento che non dichiarino espressamente di trovarsi in una delle condizioni ammesse dalle sopra richiamate disposizioni, e segnatamente il CIG non è più rilasciato:*

*1) a tutti i Comuni non capoluogo di provincia che procedono all'acquisto di lavori, servizi e forniture in violazione degli obblighi di centralizzazione/ aggregazione previsti dal comma in questione per importi superiori a 40.000 euro; 2) ai soli Comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti che procedono all'acquisto di lavori, servizi e forniture in violazione degli obblighi di*

*centralizzazione/aggregazione previsti dal comma in questione per importi inferiori a 40.000 euro”.*

A ben vedere, la previsione contenuta nel comma 3-bis dell'articolo 33 del codice dei contratti appare addirittura più ampia e, sia consentito, addirittura tale da ricomprendere ipotesi non oggetto di diretta considerazione. L'effetto in parola si ottiene se si collega l'impossibilità di ottenere il CIG non solo nel caso in cui non si proceda con l'ossequio all'obbligo della centralizzazione ma, evidentemente, anche nel caso in cui si operasse al di fuori della alternativa (solo teorica) in relazione alla possibilità di acquisire beni e servizi nel mercato elettronico (o nel mercato delle convenzioni).

A differenza di quanto sostenuto dall'ANAC nella determinazione n. 11/2015, il CIG non dovrebbe essere rilasciato neppure nel caso in cui il comune – visto che di questi enti in questo momento si tratta ma la considerazione potrebbe essere estesa ad ogni stazione obbligata ad utilizzare il MePa o altra forma di mercato elettronico – intenda procedere ad un acquisto extra mercato elettronico nel caso di prezzo più basso declinato in vetrina. Come noto, la possibilità di derogare al mercato elettronico è ammessa solamente in due casi residuali ovvero nel caso in cui il bene/servizio non sia proprio presente nella vetrina o diverga in modo tale che, se acquisito, non riuscirebbe a soddisfare le pretese della stazione appaltante.

Che l'obbligo dell'acquisizione in ambito sotto soglia (ora fino a 207 mila euro, dal 1° gennaio 2016, 209 mila euro per i settori ordinari come previsto dal recente Regolamento della Commissione europea del 24/11/2015 n. 2015/2170) di beni e servizi sia effettivo e non rimesso ad ulteriori indagini oltre quelle da esperirsi nell'ambito del mercato virtuale, lo conferma proprio la prevista franchigia di mille euro – di cui al d.d.l. di stabilità per il 2016 – che, pertanto, consentirà l'esperimento di procedimenti tradizionali fuori dal mercato elettronico e quindi anche la ricerca ulteriori di preventivi economicamente più vantaggiosi.

## Capitolo 5

# La costituzione della centrale unica in unione di comuni

### 1. Premessa

In questo capitolo si cercherà di analizzare da un punto di vista pratico la soluzione che – a parere di chi scrive – appare essere quella più naturale per ossequiare gli obblighi della centralizzazione dei procedimenti di acquisto non solo per gli enti al di sotto dei 5 mila abitanti – per cui insiste uno specifico obbligo di associare le 9 funzioni fondamentali – ma anche per i comuni di maggiori dimensioni per i quali, la stessa legislazione regionale, prevede – se non obblighi di associare le funzioni – , comunque l'obbligo di aderire in unione di comuni.

Se l'unione dei comuni è già stata costituita, risulta francamente delicato – sotto il profilo tecnico – comprendere perché nel nuovo ente non possano anche centralizzarsi i procedimenti di appalto.

Le difficoltà possono essere determinate (si allude evidentemente a questioni di tipo tecnico/operativo), come spesso si evidenzia, dalla carenza di risorse umane. Ora deve essere chiaro che la decisione di realizzare una stazione unica – che per semplicità può essere paragonata ad una partizione dell'organizzazione (un servizio) che si occupa solamente dell'espletamento delle gare dall'appalto per i comuni richiedenti – non necessariamente determina un risparmio di risorse umane quale automatica conseguenza della c.d. specializzazione di funzioni. È chiaro che una stazione unica che si occupa di una moltitudine di appalti, in primo luogo, deve essere *pensata* considerando il carico di lavoro e la dotazione organica necessaria. Non è ipotizzabile considerare la questione della centralizzazione dei procedimenti di gara come un mero adempimento burocratico da assegnare ad un dirigente/responsabile.

Il problema della dotazione organica si pone come minore intensità nel caso in cui i comuni abbiano – nel caso di enti di minori dimensioni – deciso di associare le funzioni (o alcune di queste) perché, evidentemente, l'associazione implica l'obbligo di trasferire anche le risorse umane che di quelle funzioni si occupavano e, pertanto, in presenza di risorse umane che magari si sono già occupate anche di appalti si tratta di un semplice problema di tipo organizzativo. Verrà individuato un servizio specifico che procederà agli appalti con il personale già assegnato all'unione.

Nel caso appena sintetizzato, ovvero in cui il procedimento contrattuale risulti innestato pressoché completamente in seno all'unione è chiaro che questo si svolgerà interamente in questa stazione appaltante nelle sue tre fasi sostanziali e quindi sia nella fase di programmazione della gara (redazione delle schede tecniche, capitolati di gestione e similari), sia nella fase pubblicitica (e quindi la redazione del bando o atto omologo, la tenuta della gara, l'aggiudicazione definitiva) ed infine la stessa parte civilistica della procedura e quindi la stipula del contratto, l'esecuzione e via discorrendo fino alla conclusione del contratto e/o all'attivazione di eventuali opzioni.

Se, ovviamente, l'appalto esperito riguarda un servizio associato. In questo caso, non si pongono neppure problemi particolari di programmazione e/o di individuazione delle figure *dominus* del procedimento dal RUP, al direttore dei lavori o (nei servizi e nelle forniture) del direttore dell'esecuzione.

La questione potrebbe cominciare a complicarsi nel caso in cui l'appalto demandato alla stazione unica appaltante, da un comune aderente all'unione medesima, non riguardi un servizio associato in unione ma un servizio che è rimasto in capo al comune aderente.

## **2. La frammentazione del procedimento amministrativo contrattuale**

Nel caso appena accennato si pone una questione prioritaria – con quella del reperimento delle risorse umane e finanziarie che devono essere chiaramente esplicitate nella convenzione di costituzione/adesione alla stazione unica costituita in unione di comuni – relativa alla chiara disciplina del procedimento amministrativo contrattuale tenendo bene a mente le varie fasi della procedura al fine della chiara esplicitazione dei compiti dell'ente aderente e degli atti che questo deve produrre e trasmettere al responsabile della stazione appaltante unica e gli atti di quest'ultima compresa la "restituzione" una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

Non solo, momento altrettanto rilevante – anche questo da specificare in modo chiaro nella convenzione – è quello degli atti/clausole/disposizioni della legge speciale di gara che devono essere concertati. Si pensi per tutti alla procedura di gara ed al criterio di aggiudicazione. Già si anticipa che una modalità che consenta di evitare ogni tipo di problematica è quella di attribuire le competenze in relazione agli atti da compiere. Pertanto il bando o la lettera di invito dovrà essere predisposto/a direttamente da chi fa la gara e quindi dalla stazione unica ma ciò potrebbe non risolvere ogni tipo di controversia. La stessa redazione del capitolato tecnico non può non ritenersi –

almeno informalmente – oggetto di interventi concertati tra ente richiedente e stazione unica (il personale di questa).

Aspetti questi che devono essere disciplinati nella convenzione. In relazione a quanto deve essere chiarita quindi la fase di competenza, ovvero se l'ente aderente/richiedente si debba o meno occupare della redazione degli atti propedeutici ad esempio del capitolato/schede tecniche e/o altri atti tecnici oppure se tale atti debbano essere redatti dalla stazione unica.

La frammentazione del procedimento amministrativo in argomento implica poi una cura particolare nei soggetti responsabili che delle varie fasi si devono occupare tanto nell'ente aderente tanto nella stazione unica appaltante. Da ciò deriva la necessità di nominare un RUP anche nell'ente che richiede l'appalto e non può escludersi – come anche sostenuto dall'ANAC con la determinazione n. 11/2015 – che tale responsabile unico possa svolgere tale funzione, oltre che nella fase propedeutica alla gara vera e propria – , anche nel momento pubblicistico fino all'aggiudicazione definitiva condotta dalla stazione in unione.

Una soluzione di questo tipo faciliterebbe uno svolgimento ordinato quasi fisiologico dei procedimenti di gara evitando fraintendimenti e, soprattutto, assicurando unicità di responsabilità per atti compiuti e/o presidiati da soggetti diversi. Sembra piuttosto evidente che se il RUP dell'ente aderente – richiedente l'appalto – venisse nominato anche come RUP della procedura di gara da espletarsi presso la stazione unica si assicurerebbe una unicità di procedimento che consentirebbe di prevenire e/o risolvere in modo più tempestivo eventuali problematiche relative alla procedura. Quanto meno si guadagna in tempestività dell'azione amministrativa ed, in ogni caso, una soluzione di questo tipo si configura sicuramente come quella determinata da buon senso.

Nel prosieguo si analizzeranno le diverse ipotesi di frammentazione del procedimento e le soluzioni che possono essere adottate.

### 3. L'accorpamento dei procedimenti di acquisto in unione di comuni

Come si è rilevato l'inciso iniziale del comma 3-bis dell'articolo 33 del codice dei contratti puntualizza in modo perentorio che *“i Comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province”*.

Il primo riferimento, pertanto, è all'unione dei comuni se esistente che, collegato ai comuni che hanno aderito o che hanno costituito l'unione – ad eccezione del comune capoluogo –, deve procedere agli acquisti di beni, servizi e lavori.

Quindi, è l'unione che deve procedere agli acquisti per i comuni in associazione. L'obbligo, come si evince dalla lettera della norma è quella di accorpate le procedure di acquisto ovvero i procedimenti di gara.

L'inciso sopra riportato non può leggersi che nel senso che i comuni già in unione "procedono" all'acquisto attraverso l'ente a cui hanno aderito o che hanno contribuito a costituire.

Pertanto, si ritiene che i comuni già in unione prioritariamente – a differenza di quanto sostenuto dall'ANAC – debbano procedere secondo l'ente che hanno costituito.

Trovarsi in unione, evidentemente, può non essere sufficiente se non sono stati associati tutti i servizi. È chiaro che in relazione agli appalti dei servizi rimasti nei comuni aderenti si impone l'obbligo della centralizzazione della procedure di acquisto.

Secondo l'ANAC – con la determinazione n. 3/2015 – in relazione alla possibilità o meno di un comune con meno di 10 mila abitanti di avvalersi di due differenti stazioni uniche per gli acquisti *infra* 40 mila euro e quelli di importo superiore ha precisato che *"laddove non siano praticabili soluzioni alternative, tenuto conto dei vincoli posti dall'art. 32 comma 2, d.lgs. 267/2000, a tenore del quale «ogni comune può far parte di una sola unione di comuni...», non si ravvisano motivi ostativi di procedere come sopra indicato, dal momento che ciò che la norma sicuramente vieta è la possibilità di acquisto in completa autonomia da parte del singolo comune"*.

Le esigenze che possono portare alla necessità di aderire a due centri differenti (uno sicuramente diverso dall'unione dei comuni) non può che essere oggettiva – a parere di chi scrive – e determinata, a titolo esemplificativo, dalla impossibilità, per carico di lavoro, di espletare nei termini necessari un particolare appalto. In questo caso, evidentemente, il comune ben potrà rivolgersi ad altro ufficio provinciale o ad un soggetto aggregatore.

Il secondo inciso relativo all'accordo tra i comuni soggetti all'obbligo può essere inteso come enti che aderiscono alla stazione unica già realizzata in una unione di comuni oppure come convenzione che richiede il servizio di espletamento della gara ad un ufficio provinciale.

Anche in queste due differenti ipotesi si tratterà di comprendere ruoli e compiti dell'ente aderente – e quindi, semplificando, quali atti questo debba compiere (il RUP ed il responsabile del servizio di questo ente) – e quali il

soggetto che riceve la richiesta (e quindi il responsabile di servizio dell'ente che poi dovrà bandire la gara).

#### **4. La stazione appaltante unica in unione di comuni per l'espletamento delle gare d'appalto**

Si è rilevato che la situazione più delicata che esige una attenzione particolare ed una declinazione precisa della disciplina da introdurre nella convenzione tra gli enti aderenti per la realizzazione della stazione unica è data dal caso – che potrebbe riguardare soprattutto gli enti con più di 5 mila abitanti che non hanno l'obbligo di associare le funzioni – in cui il procedimento di acquisto risulti effettivamente frazionato tra diversi soggetti e diversi enti nelle sue diverse fasi che possiamo, per semplificare, identificare nella fase della programmazione delle acquisizioni, della predisposizione degli atti tecnici dell'acquisizione e/o gestione del servizio, della gara vera e propria (o fase pubblicistica) e della fase c.d. civilistica o esecutiva del contratto. Infine, potrebbe – per completezza – essere individuata una ulteriore sub-fase relativa alla prosecuzione del contratto in presenza di opzioni tecniche di durata (a cui corrisponderà, evidentemente, una successiva sub-fase di tipo civilistico che conduce alla conclusione – definitiva – del contratto.

##### **4.1 La richiesta (alla stazione unica) di prorogare il contratto in scadenza**

È bene non sottovalutare alcune questioni che si possono porre relativamente a provvedimenti di carattere d'urgenza necessari per la prosecuzione delle prestazioni per motivazioni che escludono la possibilità – in modo oggettivo – di poter procedere con la gara secondo la sua classica forma ad evidenza pubblica. Si pensi agli atti classici delle proroghe nelle more della predisposizione della nuova gara nel caso in cui questa non sia stata prevista negli atti dell'appalto. È del tutto ovvio che la circostanza in esame si risolve sicuramente in un affidamento diretto sia pur temporaneo secondo la disciplina della procedura negoziata ai sensi dell'articolo 57 del codice dei contratti (art. 1, lett. c)).

Anche in questo caso, trattandosi di un nuovo appalto, la proroga “tecnica” non può che essere adottata dal responsabile del servizio della stazione appaltante unica e non dall'ente richiedente. Per la particolarità dell'affidamento, francamente, non dovrebbe essere neppure configurabile una richiesta dell'ente aderente alla stazione unica di procedere ad un “affidamento

diretto” dovendo, la procedura di aggiudicazione essere decisa dal RUP della stazione unica.

Questo, soprattutto tenendo a mente il consolidato orientamento fortemente limitativo delle procedure in deroga e, soprattutto, chiaramente consolidato nell'esigere circostanze oggettive per poter legittimare il procedimento.

Da ultimo, in questo senso il **Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza del 6 maggio 2015 n. 2272** in cui si è puntualizzato che secondo l'indirizzo giurisprudenziale consolidato la procedura di scelta del contraente prevista dall'art. 57 del d.lgs. n. 163 del 2006, sostanziandosi in una vera e propria trattativa privata, deve essere considerata **di carattere eccezionale, in quanto determina una menomazione (necessitata, in quanto imposta dalla situazione contingente) ai fondamentali principi generali di pubblicità e di massima concorsualità possibile delle procedure aperte.**

La procedura negoziata, pertanto risulta utilizzabile solo in quelle peculiari situazioni in cui l'estrema urgenza di provvedere, **risultante da eventi “imprevedibili per le stazioni appaltanti e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili, anche per ritardo di attivazione dei procedimenti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva e in particolare, per quanto riguarda l'urgenza di provvedere, essa non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità (ex multis, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997; 30 aprile 2014, n. 2255; 2 novembre 2011, n. 5837; 10 novembre 2010, n. 8006)”**.

Pertanto, è del tutto evidente che nella determinazione con cui l'ente richiedente assume l'impegno di spesa **non potrà essere richiesto alla stazione unica di procedere con un affidamento urgente in proroga tecnica ma, l'impegno riguarderà l'appalto – e quindi il fabbisogno – nel suo complesso**, le esigenze di celerità e tempestività dovranno essere rese note al RUP della stazione unica che valuterà le condizioni oggettive eventualmente determinandosi anche con una procedura negoziata che non potrà mai essere pretesa dall'ente richiedente proprio perché implica una valutazione attenta sul legittimo esperimento.

Si deve rilevare che la convenzione tipo elaborata dall'ANCI (art.7) prevede invece che la procedura negoziata possa essere richiesta direttamente dal comune richiedente la prerogativa.



In questo senso, il comma 1, dell'articolo 7, prevede che *“qualora sussistano i presupposti per l'affidamento di lavori, servizi o forniture di beni mediante ricorso alla procedura negoziata, il singolo Comune associato che necessiti dell'acquisizione adotta specifica determinazione a contrarre, con adeguata motivazione delle ragioni determinanti l'utilizzo della particolare procedura e la trasmette all'Ufficio comune / all'ente capofila operante come Centrale unica di committenza per lo svolgimento delle relative attività connesse all'affidamento”*.

Nell'ipotesi in parola, prosegue il comma II, *“il singolo Comune associato può richiedere la collaborazione dell'Ufficio comune / dell'ente capofila operante come Centrale unica di committenza per la valutazione dell'effettiva sussistenza dei presupposti per il ricorso alla procedura negoziata” e “l'ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza può evidenziare al singolo Comune associato che ha deciso di ricorrere alla procedura negoziata eventuali criticità o illegittimità inerenti i presupposti per l'utilizzo della particolare modalità di acquisizione di lavori, servizi o beni, al fine di consentire allo stesso di operare correttivi o eventualmente in autotutela”* <sup>(1)</sup>.

Una disposizione del tipo appena riportato, pur autorevolissima, non si condivide in quanto chiaramente foriera di problematiche.

Si pensi, solamente alla divergenza di opinioni tra il RUP del comune richiedente l'affidamento che ha necessità di una celere prosecuzione delle prestazioni ovvero di avere le prestazioni senza soluzione di continuità che – per evitare detrimento all'azione amministrativa e nonostante l'assenza delle condizioni legittimanti – avrebbe effettuato immediatamente l'affidamento diretto e la possibile diversa posizione del RUP della stazione appaltante unica dell'unione dei comuni che, per formazione, sensibilità giuridica (posizione diversa rispetto alla responsabilità determinata da una non corretta gestione della tempistica di contratto) ritiene che le condizioni legittimanti la proroga tecnica non siano ravvisabili secondo quanto declinato dalla norma dell'articolo 57 codice dei contratti appena riportato.

Sembra logico pertanto, e questo introduce l'argomento della programmazione, che l'adesione ad una stazione appaltante unica per l'espletamento dei procedimenti di acquisto, responsabilizza maggiormente anche il RUP del comune richiedente la gara.

---

<sup>(1)</sup> I commi 4 e 5 della convenzione dell'ANCI proseguono richiamando le procedure negoziate e/o le procedure in deroga/informali, come il cottimo fiduciario.

Quest'ultimo – ed anche questo aspetto deve risultare chiaramente declinato nella convenzione di costituzione della centrale – deve attentamente verificare le scadenze contrattuali e la questione delle risorse necessarie per la prosecuzione della fornitura e/o del servizio. Aspetti quali la carenza di risorse finanziarie che possono essere anche alla base di ulteriori ritardi che precludono la possibilità di bandire una gara d'appalto secondo tempi ordinari. Sul punto si tornerà ampiamente quando verrà considerata la questione della base d'asta. La base d'asta non potrà che essere oggetto almeno di un confronto tra il RUP che richiede la gara ed il RUP che materialmente dovrà occuparsi della competizione (sempre che i soggetti in questione, evidentemente, non coincidano).

Si pensi al caso che la base d'asta individuata dall'ente richiedente non venga ritenuta adeguata dal soggetto che poi si occuperà della fase pubblicitica e quindi della gara vera e propria. Si tratta pertanto, con altri, di aspetti che devono avere necessariamente un concerto ed una previa condivisione per evitare ritardi e/o lungaggini nell'espletamento della procedura.

## **5. La fase della programmazione delle acquisizioni**

Se la stazione unica viene realizzata per lo svolgimento della gara, è fuori di dubbio, che la programmazione delle acquisizioni beni/servizi e la programmazione obbligatoria dei lavori – nella declinazione triennale/annuale – compete (così come l'approvazione dei livelli di progettazione) al comune richiedente. Nel caso in cui, invece, i servizi o se si preferisce le funzioni sono state associate, anche questa fase propedeutica – come si vedrà essenziale – verrà espletata direttamente in unione di comuni.

Nella prima ipotesi, che qui interessa, dato che rappresenterebbe la normalità ed è la più articolata, tralasciando la programmazione dei lavori pubblici ben chiaramente delineata dall'ordinamento giuridico degli appalti e dalla – in certi casi – legislazione regionale, è piuttosto interessante la questione della programmazione delle acquisizioni di beni e servizi alla luce della prevista modifica innestata nel d.d.l. di stabilità 2016 che abroga rilevanti norme in tema contenute nel regolamento attuativo del codice degli appalti.

Una delle tematiche da chiarire è se nella programmazione debba essere compresa anche quella relativa agli appalti esclusi. Soprattutto alla luce della nota riflessione giuridica secondo cui ogni norma non espressamente richiamata – al di là della stretta previsione contenuta nell'articolo 20 del codice – non si applica automaticamente agli appalti dell'allegato II b.

Chi scrive ritiene che tali appalti debbano essere comunque inseriti nella programmazione e che, anzi, proprio da una adeguata programmazione di questi non possano che derivare rilevanti benefici tecnico/amministrativi.

### **5.1 Le modifiche in tema di programmazione dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi**

L'attuale disciplina della programmazione degli acquisiti di beni e servizi – contenuta nel comma 271 del regolamento attuativo del codice degli appalti – come noto, è prevista come mera facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici, basata sul periodo dell'anno e tarata – a grandi linee – sulla programmazione dei lavori pubblici che, invece, è obbligatoria.

La scarsa considerazione in cui è tenuta la programmazione degli acquisti di beni e servizi – da parte dello stesso legislatore – emerge in modo evidente anche dalle nuove disposizioni in tema di contabilità armonizzata previste dai nuovi principi contabili e dal decreto legislativo 126/2014 e dal t.u. degli enti locali decreto legislativo 267/2000 ed in particolare dalla disciplina del documento unico di programmazione (art. 170 del t.u.) che sostituisce la relazione previsionale e programmatica e contiene semplificando le linee strategiche dell'amministrazione ed i principali documenti in passato allegati al bilancio.

Nel caso di specie, mentre il piano triennale ed annuale dei lavori pubblici deve convogliare all'interno del documento unico nulla si evidenzia in relazione all'eventuale programma delle acquisizioni di beni e servizi. Ora, è del tutto logico che l'eventuale redazione del piano – considerato che a tutt'oggi, com'è detto è programmazione facoltativa – dovrà essere inserita nel documento unico della programmazione che deve essere approvato dalla giunta comunale e presentato in consiglio comunale.

Presentazione, che per il 2015 (per il bilancio del 2016/17/18), deve avvenire – secondo recente deliberazione della conferenza Stato/regioni entro il 31 dicembre 2015 (per effetto della posposizione dal 31 ottobre) – mentre, per gli anni a venire, il DUP dovrà essere presentato in consiglio entro il 31 luglio <sup>(2)</sup>.

La scarsa considerazione è destinata a venire meno considerate le previste modifiche nel d.d.l. di stabilità che introduce in relazione a certe soglie l'obbligo della redazione del programma di acquisiti di beni e servizi.

---

<sup>(2)</sup> In tema, e più in generale sui nuovi compiti ed atti della contabilità armonizzata, sia consentito rinviare a S. USAI, *Il responsabile del servizio e il PEG*, Maggioli, 2015.

Il predisponendo testo della nuova legge di stabilità prevede la soppressione dell'attuale norma che si occupa di programmazione dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi. Sotto si riporta il testo dell'articolo 271 del regolamento attuativo del codice a confronto con la nuova disposizione (che non viene innestata nella norma in parola).

<b>Art. 271. Programmazione dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi</b>	<b>Comma 273, articolo 1 del maxiemendamento approvato il 20 novembre 2015 dal Senato</b>
<p>1. Ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 128, commi 2, ultimo periodo, 9, 10 e 11, del codice e all'articolo 13, commi 3, secondo e terzo periodo, e 4, del presente regolamento.</p> <p>2. Il programma è predisposto nel rispetto dei principi generali di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, in conformità delle disposizioni del codice e sulla base del fabbisogno di beni e servizi definito dall'amministrazione aggiudicatrice tenendo conto dell'ordinamento della stessa e della normativa di settore ove vigente.</p> <p>3. Il programma individua l'oggetto, l'importo presunto e la relativa forma di finanziamento. Con riferimento a ciascuna iniziativa in cui si articola il programma annuale, l'amministrazione provvede, nel corso dell'esercizio, alla verifica della fattibilità tecnica, economica ed amministrativa.</p> <p>4. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia predisposto il programma di cui al presente articolo, rimane salva la possibilità di avviare procedimenti per l'acquisizione di beni e servizi non previsti in caso di urgenza risultante da eventi imprevisi o imprevedibili in sede di programmazione.</p>	<p>273. Al fine di favorire la trasparenza, l'efficienza e la funzionalità dell'azione amministrativa, le amministrazioni pubbliche approvano, entro il mese di ottobre di ciascun anno, il programma biennale e suoi aggiornamenti annuali degli acquisti di beni e di servizi di importo stimato superiore a 1 milione di euro. Il programma biennale, predisposto sulla base dei fabbisogni di beni e servizi, indica le prestazioni oggetto dell'acquisizione, la quantità, ove disponibile, il numero di riferimento della nomenclatura, le relative tempistiche. L'aggiornamento annuale indica le risorse finanziarie relative a ciascun fabbisogno quantitativo degli acquisti per l'anno di riferimento. Il programma biennale e gli aggiornamenti sono comunicati alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, nonché pubblicati sul profilo del committente dell'amministrazione e sul sito informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture presso l'Autorità nazionale anticorruzione. La violazione delle previsioni di cui ai precedenti periodi è valutabile ai fini della responsabilità amministrativa e disciplinare dei dirigenti, nonché ai fini dell'attribuzione del trattamento accessorio collegato alla performance. Le acquisizioni non comprese nel programma e nei suoi aggiornamenti non possono ricevere alcuna forma di finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni. Sono fatte salve le acquisizioni imposte da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le acquisizioni di pendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari.</p>



Art. 271. Programmazione dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi	Comma 273, articolo 1 del maxiemendamento approvato il 20 novembre 2015 dal Senato
5. Le amministrazioni aggiudicatrici che non sono tenute a predisporre un bilancio preventivo possono approvare il programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi con modalità compatibili con la regolamentazione dell'attività di programmazione vigente presso le stesse.	Le amministrazioni pubbliche trasmettono i dati di programmazione di cui ai periodi precedenti al Tavolo tecnico dei soggetti di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, che li utilizza ai fini dello svolgimento dei compiti e delle attività ad esso attribuiti. È abrogato l'articolo 271 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

## 5.2 La nuova programmazione delle acquisizioni di beni e servizi

La disposizione prevista nel d.d.l. di stabilità palese, come si diceva, una maggiore determinazione del legislatore e, soprattutto, appare conciliare le esigenze di semplificazione – rispetto alla programmazione dei lavori pubblici – considerato che l'obbligo ora previsto riguarda oggettivamente la macroprogrammazione che può interessare le amministrazioni aggiudicatrici più grandi e le stesse unioni di comuni in caso di programmazioni aggregate (soprattutto nel caso in cui vengano associate le funzioni).

Dalla lettura del comma 273 del predisponendo testo della legge di stabilità, si legge l'inciso secondo cui ***“Al fine di favorire la trasparenza, l'efficienza e la funzionalità dell'azione amministrativa, le amministrazioni pubbliche approvano, entro il mese di ottobre di ciascun anno, il programma biennale e suoi aggiornamenti annuali degli acquisti di beni e di servizi di importo stimato superiore a 1 milione di euro”***.

Pertanto, viene meno la facoltà di programmare ma, con l'obbligo, viene contingentato l'ambito oggettivo con l'imposizione di una programmazione biennale obbligatorio ma per importi davvero rilevanti. La programmazione viene associata ai canoni di trasparenza, efficienza e funzionalità della pubblica azione e viene definitivamente fissato il momento in cui tale programmazione dovrebbe essere approvata – nel caso dei comuni – dal consiglio comunale.

Come si diceva, la norma risulta totalmente svincolata dai termini previsti per l'approvazione del documento unico di programmazione di cui all'articolo 170 del decreto legislativo 267/2000 prevista, a regime, per il 31 luglio.

Sempre secondo il comma in commento, *“il programma biennale, predisposto sulla base dei fabbisogni di beni e servizi, indica le prestazioni oggetto dell’acquisizione, la quantità, ove disponibile, il numero di riferimento della nomenclatura, **le relative tempistiche**”.*

L’aggiornamento annuale dovrà indicare le risorse finanziarie relative a ciascun fabbisogno quantitativo degli acquisti per l’anno di riferimento.

Inoltre, il programma biennale e gli aggiornamenti sono comunicati alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, nonché pubblicati sul profilo del committente dell’amministrazione e sul sito informatico presso l’Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture presso l’Autorità Nazionale Anti Corruzione.

**A sottolineare l’obbligatorietà, per le soglie predette, della predisposizione della programmazione lo stesso comma in argomento prevede che “la violazione delle previsioni di cui ai precedenti periodi è valutabile ai fini della responsabilità amministrativa e disciplinare dei dirigenti, nonché ai fini dell’attribuzione del trattamento accessorio collegato alla performance”.**

Inoltre, come nell’attuale art. 271 del regolamento attuativo, *“le acquisizioni non comprese nel programma e nei suoi aggiornamenti non possono ricevere alcuna forma di finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni. Sono fatte salve le acquisizioni imposte da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le acquisizioni dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari”.*

È intuibile che eventuali carenze di programmazione verranno necessariamente espletate con il ricorso alle urgenze.

La norma non prevede più la verifica sul mantenimento della fattibilità tecnica ed amministrativa della programmazione invece contemplato al terzo comma dell’articolo 271 ma, ed è evidente, che simili verifiche competono necessariamente al RUP, si potrebbe dire, istituzionalmente come dovere d’ufficio.

Le amministrazioni pubbliche trasmettono i dati di programmazione di cui ai periodi precedenti al Tavolo Tecnico dei Soggetti di cui all’articolo 9, comma 2, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, con legge 23 giugno 2014, n. 89, **che li utilizza ai fini dello svolgimento dei compiti e delle attività ad esso attribuiti.**

Per effetto della nuova disposizione – salvo modifiche future – dal primo gennaio 2016 verrebbe pertanto espunto l’articolo 271 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

### 5.2.1 *Approfondimento operativo sulla redazione della programmazione dell'acquisizione di beni e servizi*

Anche da una semplice lettura dell'attuale testo dell'articolo 271 del regolamento attuativo e della prevista modifica che abrogherebbe la norma a far data dal primo gennaio, emergono alcune questioni operative che, comunque, inducono ad un approccio semplificato soprattutto se posto in rapporto all'obbligatoria programmazione dei lavori pubblici.

Sotto, in relazione ai due testi – quello in vigore e quello probabile a far data dal primo gennaio – si possono fornire ulteriori indirizzi operativi espressi in modo schematico e semplificato

Art. 271 del regolamento attuativo del codice degli appalti (d.P.R. 207/2010)	Aspetti operativi per la redazione del programma
<p>1. Ciascuna amministrazione aggiudicatrice <b>può approvare</b> ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 128, commi 2, ultimo periodo, 9, 10 e 11, del codice e all'articolo 13, commi 3, secondo e terzo periodo, e 4, del presente regolamento.</p>	<p>L' intendimento di approvare un programma di acquisti impone pertanto, in primo luogo, l'individuazione di un soggetto a cui attribuire il procedimento (il soggetto, evidentemente, sarà un dirigente/responsabile del servizio). Questo soggetto opererà da coordinatore nel senso che dovrà richiedere – attraverso un proprio RUP – i vari fabbisogni (con un minimo di motivazione) ai diversi servizi e procedere con la collazione su cui poi dovrà essere verificata la compatibilità monetaria. Quale primo approccio, a parere di chi scrive, la questione può essere anche declinata come obiettivo di <i>performance</i> con indicazione dei criteri di valutazione. Sicuramente dovrà essere indicato un termine entro cui l'atto deve essere presentato in consiglio comunale per l'approvazione. Tale termine non potrà che essere anteriore alla redazione del DUP o inserito direttamente nel documento unico di programmazione come il piano dei lavori pubblici.</p>



Art. 271 del regolamento attuativo del codice degli appalti (d.P.R. 207/2010)	Aspetti operativi per la redazione del programma
<p>2. Il programma è predisposto nel rispetto dei principi generali di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, <b>in conformità delle disposizioni del codice</b> e sulla base del fabbisogno di beni e servizi definito dall'amministrazione aggiudicatrice tenendo conto dell'ordinamento della stessa e della normativa di settore ove vigente.</p>	<p>Il riferimento piano/codice induce a ritenere che lo stesso programma debba avere una indicazione sulle procedure esperibili. Questo lascia intendere, a parere di chi scrive, che all'interno del piano possono essere individuati i beni e servizi da acquisire attraverso le procedure in economia (sia pur attraverso una delle forme di mercato elettronico) e le altre possibilità relative all'escussione del mercato delle convenzioni. Come si è detto, il programma deve tener conto dell'eventuale adesione ad una stazione unica o dell'utilizzo delle alternative. Il programma una volta redatto deve essere pubblicizzato.</p>
<p>3. Il programma individua l'oggetto, l'importo presunto e la relativa forma di finanziamento. Con riferimento a ciascuna iniziativa in cui si articola il programma annuale, l'amministrazione provvede, nel corso dell'esercizio, alla verifica della fattibilità tecnica, economica ed amministrativa.</p>	<p>Il terzo comma si sofferma sulle distinzioni necessarie relative agli importi presunti ed al <i>modus</i> di copertura finanziaria. La disposizione del terzo comma non deve assolutamente essere sottovalutata dal RUP considerato che il programma verrà approvato dal consiglio. Appare inevitabile – soprattutto in una ottica di <i>spending review</i> – che innanzi ad un certo fabbisogno e quindi di prevista spendita di risorse finanziarie vengano chiesti maggiori dettagli dai consiglieri sulle modalità di determinazione delle quantità e sulle indagini di mercato espletate per determinare i prezzi. Pertanto il RUP dovrà essere attentamente preparato e l'atto deve avere i connotati della completezza. In sostanza, la programmazione non solo consente una maggiore attenzione da parte del cittadino/utente della p.a. ma già nel suo interno consentirà una maggior invasività da parte del consesso politico e soprattutto circa la coerenza degli atti di esecuzione adottati dai vari dirigenti responsabili di servizio.</p>





<b>Art. 271 del regolamento attuativo del codice degli appalti (d.P.R. 207/2010)</b>	<b>Aspetti operativi per la redazione del programma</b>
4. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia predisposto il programma di cui al presente articolo, rimane salva la possibilità di avviare procedimenti per l'acquisizione di beni e servizi non previsti in caso di urgenza risultante da eventi imprevisi o imprevedibili in sede di programmazione.	Il quarto comma rappresenta la classica disposizione di chiusura per cui anche in caso di carenza della programmazione l'acquisto non può ritenersi precluso. È necessaria comunque una attenta motivazione della determinazione a contrattare. Determinazione che, ed appare logico, dovrà essere predisposta anche nel caso in cui l'ente utilizzi la stazione unica per l'espletamento dei procedimenti di gara.
5. Le amministrazioni aggiudicatrici che non sono tenute a predisporre un bilancio preventivo possono approvare il programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi con modalità compatibili con la regolamentazione dell'attività di programmazione vigente presso le stesse.	L'ultimo comma riguarda le amministrazioni che non sono tenute a predisporre un proprio bilancio che ben possono predisporre una programmazione degli acquisti.

### 5.2.2 *Aspetti operativi relativi alla modifica prevista nel d.d.l. di stabilità per il 2016*

Si possono già ipotizzare alcune questioni pratiche poste dalla norma del d.d.l. di stabilità che come visto – se confermata – abrogherà a far data dal primo gennaio 2016 l'articolo 271 del regolamento attuativo del codice.

Sotto si riportano i periodi distinti del comma 11 dell'articolo 28 del predisponendo testo della legge di stabilità con alcune indicazioni pratico/operative.

<b>Comma 273, articolo 1, del testo del maxiemendamento approvato il 20 novembre 2015</b>	<b>Prime indicazioni operative per la redazione della programmazione</b>
11. Al fine di favorire la trasparenza, l'efficienza e la funzionalità dell'azione amministrativa, le amministrazioni pubbliche approvano, entro il mese di ottobre di ciascun anno, il programma biennale e suoi aggiornamenti annuali degli acquisti di beni e di servizi di importo stimato superiore a 1.000.000,00 euro.	La norma impone un programma biennale e gli aggiornamenti annuali sulla falsariga dei lavori pubblici (il cui piano è triennale). L'individuazione del termine ha pregio perché da maggiori indicazioni al RUP ma è chiaro – a parere di chi scrive – che la programmazione deve essere predisposta sicuramente prima del 31 luglio ed inserita nel DUP.



<b>Comma 273, articolo 1, del testo del maxiemendamento approvato il 20 novembre 2015</b>	<b>Prime indicazioni operative per la redazione della programmazione</b>
	<p>L'obbligo scatta solo per acquisiti che raggiungano le cifre del milione di euro negli altri casi è solo facoltativo.</p> <p>Il programma redatto, a parere di chi scrive, deve essere trasmesso dopo l'approvazione consiliare al responsabile della stazione unica (in caso di adesione a questa) in modo che questo soggetto possa programmare le gara.</p>
<p>Il programma biennale, predisposto sulla base dei fabbisogni di beni e servizi, indica le prestazioni oggetto dell'acquisizione, la quantità, ove disponibile, il numero di riferimento della nomenclatura, le relative tempistiche.</p>	<p>Il secondo periodo si limita ad indicare il contenuto minimo del programma.</p> <p>La questione dell'indicazione dei tempi di espletamento delle gare diventa effettivamente uno degli aspetti di maggior delicatezza anche perché, una volta fissati nella programmazione, non è detto poi che possano essere rispettati allorquando il comune non capoluogo di provincia richieda l'espletamento della gara alla stazione unica appaltante. Si tratta, evidentemente, di una delle questioni – quello della tempistica – che non può che essere concertata tra i due soggetti giuridici (quello richiedente l'appalto e quello chiamato ad espletarlo).</p> <p>Si tratta di termini che devono essere concertati.</p>
<p>L'aggiornamento annuale indica le risorse finanziarie relative a ciascun fabbisogno quantitativo degli acquisti per l'anno di riferimento.</p>	<p>L'aggiornamento annuale – come per i lavori – ha a che fare con la copertura finanziaria. Questione della copertura che verrà condizionata dalla nuova regola di contenimento destinata per il 2016 a superare le norme sul patto di stabilità con il c.d. principio di equilibrio temperato.</p> <p>È chiaro comunque che anche nel caso di specie valgono del disposizioni declinate al comma 8 dell'articolo 183 del T.U. degli enti locali (decreto legislativo 267/2000) <sup>(3)</sup>.</p>



<sup>(3)</sup> Come noto, ai sensi del comma 8 dell'articolo 183 del decreto legislativo 267/2000 – secondo la stesura modificata dal d. legislativo 216/2014 – dispone che *“al fine di evitare ritardi nei pagamenti e la formazione di debiti pregressi, il responsabile della spesa che adotta provvedimenti che comportano impegni di spesa ha l'obbligo di accertare preventivamente*

<b>Comma 273, articolo 1, del testo del maxi emendamento approvato il 20 novembre 2015</b>	<b>Prime indicazioni operative per la redazione della programmazione</b>
<p>Il programma biennale e gli aggiornamenti sono comunicati alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, nonché pubblicati sul profilo del committente dell'amministrazione e sul sito informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture presso l'Autorità Nazionale Anti Corruzione.</p>	<p>Rispetto all'attuale disposizione è previsto un chiaro percorso di trasparenza, controllo e pubblicità.</p> <p>In particolare, come per i lavori pubblici, viene introdotto l'obbligo della pubblicazione sul sito dell'osservatorio ora presieduto dall'ANAC.</p> <p>La pubblicazione sul sito del profilo committente, allude, anche in tempi di centralizzazione alla pubblicazione sul sito – per quanto riguarda i comuni – della stazione appaltante che, in regime di acquisti telematici, perde, per gli appaltatori, la rilevanza di solleciti di eventuali proposte da inserire nei propri albi dei fornitori fatto salvo, se verrà confermata la modifica, per gli acquisti di importo inferiore ai mille euro che dovrebbero essere esentati dall'obbligo del ricorso al mercato elettronico. È altresì chiaro che la fascia dei 40 mila euro, esente dal primo gennaio per ogni comune non capoluogo di provincia, alimenterà come in passato la richiesta di inserimento in albi di fornitori.</p>



*che il programma dei conseguenti pagamenti sia compatibile con i relativi stanziamenti di cassa e con le regole del patto di stabilità interno; la violazione dell'obbligo di accertamento di cui al presente comma comporta responsabilità disciplinare ed amministrativa. Qualora lo stanziamento di cassa, per ragioni sopravvenute, non consenta di far fronte all'obbligo contrattuale, l'amministrazione adotta le opportune iniziative, anche di tipo contabile, amministrativo o contrattuale, per evitare la formazione di debiti pregressi”.*

<b>Comma 273, articolo 1, del testo del maxi emendamento approvato il 20 novembre 2015</b>	<b>Prime indicazioni operative per la redazione della programmazione</b>
La violazione delle previsioni di cui ai precedenti periodi è valutabile ai fini della responsabilità amministrativa e disciplinare dei dirigenti, nonché ai fini dell'attribuzione del trattamento accessorio collegato alla performance.	Vene inserito l'oramai classico periodo sulle responsabilità a vari livelli in caso di inottemperanza agli obblighi di predisporre il programma di acquisti. Ci sarebbe da chiarire se l'eventuale predisposizione del programma anche al di fuori dell'obbligo in parola – ovvero quando la predisposizione è facoltativa – possa essere invece intesa come performance tale da determinare essa stessa attribuzione di trattamento accessorio. Ciò dovrebbe essere sicuramente vero nel caso in cui la predisposizione del programma venga declinata come obiettivo di risultato per i dirigenti/responsabili di servizio.
Le acquisizioni non comprese nel programma e nei suoi aggiornamenti non possono ricevere alcuna forma di finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni.	Come nell'odierna situazione, il programma vale anche a determinare la misura delle risorse necessarie pertanto la mancata previsione implica l'impossibilità di finanziare l'acquisto
Sono fatte salve le acquisizioni imposte da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le acquisizioni dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari.	Ad eccezione, secondo altra clausola di chiusura, dei casi in cui la mancata acquisizione sia foriera di determinare un detrimento o danno per eventi calamitosi o le acquisizioni siano state previste da disposizioni normative.
Le amministrazioni pubbliche trasmettono i dati di programmazione di cui ai periodi precedenti al Tavolo Tecnico dei Soggetti di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, con legge 23 giugno 2014, n. 89, che li utilizza ai fini dello svolgimento dei compiti e delle attività ad esso attribuiti.	Il comma 2 dell'articolo 9, della legge 89/2014, prevede l'avvio del tavolo dei soggetti aggregatori e, pertanto, l'invio riguarda la tipologia di beni e servizi ed i riferimenti finanziari anche in funzione della determinazione/aggiornamento dei prezzi standard.

### **5.2.3 Aspetti specifici della programmazione dell'acquisizione di beni e servizi in rapporto alla stazione unica**

La circostanza che la programmazione rimanga in capo all'ente aderente alla stazione unica appaltante impone le conseguenze classiche e quindi la

individuazione nomina di uno specifico RUP e la sua stessa approvazione. L'approvazione ed il suo stesso inserimento nel DUP evidenzia anche la necessità – a parere di chi scrive – dell'indicazione, oltre dei dati previsti sia dall'attuale articolo 271 del regolamento sia nella prevista modifica (sempre ammesso che rimanga tale), delle procedure esperibili.

Nel momento in cui il RUP si occupa della programmazione delle acquisizioni di beni e servizi, allo stesso modo ma più semplice nei casi di lavori visto che l'appalto "tradizionale" costituisce l'unica possibilità, deve anche descrivere i procedimenti di acquisizione utilizzabili.

Procedimenti e procedure che variano a seconda che si sia deciso di utilizzare la stazione unica appaltante in modo definitivo oppure se si sia scelto di operare a seconda di esigenze particolari e non innestando la totalità degli acquisti in seno alla stazione unica.

A parere di chi scrive, già in fase di programmazione deve apparir chiaro, considerato che l'atto dovrà essere proposto dalla giunta al consiglio comunale per l'approvazione e deve essere necessariamente corredato dei pareri tecnici e dei pareri contabili (compresi i cronogrammi per gli acquisti) occorrerà soffermarsi sugli oramai (dal primo novembre salvo mutamenti dell'ultima ora), contingentati ambiti operativi.

Pertanto, se l'ente intende acquisire in modo autonomo i servizi/beni del programma dovrà procedere escutendo il mercato delle convenzioni (Consip o altro soggetto aggregatore). Qualora la convenzione non sia disponibile necessariamente occorrerà procedere centralizzando il procedimento in unione oppure richiedendo l'espletamento della gara nelle altre ipotesi del comma 3-*bis* dell'articolo 33 del codice degli appalti.

Nel caso di comuni con più di 10 mila abitanti, nell'ambito dei 40 mila euro in caso di carenza di convenzione, ben potrà essere esperito un procedimento autonomo tradizionale.

In ambito sottosoglia (fino ai 207 mila euro) l'alternativa anche in questo caso è data dall'acquisto telematico o, salvo che si tratti comuni con più di 10 mila abitanti entro la soglia dei 40 mila euro, dalla necessità di escutere la stazione unica o una delle altre modalità di cui al comma predetto.

### **5.3 La questione dell'aggregazione forzata della domanda**

Alcune questioni pratiche meritano un minimo di approfondimento soprattutto in relazione alla questione della predisposizione della programmazione.

Come detto in premessa, se in unione sono stati **associati** i vari servizi (si pensi al servizio dei lavori pubblici) evidentemente la programmazione obbligatoria dei lavori sarà di competenza del RUP dell'unione; allo stesso modo se sono stati associati diversi servizi e si impone la necessità – soprattutto se la norma prevista nel d.d.l venisse confermata con l'obbligo in base alle soglie di oltre un milione di euro – anche in questo caso la competenza sarà della stazione unica. Compiti di programmazione che evidentemente non potranno riguardare diverse ipotesi di centralizzazione di cui al comma 3-*bis*.

La questione interessante che si può porre è se la stazione unica appaltante in unione debba procedere alla redazione di una programmazione nel caso in cui – si ipotizzi ad inizio esercizio finanziario – vengano effettuate richieste dagli enti aderenti di espletamento di appalti per beni e servizi superiori alla soglia fissata nel testo della legge di stabilità.

Evidentemente, non competerà al RUP della stazione unica predisporre una programmazione per il semplice motivo che l'unione non dispone delle risorse finanziarie per procedere all'acquisto in quanto queste sono degli enti aderenti e la funzione della stazione unica, essenzialmente, è “semplicemente” quella di espletare le gare.

Diversa ed ulteriore è la questione della aggregazione della domanda. Si ipotizzi il caso in cui più enti aderenti alla stazione unica richiedano l'espletamento di gare per l'ottenimento della stessa (sotto il profilo tecnico) fornitura e/o per la stessa gestione di un servizio. La questione poi, può diventare ancora di maggior rilievo se si ipotizza che gli appalti, presi singolarmente, si situano nel sotto soglia comunitario (fino ai 207 mila euro), mentre presi nel complesso giungano a situarsi (quanto a valore) nel sopra soglia comunitario.

Il rischio, semplificando, è che possano essere eluse le regole codicistiche a seconda dell'interpretazione. Anche questo aspetto è uno dei momenti procedurali da chiarire anche per evitare facili elusioni. Si pensi al caso in cui l'ente aderente alla stazione unica che, sapendo di analoga richiesta di appalto da parte di altro ente, ritarda la propria richiesta per evitare l'appalto nel sopra soglia comunitario.

Dal lato del RUP della stazione unica, la questione può assumere anche aspetti di responsabilità non indifferente. Nel caso in cui fosse possibile espletare un unico appalto – con i distinguo per i vari enti richiedenti e non frazionando artificiosamente con i lotti – il responsabile della stazione unica, a parere di chi scrive, non può sottrarsi dalla comunicazione di questi aspetti all'amministrazione e procedere con un unico appalto. Non foss'altro

per esigenze di speditezza, efficienza e buon senso nell'espletamento dell'azione amministrativa.

Ovviamente, l'ipotesi di cui si dice sopra riguarda un eventuale artificioso frazionamento, cosa ben diversa è la possibilità legittima di procedere con l'individuazione di lotti per favorire le piccole imprese – questione rilanciata anche con la legge delega al Governo per la redazione del nuovo codice.

L'ANCI, nel testo della convenzione (art. 4, comma 4) prevede espressamente la possibilità di procedere con la suddivisione in lotti avviando, comunque, una intesa preventiva concertazione con l'ente per conto del quale si procede alla gara. Sotto si riporta il comma interessato che, sicuramente, appare di opportuna previsione. È chiaro, a parere di chi scrive, che detta prerogativa/possibilità dovrebbe essere già oggetto di considerazione nel momento in cui vengono trasmessi gli atti alla stazione unica (e chiariti in fase di concertazione sulla redazione dei vari atti).

*4. Nell'organizzazione delle procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e beni, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, l'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza deve, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. A tal fine si confronta preventivamente con i Comuni associati interessati dalla procedura, per consentire agli stessi di indicare nelle determinazioni a contrarre con cui avviano la gara la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti.*

Altre questioni potrebbero essere determinate dalla circostanza che gli enti aderenti – per ragioni che si possono anche intuire – insistano per appalti singoli secondo le procedure del sotto soglia sicuramente meno rigorose che consentono l'utilizzazione di istituti non previsti nel diritto comunitario come l'esclusione automatica e similari.

La problematica non può che essere risolta in senso tecnico e non ragionando in termini di "opportunità". Nella convenzione istitutiva della stazione unica, evidentemente, l'aspetto potrebbe essere disciplinato con la previsione secondo cui innanzi a richieste contestuali gli importi delle basi d'asta si devono aggiungere sempre che si tratti di prodotti/servizi identici sotto il profilo strettamente tecnico.

La soluzione potrebbe essere rinvenuta anche capovolgendo gli adempimenti ed implementando la funzione propositiva del RUP della stazione unica. Si ipotizzi il caso in cui – precisamente declinato nella convenzione

istitutiva della stazione unica – il RUP dell'unione, all'inizio di ogni esercizio finanziario chieda espressamente agli enti aderenti le forniture e gli appalti di servizi da espletare anche in funzione della programmazione delle gare e della redazione di una legge speciale unica e/o già per consentire una indagine nel mercato delle convenzioni e/o nel mercato elettronico.

*Modus operandi* che consente di strutturare/programmare una azione amministrativa maggiormente tempestiva, pronta ed efficace.

Sulla gestione dei lotti, sotto il profilo dei contratti, la stessa convenzione ANCI contiene art. 8) una disposizione quanto meno opportuna:

#### **Art. 8**

*(Contratti derivanti dalle procedure di affidamento gestite dell'ufficio comune / dell'ente capofila operante come Centrale unica di committenza)*

*1. Le procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni svolte dall'Ufficio comune / dall'ente capofila operante come centrale unica di committenza riferibili a una gestione per lotti dell'appalto da parte dei Comuni associati danno luogo:*

*a) alla stipulazione di singoli contratti con l'affidatario per lotti funzionali afferenti a più Comuni associati, sottoscritti come contratti plurilaterali dai competenti Dirigenti / Responsabili di Servizio di ciascun Comune;*

*b) alla stipulazione di singoli contratti con l'affidatario da parte di ciascun Comune associato quando i lotti funzionali siano riferiti ai territori degli stessi singoli Comuni che abbiano determinato a contrarre per la specifica procedura.*

*2. Le procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni svolte dall'Ufficio comune / dall'ente capofila operante come centrale unica di committenza riferibili a una gestione unitaria dell'appalto da parte dei Comuni associati possono dare luogo:*

*a) alla stipulazione di un unico contratto con l'affidatario, sottoscritto come contratto plurilaterale dai competenti Dirigenti / Responsabili di Servizio di ciascun Comune;*

*b) alla stipulazione di singoli contratti con l'affidatario da parte di ciascun Comune associato che abbia determinato a contrarre per la specifica procedura.*

*3. Ai fini di un'ottimale applicazione del comma 1 e del comma 2, i Comuni associati definiscono, in accordo con l'Ufficio comune / l'ente capofila operante come centrale unica di committenza, la scelta più idonea in rapporto:*

*a) alla natura e alle peculiarità dell'appalto;*

*b) alla semplificazione dei rapporti con l'operatore economico affidatario, anche a fini di risparmio di risorse per lo stesso.*

## **6. La programmazione tecnica dell'acquisizione**

Per programmazione tecnica dell'acquisto si intende la fase della predisposizione degli atti tecnici dell'acquisizione e quindi schede tecniche, elen-



chi, progettazione dei lavori pubblici, capitolati di gestione del servizio e, finanche, gli schemi di contratto considerato che il contratto, evidentemente, verrà stipulato tra ente per cui viene svolto l'appalto e l'aggiudicatario individuato dalla stazione unica.

Un problema che potrebbe porsi in ordine a questi atti e se sia o meno necessaria una compartecipazione con la stazione unica appaltante soprattutto se i soggetti che devono operare non siano gli stessi. Nel senso che a fronte di un RUP che si occupa degli atti in parola corrisponde un RUP diverso in fase di predisposizione gestione della gara.

A stretto rigore, per gli atti tecnici non appare necessaria una concertazione mentre alcuni aspetti del contratto potrebbero essere oggetto di concertazione – soprattutto in relazione a quelle clausole che devono esprimere o contenere un riferimento alla gara e/o alle condizioni che da questa derivano.

È altresì vero che la convenzione che costituisce la stazione unica in unione – così anche gli altri accordi che consentono di adempiere agli obblighi della centralizzazione in altre modalità ai sensi del comma 3-*bis* dell'articolo 33 – ben possono prevedere forme di collaborazione già in questa fase. Collaborazione che sottintende ad almeno un duplice obiettivo: quello dello scambio di informazioni comunque utili per l'appalto e, soprattutto, beneficiare della collaborazione di una struttura che andrà specializzandosi.

Altresì non è privo di pregio evidenziare che lo scambio di comunicazioni/informazioni dovrebbe essere inteso a livello di tutti i comuni aderenti all'unione soprattutto in relazione a tutte quelle tipologie d'appalto che ben potrebbero essere aggregate considerata la sostanziale identità delle esigenze sottese. Si pensi agli acquisti del materiale di cancelleria e/o a servizi che potrebbero essere unificati, come il servizio di pulizia degli uffici.

Uno degli obiettivi della centralizzazione non può che essere l'aggregazione dell'acquisto di beni e servizi dello stesso tipo anche per ridurre il numero degli adempimenti.

Si pensi alla redazione del DUVRI (ed alla quantificazione dei costi da interferenze) che non può che competere al RUP del comune richiedente che può variare – in relazione allo stesso tipo di servizio – solamente per “dimensioni” finanziarie e spazi interessati.

La gestione di questa fase ed i soggetti tenuti possono essere variamente strutturati, si pensi all'ipotesi in cui alla stazione appaltante siano demandati sostanzialmente tutti i compiti relativi all'appalto ad eccezione dell'approvazione della progettazione e della prenotazione di impegno di spesa per la copertura contabile della gara. Situazioni che consentono una specializzazione ma esigono che la stazione unica venga dotata di personale sufficiente e, soprattutto, anche considerato che innanzi ad una struttura particolarmente articolata possono emergere problemi di tempestività e celerità nella fase di predisposizione e conclusione della gara.

### **6.1 La necessità dell'approvazione degli atti tecnici**

La convenzione non può non disciplinare il momento centrale dell'attività dell'ente aderente e della stazione unica ovvero la trasmissione degli atti tecnici (capitolati, schede tecniche, progetti da mettere in gara e similari).

Occorre definire tanto il momento propedeutico quanto quello definitivo della spedizione. In primo luogo i vari atti tecnici necessari per la gara devono essere approvati su proposta del RUP dell'ente aderente dal dirigente/responsabile del servizio di questo.

L'approvazione con un atto che ricorda la determinazione a contrattare anche perché deve contenere la prenotazione dell'impegno di spesa definisce il ciclo della responsabilità. Il RUP della stazione appaltante – se non coincide con il RUP del comune che richiede la gara – non può rispondere per carenze/deficienze/impossibilità tecniche declinate, a titolo esemplificativo, nel capitolato tecnico. Pertanto, con la determinazione gli atti in parola vengono approvati, viene assunta la prenotazione dell'impegno di spesa e si stabilisce l'invio alla stazione unica.

Ovviamente i quadri di spesa devono riguardare ogni spesa prevista quindi, eventualmente anche il costo stabilito a favore della stazione unica (se un costo insiste, si pensi alle spese della cancelleria, costi fissi e generali ecc). Si è indotti a ritenere, in assenza di una norma legislativa specifica, che le spese generali non possano gravare sull'aggiudicatario ma debbano caricare sul comune aderente.

I costi della base d'asta, eventualmente anche con previste opzioni – si pensi soprattutto all'appalto di certi servizi – a parere di chi scrive, deve essere oggetto di concerto con il RUP ed il responsabile del servizio della stazione unica.

Il RUP del comune aderente alla stazione unica deve tener presente che il procedimento d'acquisto deve essere condotto in modo concertato con competenze precise e definite ma che devono risultare integrate. Non può pensare, per intendersi, in modo burocratico di occuparsi solamente della fase procedurale di propria competenza. Pertanto la fase classica della definizione del prezzo a base d'asta – così come già in fase di programmazione delle acquisizioni – non può non essere concertato nel metodo e nella definizione.

D'altronde la circostanza di operare congiuntamente con diverse realtà giuridiche non può non portare alla comunicazione sui metodi utilizzati soprattutto nell'esperimento delle indagini di mercato. Una volta creata la stazione unica, prima preoccupazione – a parere di chi scrive – è anche quella dei vari RUP e dei dirigente/responsabili di servizio di trovare metodi e modalità operative simili, lo scambio di esperienze e via discorrendo.

L'articolo 6 della convenzione ANCI sul punto, dopo avere chiarito alcune questioni di estremo rilievo, in primo luogo la necessità che ogni comune aderente nomini i propri responsabili di procedimento (art. 6, comma 1, lett. a2)), si sofferma sulla questione della base d'asta. Nella convenzione si specifica che dal comune aderente deve essere predisposta – in una con l'approvazione dei progetti/capitolati e similari – ***“l'attestazione di congruità del prezzo posto a base d'asta”***. **A parere di chi scrive, nonostante l'attestazione potrebbe emergere una posizione differente da parte del responsabile della stazione unica che si assume la responsabilità della gara pertanto si ritiene opportuno che questo momento venga condiviso.**

La situazione viene facilitata se in convenzione si opta per la scelta più immediata e corretta, ovvero l'utilizzo del RUP del comune aderente che predispone gli atti tecnici dell'acquisizione deve svolgere anche il ruolo di RUP presso la stazione appaltante unica. Una simile situazione ha delle conseguenze evidentemente positive. In primo luogo, la circostanza che il RUP sia lo stesso impone a questi di non – sia consentito –, “disinteressarsi” della fasi procedurali successive ed in particolare della gara da predisporre e concludere; in secondo luogo si induce necessariamente una concertazione con i dipendenti della stazione unica o comunque, quanto meno, con il dirigente/responsabile del servizio. Inoltre, e non ultimo, si crea specializzazione che può essere utile ad altri enti. Si pensi al caso in cui, per vari motivi, debba essere espletato lo stesso appalto per un altro comune che non dispone del personale adeguato. La possibilità di utilizzare la collaborazione della stesso RUP ha pertanto vantaggi sotto il profilo della tempestività, efficacia dell'azione amministrativa.

Non solo, può essere utile anche in funzione dell'obiettivo della centralizzazione ovvero di quella aggregazione delle procedure che, oggettivamente, può determinare risparmio economico ed efficienza.

Inoltre, rende più semplici e spediti alcuni *modus operandi*. Si pensi alla circostanza che già in fase di predisposizione degli atti tecnici dell'acquisizione, il RUP del comune richiedente la gara – ben sapendo grazie alle disposizioni della convenzione istitutiva – che svolgerà la funzione di RUP presso la stazione appaltante, si adopererà quasi nello svolgimento di un compito istituzionale presso gli altri comuni per verificare se l'appalto predisponendo interessa anche gli altri enti in modo da accorpate le acquisizioni. Circostanza rilevantissima se questi avrà già verificato, a mero titolo esemplificativo, l'esistenza di una convenzione adeguata allo scopo in Consip o presso altro soggetto aggregatore.

È fondamentale, però, che tale prospettiva ovvero che il RUP del comune richiedente possa agire anche per la stazione unica, venga declinata chiaramente nella convenzione per evitare fraintendimenti e disguidi vari.

Naturalmente ci si potrebbe interrogare su quale sia il soggetto deputato alla nomina/individuazione del RUP considerato che il procedimento, come detto, risulta frazionato tra due soggetti giuridici differenti. Il problema, in realtà ha facile soluzione perché nell'ente aderente il RUP verrà individuato dal proprio dirigente/responsabile del servizio (ed anzi i due soggetti potranno, come noto, anche coincidere). La prerogativa del dirigente/responsabile del servizio della stazione appaltante di nominare un RUP “fuori dotazione” organica verrà prevista nella stessa convenzione.

La nomina dello stesso RUP, da parte del dirigente/responsabile del servizio della stazione unica non può, però, essere intesa come un obbligo anche perché si lederebbero le prerogative collegate alla responsabilità. Il responsabile della stazione appaltante potrebbe valutare a mero titolo esemplificativo di assumere il ruolo di RUP oppure di individuare/nominare altro soggetto. Questa circostanza, a parere di chi scrive, dovrebbe però essere motivata nell'atto di nomina di un RUP diverso. In ogni caso la convenzione dovrebbe tranquillamente prevedere anche questa ipotesi.

### **6.1.1** *La questione finanziaria relativa alla retribuzione del lavoro del RUP*

Una questione che non può essere sottovalutata riguarda il costo delle ore di lavoro del RUP eventualmente “prestato” alla stazione unica ovvero che

non faccia parte della dotazione organica di questa. Se il RUP opera durante le ore di servizio e l'appalto riguarda il comune di appartenenza, la questione finanziaria non esiste perché questi verrà pagato direttamente dal proprio datore di lavoro con cui ha il contratto di lavoro, diverso è il caso in cui il lavoro venga prestato per altri comuni. È chiaro che questi si dovranno far carico delle ore di lavoro di questo soggetto.

In generale la questione non è di poco conto. Si pensi in particolare alle unioni di comuni che, per effetto della legislazione regionale non possono procedere con assunzioni e quindi neanche alla stipula di contratti né al pagamento di personale (in qualche modo) assegnato <sup>(4)</sup>. Una eventuale violazione di tali precetti determinerebbe danno erariale perché in violazione plateale di norme e, pertanto, assolutamente nulle. Stante questa situazione, i comuni aderenti nel momento in cui procedono alla costituzione della stazione unica devono anche stabilire il personale da assegnare o, come detto, sopra il coinvolgimento della struttura interessata dall'appalto che necessariamente dovrà collaborare con il responsabile della stazione unica. In questo caso, i costi non andranno a caricare sulle spese del personale delle unioni di comuni.

## **6.2 Alcuni aspetti pratici della determinazione che approva gli atti tecnici dell'acquisto**

La determinazione che approva gli atti tecnici dell'acquisizione è solo parzialmente simile alla classica determinazione a contrattare e di questa condivide la prenotazione di impegno di spesa. Dalla determinazione a contrattare diverge in quanto l'atto in parola – che dovrà essere predisposto dal RUP del comune che richiede la gara e firmata dal dirigente/responsabile del servizio – non vale ad avviare un procedimento di gara ma piuttosto – semplificando – a segnare la responsabilità sull'adozione/formazione degli atti tecnici dell'acquisto o della gestione del servizio e la copertura finanziaria.

Della determinazione in parola gli aspetti qualificanti, riguardano in primo luogo la motivazione dell'acquisizione, il riferimento alla programmazione – se predisposta – gli atti tecnici che con essa si approvano ovvero le schede tecniche, elenchi di prodotti, il capitolato di gestione del servizio, la progettazione da mandare in appalto e via discorrendo.

---

<sup>(4)</sup> È il caso – tra gli altri – della Regione Sardegna.

L'aspetto centrale, evidentemente, è caratterizzato dalla questione della copertura finanziaria, pertanto, in quanto tale l'atto deve transitare al responsabile del servizio finanziario per il visto di copertura. Come rilevato sopra, il responsabile del procedimento di spesa – ed il responsabile dei servizi finanziari è tenuto a controllare – deve esprimere il parere di compatibilità monetaria ai sensi del comma 8 dell'articolo 183 del t.u. 267/2000.

Ulteriore questione che si pone riguarda l'indicazione delle clausole principali dell'appalto. Non trattandosi della reale determinazione a contrattare che approva il bando o lettera omologo o avvia il procedimento (si pensi agli attuali acquisti sul mercato elettronico o di adesione ad una convenzione) quest'atto non conterrà clausole o riferimenti alla gara – ad esempio sulla procedura – ma piuttosto riferimenti alla “gestione” dell'acquisto, nel caso dei servizi al DUVRI e similari. Potranno essere riportate le opzioni eventualmente concertate con la stazione unica proprio perché il costo delle opzioni grava sulla base d'asta e l'appaltatore deve essere reso edotto immediatamente che la propria offerta dovrà tener conto di possibilità di prosecuzione del contratto la cui valutazione potrà essere rimessa alla stazione unica – se la prosecuzione viene intesa come un nuovo contratto – oppure direttamente al comune richiedente, come nel caso della proroga già prevista negli atti di gara che non richiede un nuovo CIG.

La determinazione di approvazione degli atti in parola non potrà contenere il CIG visto che la prerogativa sul codice identificativo rimane in capo alla stazione unica.

Circa l'invio degli atti, naturalmente, la determinazione con gli atti approvati potrà transitare al responsabile della stazione unica solamente dopo il visto del responsabile del servizio finanziario che attesta la copertura finanziaria.

### **6.3 *L'invio degli atti al RUP della stazione unica***

Sulla falsariga di quanto stabilito anche dall'accordo tra ANAC ed il comune di Roma per il controllo preventivo sugli appalti per il Giubileo, allo stesso modo – nella convenzione che disciplina i rapporti e istituisce la stazione appaltante unica – si possono disciplinare le modalità di invio. Si deve privilegiare, in ogni caso, l'invio attraverso la posta elettronica sia in pdf ma, contemporaneamente, anche in formato word in modo da venire incontro alle esigenze lavorative del RUP della stazione unica in quanto non si può pretendere che questo riscriva per intero atti già predisposti.

Anche perché si tratta di atti che devono essere allegati al procedimento di gara.

Gli atti ed i termini dell'invio devono risultar chiaramente esplicitati nella convenzione anche per evitare che l'appalto non venga avviato per carenza di documentazione tecnica. La tipologia degli atti oggetto di trasmissione può essere elencata in convenzione a titolo meramente esemplificativa in modo da non escludere a priori atti non espressamente indicati.

Questa determinazione, uno degli aspetti caratteristici, è che dovrà necessariamente indicare il RUP e questa indicazione ha altra funzione rispetto a quella tradizionale di individuare il referente unico per gli appaltatori. È chiaro che tale indicazione, in questo caso, risulta maggiormente utile (necessaria) per il responsabile della stazione unica appaltante si tratta pertanto di un referente tra amministrazioni considerato che – se non è avvenuto propeudicamente – dopo la fase della spedizione si apre (o si può aprire) quel momento di concertazione su aspetti tecnici della commessa funzionali e/o incidenti sulla gara da predisporre.

Proprio per questo motivo, è necessario che anche la redazione degli atti tecnici della gara prevedano un momento di concertazione con i soggetti che poi andranno a predisporre la gara vera e propria. In questo modo, la stessa determinazione verrà redatta una volta raggiunto un approccio condiviso sui vari aspetti dell'acquisto forieri di creare problematiche soprattutto in fase di gara.

L'indicazione del RUP, come detto sopra, vale ad individuare quindi quel soggetto che potenzialmente è destinato ad occuparsi anche della fase *pre-pubblicistica* ovvero della redazione della legge speciale della gara e del momento pubblicitico vero e proprio.

La concertazione/condivisione anticipata consente già di operare/lavorare in funzione dell'acquisto vero e proprio, ovvero della redazione della legge sul procedimento di gara. Una procedura che, necessariamente subisce una frammentazione richiede, a maggior ragione, un presidio più intenso ed un chiarimento anticipato delle varie potenziali problematiche. Si pensi solamente alla struttura delle opzioni e della necessità della previa copertura, si pensi alla redazione delle clausole – di competenza del RUP della stazione unica – sul soccorso istruttorio integrativo (comma *2-bis* dell'articolo 38 del codice <sup>(5)</sup>) – e la questione del pagamento in caso di sanatoria dell'irregolarità essenziale sanabile ovvero se la sanzione debba o meno essere incamerata

---

<sup>(5)</sup> Sul punto si rinvia all'approfondimento successivo ed al capitolo sul focus del soccorso istruttorio resosi necessario per la forte attualità delle problematiche connesse.

dalla stazione unica o dall'ente richiedente che ha la "paternità" sull'acquisto.

In definitiva, la compartecipazione alle varie fasi e/o nel percorso di realizzazione della legge di gara e delle fasi antecedenti consente l'incontro, sia consentito, tra *sensibilità* giuridiche differenti e, pertanto, di approfondire aspetti che vengono approcciati in modo diverso in funzione di una soluzione amministrativa unica che risulti essere la più adatta. Circostanza, tra l'altro, tutt'altro che da sottovalutare se si tiene conto che in una unione di comuni possono far parte comuni di dimensioni diverse e, quindi, con esperienze pratiche differenti.

Non solo una compartecipazione in fase di predisposizione degli atti tecnici consente di evitare anche possibili errori anche nella redazione della determinazione. Si allude, evidentemente, ad aspetti magari non di facile accadimento la cui possibilità però non si può escludere. Si pensi al caso di un acquisto richiesto fuori programmazione – una volta, se con la legge di stabilità verrà chiaramente esplicitato, – di beni e servizi se questa è obbligatoria. Di fronte allo svelamento – da parte del responsabile della stazione appaltante – di un errore macroscopico in grado anche di invalidare successivamente la gara e/o determinare problematiche alla stazione richiedente, tale soggetto non potrà evidentemente, ignorare l'errore di cui abbia avuto contezza.

La determinazione trasmessa alla stazione unica consente al relativo responsabile la redazione di un programma delle gare che deve essere portato a conoscenza, *in primis*, degli enti aderenti alla centrale e oggetto di trasparenza/visibilità con la pubblicazione sul sito dell'unione e degli enti che ne fanno parte.

La pubblicazione, che potrebbe rientrare tra le opzioni facoltative del decreto legislativo 33/2013 in tema di trasparenza dell'azione amministrativa, dovrebbe almeno indicare le tipologie di acquisto con gli importi in modo da consentire agli interessati di proporsi per la redazione di albi interni o come suggerimento ad inserire le proprie offerte nell'ambito del mercato elettronico.

Gli atti trasmessi, una volta conclusa la procedura dovranno essere restituiti al RUP del comune richiedente l'appalto.



*Nel senso prospettato dal testo anche la convenzione ANCI con una specifica clausola contenuta nell'articolo 6, secondo comma, che gli enti interessati possono variamente adattare.*

*2. L'Ufficio comune / L'ente capofila operante come Centrale unica di committenza, prima di procedere alla formazione del bando o della lettera di invito e dei correlati atti di gara per la loro pubblicazione o per il loro invio, acquisisce la determinazione a contrarre del Comune associato, al fine di verificare la sussistenza della copertura della spesa relativa alle risorse necessarie per l'acquisizione dei lavori, servizi o beni richiesti.*

*3. Qualora la procedura di affidamento riguardi più Comuni associati, l'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza provvede ad acquisire tutte le determinazioni a contrarre per le verifiche previste dal precedente comma 2.*

#### **6.4 Il controllo interno sulla determinazione che approva gli atti tecnici**

Si è indotti a ritenere che le determinazioni che approvano gli atti tecnici e che richiedono la gara non debbano costituire oggetto di controllo successivo ai sensi dell'articolo 147-bis del decreto legislativo 267/2000 che compete al segretario comunale.

Come noto, la norma, ai commi due e tre prevede rispettivamente che *“il controllo di regolarità amministrativa (n.d.a. sulle determinazioni) è inoltre assicurato, nella fase successiva, secondo principi generali di revisione aziendale e modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente, sotto la direzione del segretario, in base alla normativa vigente. Sono soggette al controllo le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento”*.

Pur nel non chiarissimo dettato è logico pensare che il controllo successivo sull'attività contrattuale non può ritenersi utile se svolto su atti di questo tipo che si limitano ad approvare atti tecnici per altra stazione appaltante.

Cosa diversa, naturalmente, è il caso in cui la determinazione sia realmente quella di avvio della procedura di acquisto, ad esempio attraverso il mercato elettronico, di adesione ad una convenzione o riguardi un procedimento autonomo, nell'ambito dei 40 mila euro in comuni con più di 10 mila abitanti.

La circostanza della centralizzazione, evidentemente, comporterà per i comuni interessati la revisione del regolamento sui controlli interni anche

perché gli esiti di tale controllo non sono irrilevanti e devono essere (comma III dell'articolo 147-bis) *“trasmesse periodicamente, a cura del segretario, ai responsabili dei servizi, unitamente alle direttive cui conformarsi in caso di riscontrate irregolarità, nonché ai revisori dei conti e agli organi di valutazione dei risultati dei dipendenti, come documenti utili per la valutazione, e al consiglio comunale”*.

Mentre, per effetto della realizzazione della stazione unica appaltante in seno all'unione dei comuni, il controllo successivo assumerà diversa rilevanza proprio per l'attività di gestione delle gare. Come si dirà più avanti, a parere di chi scrive la fase della redazione della determinazione a contrattare – considerata atto presupposto legittimante la procedura già dall'AVCP <sup>(6)</sup> – non può che essere redatta dal RUP della stazione unica appaltante e firmata dal responsabile del servizio incaricato dall'unione dei comuni.

I controlli interni previsti in unione non potranno certo trascurare questo tipo di determinazione in cui si esplicita – pur concertata con l'ente aderente/richiedente – il procedimento di acquisto.

## **7. La fase pre-pubblicistica relativa alla redazione degli atti di gara**

La fase di maggior rilievo, per cui dalla condivisione/concertazione non si può prescindere attiene al momento successivo al ricevimento degli atti ed alla predisposizione pertanto della legge di gara – laddove sia necessario – nel caso in cui non sia possibile escutere il mercato elettronico e/o aderire ad una convenzione già esistente.

Nell'analisi si tiene conto, evidentemente, delle problematiche che possono scaturire nell'appalto tradizionale.

È chiaro infatti che nell'esperire il procedimento attraverso il mercato elettronico, la questione della redazione della RDO e/o dell'indagine di mercato e/o della definizione dei vari passaggi (si pensi alla scelta del criterio di aggiudicazione) l'interazione con il sistema appare più semplificato. In questo caso, a parere di chi scrive, tutte le varie operazioni potrebbero essere svolte con il RUP della stazione richiedente l'appalto che potrebbe operare con punto istruttore e il responsabile del servizio della stazione unica come punto ordinante. Sulle modalità della costituzione e nomina della commissione varrà quanto verrà detto più avanti.

---

<sup>(6)</sup> Sul punto sia consentito rinviare, *amplius*, al volume S. USAI, *Il RUP e la determinazione a contrattare*, Maggioli, 2015.

Altrettanto semplificato appare il procedimento di adesione ad una convenzione di Consip o di altro soggetto aggregatore.

È rilevante ribadire che l'escussione del mercato elettronico e l'adesione ad una convenzione (Consip o delle centrali "qualificate" come soggetti aggregatori) rappresentano le alternative alla stazione unica (ai sensi del comma 3-bis dell'articolo 33 del codice dei contratti) ed allora appare opportuno soffermarsi sulle ragioni che possono indurre un comune ad avvalersi di un centro unico degli appalti.

Se il RUP dell'ente aderente agisce direttamente, l'azione ne guadagna in termini di tempestività e celerità mentre procedere attraverso altro soggetto – soprattutto quando non sia giuridicamente obbligatorio – determina necessariamente una spendita di tempo. Pertanto, si può ritenere che la scelta di transitare questi procedimenti risolti "telematicamente" possa essere rimessa non tanto ad una valutazione discrezionale del soggetto agente ma con una precisazione contenuta, se del caso, direttamente nella convenzione.

Ciò che rileva infatti, è l'adesione ad una stazione unica da poter utilizzare nel caso sia oggettivamente necessario. Si pensi, semplificando a due ipotesi in particolare: il caso in cui l'adesione alla convenzione implica quantità (nel caso di fornitura) tali di cui il singolo comune non ha necessità. In questo caso, una domanda aggregata ovvero anche di altro ente aderente alla stazione appaltante consente l'adesione alla convenzione da parte della stazione unica con soddisfacimento delle varie istanze.

Ulteriore questione per cui è comunque necessario aderire ad una stazione unica è data dalla circostanza in cui né attraverso il mercato elettronico né attraverso le convenzioni sia possibile soddisfare le proprie necessità. In questo caso, occorre distinguere a seconda dell'importo per cui si agisce. Se l'appalto è nei limiti dei 40 mila euro (si parla evidentemente di beni e servizi) i comuni con più di 10 mila abitanti (e a far data dal 2016 i comuni con dimensioni abitative inferiori) che non siano capoluogo di provincia possono utilizzare il procedimento di cui all'articolo 26, comma 3, della legge 488/1999 e, pertanto, procedere con una gara tradizionale ponendo a base d'asta le condizioni tecnico/economiche declinate nella convenzione.

Nel caso di acquisto attraverso una delle forme di mercato elettronico – stessa opzione soggettiva – gli enti potranno, in caso di carenza e/o inadeguatezza del bene/servizio, procedere con una gara – anche informale – del tutto autonoma.

Non può non cogliersi la diversa prospettiva se la convenzione prevede un generale trasferimento della potestà di espletare le gare d'appalto *in toto* alla stazione unica. È chiaro che se il comune aderente decide di far transitare alla stazione unica anche gli appalti *infra* i 40 mila euro perde ogni prerogativa di effettuare gare autonomamente. A titolo esemplificativo, una volta richiesta la gara d'appalto per importi tali, se la stazione unica non ravvisasse il prodotto/servizio sul mercato elettronico o nel mercato delle convenzioni, l'ente richiedente non potrebbe pretendere – e comunque sarebbe circostanza foriera di complicazioni – di riavere la prerogativa di espletare la gara tradizionale.

Pertanto, in fase di scelta dell'ambito oggettivo da declinare nella convenzione, le parti aderenti possono esplicitare la possibilità *infra* soglia predetta di mantenere la prerogativa e/o di potersi avvalere della stazione unica.

Naturalmente, le prerogative connesse all'articolo 26, comma 3, della legge 488/1999 rimangono in capo all'unione che, pertanto, non avrà l'obbligo di aderire alla convenzione ma potrà espletare la gara d'appalto ponendo a base d'asta le condizioni tecnico/economiche declinate nella convenzione.

Altra questione pratica è quella di chiarire tempestivamente se, verificata da parte del RUP della stazione unica l'esistenza di una convenzione – a cui dovrebbe aderire l'ente richiedente obbligatoriamente (almeno pari o sopra i 40 mila euro per i comuni con più di 10 mila abitanti) – in caso di appalto mediato attraverso la stazione unica, l'ente richiedente la gara possa o meno richiedere al responsabile unico della prima di fare una gara tradizionale piuttosto che aderire alla convenzione.

Pur potendo apparire la questione, almeno *prima facie*, non rituale – anche per rispetto dell'ambito di competenza – è chiaro che, se non previamente disciplinata, la circostanza può anche verificarsi. Si pensi al caso in cui la stazione richiedente l'appalto ritenga, agendo attraverso una gara ordinaria di risparmiare risorse economiche e/o di ottenere migliori condizioni tecniche.

Da un punto di vista della disposizione tale prerogativa dovrebbe ritenersi esclusa perché l'ente aderente – sopra la soglia predetta per i comuni con più di 10 mila abitanti – non avrebbe questa prerogativa se agisse autonomamente. Anche questa circostanza, pertanto, dovrebbe essere oggetto di una specifica disciplina nella convenzione con la previsione di un momento di concerto sulla valutazione in esame. In sostanza, il RUP ed il responsabile del servizio della stazione unica – soprattutto se il primo non

è il responsabile unico del comune che richiede l'appalto – possono soffermarsi sui potenziali vantaggi di una gara tradizionale e degli aspetti critici (lungaggini, potenziali contenziosi, inaffidabilità eventuale dell'aggiudicatario similari).

Si potrebbe ipotizzare che una simile richiesta – di esperire comunque prioritariamente la gara tradizionale – possa essere declinata anche nella determinazione che approva gli atti tecnici con assunzione di responsabilità sulla scelta da parte dell'ente che richiede l'appalto.

La questione della collaborazione viene ripresa – ed estesa – anche nella convenzione tipo redatta dall'ANCI che, per l'autorevolezza, deve costituire punto di partenza per la redazione del testo dei comuni aderenti ad una unione e, pertanto, per costituire la stazione unica (che nella convenzione citata viene configurata come centrale unica).

I casi in cui viene individuata la collaborazione tra ufficio della stazione unica ed i comuni aderenti vengono chiaramente esplicitati a partire dell'articolo 4 del testo della convenzione predetta. Di seguito ci si soffermerà sugli aspetti di maggior incidenza pratica/operativa.

La prima parte dell'articolo 4 è dedicata ad una collaborazione di tipo eventuale – nella fase propedeutica allo svolgimento delle procedure di affidamento (nella monografia identificata come fase pre-pubblicistica – che il responsabile della stazione unica in seno all'unione dovrebbe prestare ai singoli comuni, in questo senso si prevede:

- a) per le fasi propedeutiche allo svolgimento delle procedure di affidamento:*
- a.1.) collaborazione eventuale con i singoli Comuni associati in relazione all'analisi dei fabbisogni ai fini della programmazione degli acquisti di servizi e beni;*
  - a.2.) collaborazione eventuale con i singoli Comuni associati in relazione alle attività di progettazione dell'appalto, al fine di assicurarne la corretta ed efficace impostazione per l'ottimale gestione delle conseguenti procedure di acquisizione di lavori, servizi o beni;*
  - a.3.) collaborazione eventuale con i singoli Comuni associati in relazione all'impostazione e alla predisposizione degli schemi di capitolato e di contratto;*
  - a.4.) confronto ed interazione con i Comuni associati in relazione alla scelta e all'impostazione delle procedure di affidamento, nonché dei criteri di valutazione delle offerte;*
  - a.5.) adozione degli atti organizzativi necessari a consentire il corretto svolgimento delle procedure, compresi gli atti di individuazione dei soggetti operanti nell'ambito delle varie procedure in base a quanto previsto dalla presente convenzione;*

Tutte le collaborazioni individuate sono oggettivamente utili e consentono, come detto sopra, di calibrare nel modo più funzionale possibile la procedura da adottare e si pone pertanto, tale attività di collaborazione come propedeutica alla redazione degli atti tecnici della gara vera e propria.

Suscita perplessità, a parere di chi scrive, la prevista collaborazione – eventuale – “*in relazione all’analisi dei fabbisogni ai fini della programmazione degli acquisti di servizi e beni*”.

Si condivide la circostanza che la collaborazione sia “eventuale” ovvero a richiesta del comune aderente (del responsabile del procedimento del comune aderente) anche perché – se nell’odierno è facoltativa (la programmazione per gli acquisti di beni e servizi), alla luce della prevista modifica contenuta nel d.d.l. di stabilità per il 2016, la programmazione diventerà obbligatoria solo per acquisti consistenti superiori al milione di euro. In sostanza una previsione del genere, in convenzione, ben può essere prevista ma rischia di diventare invasiva nei confronti del comune aderente che, in relazione agli acquisti di beni e servizi, potrebbe ritenere assolutamente superflua una programmazione vera e propria.

Non solo, se è vero, come è vero, che i beni e servizi avranno – anche per i comuni con meno di 10 mila abitanti (a far data dal 2016) – la franchigia dei 40 mila euro, probabilmente, gli enti aderenti non hanno nessun interesse ad avere tale collaborazione anche perché, per tali acquisti, potranno comunque evitare la stazione unica operando direttamente sul mercato elettronico.

In relazione alle fasi relative allo sviluppo delle procedure di acquisizione, nello schema di convenzione (lett. *b*) art. 4), si individuano i compiti dell’ufficio unico degli appalti per i sotto indicati compiti:

- |   |
|---|
| <p><i>b.1.) redazione e adozione degli atti di gara, ivi incluso il bando di gara, il disciplinare di gara e la lettera di invito nelle procedure ristrette o negoziate;</i></p> <p><i>b.2.) nomina della Commissione giudicatrice in caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in accordo con i Comuni associati;</i></p> <p><i>b.3.) realizzazione degli adempimenti relativi allo svolgimento della procedura di gara in tutte le sue fasi, sino alla subfase dell’aggiudicazione provvisoria, quali, in particolare:</i></p> <p><i>b.3.1.) pubblicazione del bando o dell’avviso, invio degli inviti nelle procedure ristrette e negoziate, nonché gestione di tutte le attività afferenti allo svolgimento della procedura di gara nella fase intercorrente tra la pubblicazione del bando e il termine di scadenza per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione (es. formulazione di risposte alle richieste di chiarimenti);</i></p> |
|---|



- b.3.2.) gestione della ricezione delle offerte e della loro conservazione sino all'espletamento della gara;*
- b.3.3.) nomina del Seggio di gara (nelle procedure con l'utilizzo del criterio del prezzo più basso) o della Commissione giudicatrice (nelle procedure con l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), d'intesa con i Comuni associati;*
- b.3.4.) presidenza del Seggio di gara (nelle procedure con l'utilizzo del criterio del prezzo più basso) o della Commissione giudicatrice (nelle procedure con l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), quando, in questo secondo caso, tale ruolo non sia ricoperto da un Dirigente o funzionario apicale di uno dei Comuni associati (...);*
- b.3.5.) gestione della fase di ammissione degli operatori economici alla gara;*
- b.3.6.) svolgimento delle operazioni relative alla verifica a campione del requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale in base a quanto previsto dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006;*
- b.3.7.) gestione della fase di valutazione delle offerte per mezzo del Seggio di gara o della Commissione giudicatrice;*
- b.3.8.) supporto (su richiesta) al responsabile del procedimento nell'eventuale verifica dell'anomalia dell'offerta;*
- b.3.9.) gestione di tutte le attività imputabili al Responsabile della Verifica dei requisiti (RVR) nell'ambito delle procedure di acquisizione dei concorrenti e di verifica dei loro requisiti gestite mediante il sistema AVCPass; b.3.10.) gestione di tutte le attività imputabili al Responsabile della gara nell'ambito delle procedure informative del sistema SIMOG;*
- b.3.11.) gestione di tutte le attività sino all'aggiudicazione provvisoria in qualità di Presidente del Seggio di gara o della Commissione giudicatrice, quando nominato con tale ruolo;*
- [formulazione relativa all'aggiudicazione, qualora gli enti associati considerino l'attività della Centrale unica di committenza concludibile con l'aggiudicazione definitiva non efficace, in quanto atto non a rilevanza contabile in base all'art. 183 del d.lgs. n. 267/2000, posta la trasformazione della prenotazione di impegno al momento del riconoscimento dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva in funzione della determinazione effettiva del soggetto creditore]*
- b.3.11.) gestione di tutte le attività sino all'aggiudicazione provvisoria in qualità di Presidente del Seggio di gara o della Commissione giudicatrice, quando nominato con tale ruolo;*
- b.3.11.) gestione delle attività, compresa l'adozione della specifica determinazione, relative all'aggiudicazione definitiva non ancora efficace in base agli articoli 11, comma 7 e 12, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006;***

Si tratta di attività (questa prima parte), evidentemente, della struttura che deve esplicitare le gare (quindi il personale della stazione unica) ma, a parere di chi scrive, la previsione dei vari compiti – che l'ANCI ha effettivamente indicato in modo puntiglioso e dettagliato – non può prescindere dalla possibilità di richiedere ed avere la collaborazione.

La collaborazione non può essere indicata in modo generico ed indeterminato con riferimento al comune aderente o al personale del comune aderente ma al RUP ed al responsabile del servizio interessato dall'appalto predetto. È necessario che il responsabile della stazione unica possa oggettivamente – senza creare vincoli gerarchici – poter contare sulla collaborazione di questi soggetti qualora si rendesse necessario, foss'anche solo per costituire la commissione di gara. Solamente creando continuità e collaborazione/interazione si possono superare soprattutto le prime difficoltà nel gestire un procedimento complesso ma che, per effetto della centralizzazione, subisce una frazionamento che può determinare maggiori difficoltà.

Nella prima parte sopra riportata, l'ANCI ipotizza che la centrale unica possa giungere – per ovvi motivi – solamente all'aggiudicazione definitiva non efficace. La precisazione può essere condivisa se tale fase ha previsto pertanto già il controllo/verifica dell'aggiudicatario e si tratti semplicemente soltanto di attendere i termini dell'articolo 12 del codice dei contratti, perché l'aggiudicazione diventi efficace. È chiaro che la stazione unica – salvo che si tratti di appalto in cui sia stato associato anche il servizio – non potrà assumere l'impegno di spesa (che, per effetto dei principi contabili introdotti dalla c.d. contabilità armonizzata, coincide con l'aggiudicazione definitiva efficace), però – chi scrive ritiene – le norme giuridiche, vista la particolare situazione di una procedura frammentata ben si possono “sdoppiare” in relazione all'atto finale, così come all'atto iniziale di avvio del procedimento con la determinazione a contrattare. Pertanto, la stazione unica può giungere alla predisposizione dell'aggiudicazione definitiva anche efficace in modo da poter gestire – visto che il procedimento è stato interamente seguito dal RUP della stazione unica – il contenzioso e ogni tipo di acceso, evitando che tali situazioni sopravvengano successivamente all'invio degli atti all'ente aderente.

In sostanza, all'ente aderente devono essere trasmessi gli atti realmente definitivi con il solo termine dello *stand still* e quindi, trascorso il quale, giungere alla stipula del contratto.

### **7.1 Aspetti specifici della fase pre-pubblicistica: la questione dell'incameramento della sanzione pecuniaria nel soccorso istruttorio “a pagamento”**

Diversi aspetti afferenti la predisposizione degli atti di gara devono essere concertati salvo che la convenzione non rimetta ogni valutazione di tipo tecnico direttamente alla stazione unica che gestisce l'appalto.



È chiaro che si tratta di circostanze/questioni che possono avere incidenza sull'affidatario e sullo stesso contratto stipulato. Questioni tecniche, si pensi ai criteri di individuazione del contraente in procedimenti informali (anche sul mercato elettronico) e/o ai requisiti speciali (fatturato/esperienza pregressa) che, a seconda dell'evoluzione dell'appalto possono incidere sull'affidabilità e, pertanto, anche sulle qualità delle prestazioni da rendere.

Questioni forse irrilevanti possono essere quelle relativi ai requisiti di tipo generale (per intendersi il disposto di cui all'articolo 38 del codice dei contratti). Sui requisiti ordinari viene in considerazione, al limite, l'aspetto formale della richiesta – in relazione all'appalto tradizionale e non telematico - e quindi la questione della dichiarazione sostitutiva e del soccorso istruttorio di “nuova” generazione ovvero quello statuito con il comma 2-bis dell'articolo 38 del codice come integrato dal d.l. 90/2014 e successiva legge di conversione 114/2014.

Una delle questioni – a parere di chi scrive – che devono essere chiarite riguarda l'incameramento della sanzione pecuniaria che l'appaltatore – incorso nell'irregolarità essenziale sanabile – deve pagare per poter essere ammesso a soccorso “integrativo”. Si pensi al caso – non in cui risulti sprovvisto di requisiti evidentemente – in cui non venga prodotta la dichiarazione o alcune dichiarazioni essenziali.

Si tratta di puntualizzare se l'incameramento della cauzione deve avvenire ad opera della stazione unica – e quindi nella casse dell'unione dei comuni – o debba piuttosto essere riversata al comune per conto del quale l'appalto viene espletato.

La sanzione potrebbe avere misura consistente considerato che, ai sensi del comma citato deve essere fissata “*in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro*” e il comune richiedente l'appalto ha tutto l'interesse ad incassare la somma in parola per le spese che, evidentemente, sostiene per la gara mentre la stazione unica – e quindi l'unione dei comuni - si limita “esclusivamente” a bandire ed effettuare la gara.

D'altra parte, è altresì vero che la titolarità della funzione (ovvero la capacità di espletare l'appalto) riguarda la sola centrale unica e non più il singolo comune.

Nel caso in cui si valuti che la sanzione debba essere incamerata – attraverso riversamento da parte dell'unione dei comuni – al comune richiedente si può generare la necessità di concertare la disciplina del soccorso istrutto-

rio integrativo (o a pagamento) e più in generale anche le altre clausole da fissare a pena di esclusione del concorrente.

---

## *Approfondimento*

### **Rassegna giurisprudenziale in tema di soccorso istruttorio “a pagamento”**

Considerate le diverse problematiche poste dalla recente disposizione di cui al comma 2-*bis* dell'articolo 38 del codice dei contratti, sembra opportuno riportare una breve rassegna della recente giurisprudenza espressa in materia.

#### **1. La carenza o la mancanza di sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva**

Un certo grado di certezza si deve registrare in relazione al caso in cui risultino non allegate o, pur allegate, risultino non sottoscritte le dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti.

In questo senso ha pregio la recentissima pronuncia del **T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, del 25 settembre 2015 n. 1993**.

Nel caso di specie, il ricorrente pretendeva l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva in quanto – tra le altre – l'aggiudicatario risultava illegittimamente ammesso alla gara per aver “*depositato, assieme alla documentazione amministrativa, la prescritta dichiarazione di possesso dei requisiti tecnici, priva di sottoscrizione*”.

Di tutt'altro avviso si dimostra il giudice che fa ampia applicazione delle prerogative di soccorso della stazione appaltante riconducibili proprio alle nuove disposizioni.

In questo senso, il collegio dichiara non fondata la censura constatato che “*la violazione ravvisata (...) (ammissione dell'aggiudicatario alla fase di valutazione delle offerte, nonostante la mancata sottoscrizione della dichiarazione in materia di possesso dei requisiti di capacità tecnica) non sussiste, in quanto tale dichiarazione faceva parte della documentazione costituente l'offerta tecnica inserita nel plico siglato sui lembi di chiusura dal legale rappresentante dell'associazione interessata*”.

Pertanto non si poneva alcun problema di paternità della dichiarazione (non sottoscritta). Inoltre, la stazione appaltante, si legge ancora in sentenza, “*ha dato subito atto, nella fase preliminare di ammissione alla gara, di avere verificato, con esito positivo, l'effettività del requisito dichiarato ma non sottoscritto dal legale rappresentante*”.

Da qui il richiamo al dato normativo, ribadito che non sussisteva alcun dubbio sulla paternità della predetta dichiarazione, e tenuto presente che il comma 1-*ter* dell'art. 46 (inserito con le ultime modifiche operate dal d.l. n. 90/2014 sul codice dei contratti pubblici) dispone che “*le disposizioni di cui all'art. 38, comma 2-*bis*, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara*”.

Pur non chiaro il richiamo all'articolo 46 del codice (ma evidentemente si trattava di dichiarazioni che dovevano rendere terzi), nel caso di specie non insisteva alcuna incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta. Patologie, ancora, in grado di determinare in modo irrimediabile (pertanto neppure sanabile a pagamento) l'estromissione dal procedimento di gara.

Sulla problematica della dichiarazione non sottoscritta si è pronunciato anche il **T.A.R. Sicilia, Palermo, con la sentenza n. 1790 del 21 luglio 2015**.

Nel caso di specie il ricorrente lamentava (anche per violazione del comma 2-bis dell'articolo 38 del codice) l'illegittima esclusione per la mancanza della sottoscrizione dell'allegato alla domanda di partecipazione pur corredato del timbro della società (e quindi un chiaro segno di riconducibilità all'impresa).

Il giudice siciliano ha condiviso l'assunto del ricorrente evidenziando che seppure reale l'irregolarità riscontrata dalla stazione appaltante – e neppure contestata dal ricorrente – è altresì vero che “l'Amministrazione non avrebbe dovuto disporre l'esclusione impugnata, a fronte della sicura riconducibilità dell'atto alla richiesta di partecipazione alla gara inoltrata dalla ricorrente”.

Infatti, ed appare condivisibile, *“independentemente dalla apposizione del timbro della società, risulta decisivo rilevare che l'atto si trovava all'interno del plico chiuso, contenente gli atti depositati a corredo alla domanda di ammissione alla gara, regolarmente sigillato e firmato in ogni lembo di chiusura. A fronte di tali emergenze, non appare discutibile la riconduzione dell'atto in questione alla richiesta di partecipazione alla gara inoltrata dalla ricorrente, ed, in assenza di alcuna incertezza sul punto, illegittimamente, ed in contrasto con il principio del favor participationis, ne è stata disposta l'esclusione (cfr. Consiglio di Stato, V, n. 954/2015)”*.

Pur nell'incertezza della latitudine operativa della norma, la visione “sostanzialista” dei giudici appena citati è alla base della nuova impostazione fondante la norma innestata nel comma 2-bis in argomento.

In questo senso, appare piuttosto lucida l'interpretazione fornita dal **T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, del 22 luglio 2015, n. 2520**.

Il giudice pugliese nel ritenere illegittima l'estromissione del concorrente per la mancata produzione della polizza fideiussoria (in antitesi con la posizione espressa dall'ANAC con la determinazione n. 1/2015) ha fornito una propria interpretazione della fattispecie ampliata del soccorso che ammette finanche l'integrazione (se su dati essenziali, a pagamento).

Il collegio adito puntualizza – in relazione alla norma in commento – che *“il legislatore ha adottato un approccio al tema della verifica della regolarità della documentazione di tipo “sostanzialista”, abbandonando la tesi, fatta propria anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (AP n. 9/14), volta a consentire il c.d. soccorso istruttorio soltanto in caso di integrazioni documentali, e non anche in caso di produzione tardiva di dichiarazioni mancanti, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali”*.

Secondo l'estensore, l'ampiezza della locuzione utilizzata nella norma (la mancanza, l'incompletezza ed ogni irregolarità (...)) sarebbe *“tale da consentire di affermare che la mancanza non solo delle dichiarazioni sostitutive, ma anche della documentazione “essenziale”, in quanto prescritta dalla legge ovvero dal bando di gara, non è tale da inficiare la partecipazione dell'impresa, dovendosi in tal caso attivare un iter sub-procedimentale volto a consentire all'offerente di integrare la documentazione eventualmente omessa”*.

Il riferimento, a parere di chi scrive, alla documentazione essenziale prescritta avrebbe necessità di essere chiarito in relazione alle problematiche possibili e già affrontate in giurisprudenza (e risolte nel senso della inammissibilità del soccorso) riguardo all'offerta economica (che non è certo una dichiarazione) e per alcuni aspetti della offerta tecnica che deve essere valutata in condizioni di totale presidio della *par condicio* dei concorrenti.

Tornando al giudice pugliese, ultimo citato, ancora nella pronuncia si rileva che *“la ratio che è alla base della novella legislativa”* sarebbe da individuarsi nella volontà del legislatore di *“contrastare la proliferazione di un contenzioso di tipo formalistico, improntato alla mera “caccia all’errore” e non di rado finalizzato non al conseguimento del bene della vita, ma all’esercizio di un potere di mera interdizione, ai confini della “linea Maginot” dettata dall’art. 111 Cost, superata la quale non vi è più giusto processo ma il suo abuso; distorsione delle forme processuali e non finalizzazione delle stesse alla tutela di situazioni sostanziali positivamente riconosciute dall’ordinamento”*.

È vero, invece, che il conflitto – per certi aspetti - si è forse acuito a causa delle incertezze applicative della norma innestata nell’articolo 38.

Il giudice *de quo* però rimane fermo nella sua convinzione rilevando che *“ il sistema introdotto dal cennato art. 38 co. 2-bis cod. appalti – e completato, in punto di soccorso istruttorio, dall’art. 46 co. 1-ter – non solo non contrasta con i principi di trasparenza e parità delle parti, ma anzi ne costituisce attuazione, posto che per effetto della novella legislativa l’esclusione dalla gara viene a dipendere non più da complesse indagini – foriere di incertezza, e suscettibili di sfociare in contenziosi dall’esito del pari incerto, tenuto conto dell’orientamento non certo univoco della giurisprudenza sul punto – in ordine alla natura, sostanziale o meno, della documentazione pretermessa, ma dalla volontà dell’impresa di non ottemperare alle specifiche prescrizioni dettate dall’Amministrazione a seguito della riscontrata assenza di uno o più documenti/dichiarazioni, ecc., imposte a pena di esclusione dalla legge o dal bando di gara”*.

In questo senso verrebbe (addirittura) valorizzato il principio della certezza del diritto posto che l’esclusione dell’impresa dalla gara *“costituirà la risultante non più di valutazioni oggettivamente opinabili rese in sede amministrativa e/o giurisdizionale, ma della obliterazione di un percorso procedimentale (la mancata integrazione della documentazione mancante da parte dell’offerente nel termine indicato dall’Amministrazione) dettato nei tempi e nei modi da una puntuale previsione normativa”*.

Finanche, prosegue il giudice, il comma di chiusura della norma in commento viene configurato come una soluzione pratica relevantissima.

Si allude alla invariabilità delle risultanze della gara e quindi alla ininfluenza di ogni variazione che *“intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*.

Alla riflessione autorevole – e per certi versi anche condivisibile, tranne forse sull’ultimo punto – si contrappongono invece le incertezze, non prive di realismo, della **Corte di Giustizia della regione Sicilia espresse con l’ordinanza del 17 aprile 2015 n. 265**.

Proprio in relazione alla questione della non modificabilità delle risultanze degli esiti di gara, il giudice adito si chiede se la norma non sia addirittura incostituzionale per la lesione del diritto di difesa.

In un passo, in particolare, sono piuttosto evidenti i dubbi che, peraltro, sono anche quelli del RUP.

In questo senso, il giudice si chiede se l'atto adottato in autotutela della stazione appaltante **“costituisca tecnicamente, ai sensi e agli effetti di tale disposizione di legge, una variazione che, comunque, non potrebbe rilevare ai fini del calcolo della soglia di anomalia delle offerte”**.

Ancora, **“la soluzione della questione di diritto postula la definizione del perimetro applicativo della disposizione, nel suo richiamo ad “ogni variazione” – non è chiaro se di ogni elemento dell’offerta o solo delle dichiarazioni sostitutive a corredo della medesima – determinatasi non solo in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale ma “anche” – così parrebbe potersi desumere – per effetto di un provvedimento amministrativo di autotutela della stazione appaltante”** pertanto, **“la corretta esegesi della disposizione potrebbe accentuare o, viceversa, neutralizzare i dubbi di legittimità costituzionale già prospettati sotto il profilo della lesione del diritto di difesa, quanto meno con riferimento alla tutela (in forma) specifica che potrebbe ritenersi sacrificata (v. T.A.R. Sicilia, Palermo, n. 639/2015)”**.

Nel caso trattato, il giudice ha respinto l’istanza cautelare confermando la pronuncia del primo giudice (T.A.R. Palermo, sez. I, 583/2015) che ha ritenuto l’atto adottato in autotutela (di riammissione di imprese escluse) come non riconducibile alla fattispecie che afferma l’invariabilità delle risultanze della gara.

### 1.1 La mancata sottoscrizione dell’offerta (economica)

La questione risulta più delicata in relazione, soprattutto, alla carenza di sottoscrizione dell’offerta economica.

Si è già detto che in questo caso non viene in rilievo un difetto in una dichiarazione di scienza ma una grave mancanza di una dichiarazione negoziale (di volontà). A cui, francamente, la norma non sembra riferirsi ed in questo senso – ovvero nel senso dell’impossibilità di sanatoria sia pur a pagamento – già la primissima giurisprudenza sembra escludere una sanatoria salvo il caso in cui l’appaltatore risulti già individuato. **In questo senso l’ordinanza del T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, n. 1790/2015 in cui i fogli dell’offerta recavano comunque il timbro della ditta partecipante.**

Le problematiche poste dalla carenza di sottoscrizione dell’offerta sono note. La stessa ANAC – ma è orientamento costante in giurisprudenza – con la determinazione n. 1/2015 puntualizza come la sottoscrizione dell’offerta abbia la funzione **“di ricondurre al suo autore l’impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l’affidabilità dell’offerta stessa; la sottoscrizione della domanda di partecipazione è un elemento essenziale che attiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipare alla gara”**.

Non v’è dubbio, pertanto, che si è in presenza di un **elemento essenziale della domanda di partecipazione** alla gara nel suo complesso e non certo di dichiarazioni.

È altresì vero, che la carenza di sottoscrizione non sembra essere essenziale in assoluto nel senso che per qualificarsi in questo modo è **necessaria una peculiare connotazione ovvero che da tale carenza derivi “incertezza” sulla provenienza dell’offerta (art. 46, comma 1-bis)**.

È proprio il caso appena citato del T.A.R. Sicilia, Palermo in cui, oggettivamente, non insorgeva alcuna incertezza sulla provenienza dell’offerta.

L’attento giudice siciliano infatti puntualizza che **“seppur l’irregolarità riscontrata è indiscutibile (n.d.a. offerta economica priva di sottoscrizione ma con il timbro della società)**

– e peraltro incontestata – l'Amministrazione non avrebbe dovuto disporre l'esclusione impugnata, a fronte della sicura riconducibilità dell'atto alla richiesta di partecipazione alla gara inoltrata dalla ricorrente. Independentemente dalla apposizione del timbro della società, risulta decisivo rilevare che l'atto si trovava all'interno del plico chiuso, contenente gli atti depositati a corredo alla domanda di ammissione alla gara, regolarmente sigillato e firmato in ogni lembo di chiusura. A fronte di tali emergenze, non appare discutibile la riconduzione dell'atto in questione alla richiesta di partecipazione alla gara inoltrata dalla ricorrente, ed, in assenza di alcuna incertezza sul punto, illegittimamente, ed in contrasto con il principio del favor participationis, ne è stata disposta l'esclusione (cfr. Consiglio di Stato, V, n. 954/2015)".

**Ma se così è, allora perché la mancanza della sottoscrizione dell'offerta – che comunque non determina incertezza sulla provenienza – deve essere qualificata come essenziale? Soprattutto, come accade nell'odierno, se per effetto di tale configurazione discende senza dubbio – se l'appaltatore accetta la proposta di soccorso – l'obbligo di pagare la sanzione.**

La questione quindi, è che la sottoscrizione rimane, a prescindere, un elemento essenziale (artt. 73 e 74 del codice dei contratti) che – oggettivamente – dovrebbe portare all'estromissione del concorrente ma, secondo l'ANAC, è possibile sanare tale mancanza attraverso il soccorso istruttorio a pagamento.

Sul punto, sempre nella determinazione n. 1/2015 (nonostante le titubanze espresse con la bozza della determinazione da parte della stessa Authority) la sottoscrizione pur vero che costituisce *“un elemento essenziale; tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla serietà dell'offerta, la sua eventuale carenza si ritiene sanabile. Infatti, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente (che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza), dal combinato disposto dell'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del Codice, risulta ora sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità (anche degli elementi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge (al bando o al disciplinare di gara), ivi incluso l'elemento della sottoscrizione, dietro pagamento della sanzione prevista nel bando”.*

La puntualizzazione, pur autorevolissima, non persuade. Almeno a chi scrive il passo dovrebbe essere letto nel senso che *pur vero che se non vi sono dubbi su chi ha presentato l'offerta, la sottoscrizione può essere prodotta successivamente alla scadenza dei termini ma solo a pagamento (!).*

La questione non può essere intesa così considerato che se la carenza di sottoscrizione non determina comunque dubbi sulla provenienza **il concorrente non può essere escluso, (T.A.R. Palermo sopra citata) quindi, c'è da chiedersi, per quale ragione dovrebbe pagare la sanzione se – comunque – l'estromissione verrebbe considerata illegittima.**

Dal passo della determinazione dell'ANAC n. 1/2015 si possono dedurre – a ben vedere – due indicazioni.

La prima riguarda il caso in cui la carenza della sottoscrizione determini incertezza sulla provenienza. In questo caso, la stessa autorità esclude la possibilità della sanatoria proprio perché collega la possibilità del soccorso solamente al caso in cui tale incertezza non ci sia.

Inoltre, questa precisazione è coerente con il comma 1-bis dell'articolo 46 del codice che – in relazione al caso di carenza di sottoscrizione che determina incertezza circa la provenienza – commina l'esclusione irrimediabile.

**Il secondo caso, come visto, è una carenza di sottoscrizione che non comporta nessuna difficoltà e/o complicità al RUP o alla commissione di gara. Però, per questo caso,**

**l'ANAC ritiene che l'appaltatore debba, per sanare l'errore, pagare la sanzione, situazione di per sé non priva di complicità proprio perché l'appaltatore potrebbe rifiutarsi e "manipolare" (o contribuire a manipolare) con tale decisione le risultanze della competizione.**

La seconda parte delle affermazioni dell'ANAC non sembrano – a parere di chi scrive – allineata (neanche) con il disposto normativo di cui al comma 1-*bis* dell'articolo 46 del codice.

Come detto, nel fissare il principio di tassatività delle cause di esclusione, il comma 1-*bis* dell'articolo 46 del codice **sembra tipizzare una specifica ipotesi estromissiva** relativa alla sottoscrizione dell'offerta nel momento in cui, testualmente, statuisce che **"la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti (...) nei casi di incertezza assoluta (...) sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione (...)".**

È riguardo a questa ipotesi che si dovrebbe chiarire se il soccorso istruttorio integrativo "a pagamento" possa o meno applicarsi.

Ora immaginare un soccorso nel caso in cui vi sia addirittura **incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta** è una *probatio diabolica*.

Da qualche parte del plico (all'interno) comunque pervenuto alla stazione appaltante un riferimento all'appaltatore ci dovrà pur essere.

Se il collegamento al soggetto che ha presentato la domanda e l'offerta è rinvenibile per il semplice fatto che l'offerta si trova all'interno di un plico sigillato (a prova di manipolazione) la connotazione dell'incertezza assoluta non esiste.

Pertanto, l'esclusione dovrebbe essere preclusa. Ma dovrebbe ritenersi non necessaria la stessa possibilità di proporre un soccorso istruttorio integrativo a pagamento.

**Dovrebbe trattarsi, infatti, di una ipotesi in cui l'appaltatore può essere invitato o con un semplice soccorso specificativo o, meglio ancora, non essere chiamato neppure in modo da evitare che possa scegliere – conoscendo ormai l'epilogo della gara – di non sottoscrivere l'offerta.**

Anche la questione della sottoscrizione dell'offerta, per superare l'inconciliabile dicotomia sanzione pecuniaria/possibilità dell'appaltatore di non pagare "manipolando" l'esito della gara, può essere risolta nella predisposizione del bando di gara o nell'atto di invito facendo chiaramente un riferimento a quanto appena prospettato.

Nel caso in cui, la carenza di sottoscrizione non determini comunque incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, l'offerta è sempre valida e l'appaltatore non deve neppure essere chiamato a regolarizzare. Anche perché qualora cercasse di sconfessare l'offerta in quanto non redatta (e/o decisa) personalmente magari con la riserva di avvantaggiare qualche altro appaltatore, sarebbe un *modus agendi* praticabile solo in una circostanza e non più ripetibile. In ogni caso verrebbe chiamato a chiarire i vari particolari a pena di vedersi escussa la cauzione e subire le ulteriori sanzioni.

In questo caso, pertanto, non si porrebbe nessuna complicità determinata dall'applicazione del soccorso a pagamento o di altra fattispecie di soccorso. L'offerta non viene respinta alla luce di quanto disposto dal comma 1-*bis* dell'articolo 46 ed il comma 2-*bis* non potrebbe neppure operare.

**Nel caso estremo, come bene rileva anche l'ANAC ovvero il caso in cui la mancanza di sottoscrizione si verifichi in una situazione di incertezza circa la provenienza l'esclusione appare irrimediabile e non può, evidentemente, essere ammessa nessuna sanatoria (tanto meno a pagamento).**

## 2. La carenza della domanda di partecipazione

La recente pronuncia del **T.A.R. Calabria, Catanzaro, n. 1320/2015** ha esteso l'ambito applicativo del c.d. soccorso istruttorio integrativo o a pagamento anche ad ambiti differenti dall'appalto riconducendo, peraltro, la nuova fattispecie a norme già contenute nella legge 241/1990 che oggettivamente ammettono interventi di tipo integrativo. Restando fermo, però, il dubbio se tale intervento possa ritenersi ammissibile a danni della *par condicio*.

Tali, potenziali, incertezze sono state ritenute non significative dal giudice *de quo* che enfatizza questa nuova concezione sostanziale delle richieste formali della stazione appaltante (che in certi casi sono tutt'altro che formali) giungendo ad affermare che **“l'assenza di una domanda di partecipazione ad un avviso pubblico di selezione non può comportare l'esclusione del concorrente ove, dalla documentazione prodotta, si evinca con certezza la volontà dello stesso di partecipare alla selezione”**.

Nel caso trattato dall'attento giudice calabrese non si era in presenza di una autentica gara d'appalto ma di un procedimento ad evidenza pubblica per la *“realizzazione di un programma pilota e sperimentale destinato alla locazione permanente la cui gestione è finalizzata a sostenere modelli abitativi solidali da attuare nelle Città con popolazione superiore a 30.000 abitanti”*.

Il ricorrente impugnava la propria esclusione perché – tra gli altri – il progetto presentato risultava “privo dei timbri e delle sottoscrizioni dei professionisti è da considerarsi nullo e, pertanto, inesistente”.

Le contestazioni, oltre che fare riferimento alla possibilità di integrazione ammessa dal comma 2-bis dell'articolo 38 del codice dei contratti, rilevavano che nell'avviso di selezione pubblica non era ben chiaro quali elementi dovessero connotare la domanda di partecipazione, né era accluso un modello di domanda con la conseguenza “che la presentazione della documentazione costituente il plico protocollato con l'oggetto dell'avviso sarebbe espressione sostanziale della volontà della ricorrente di partecipare alla gara (Consiglio di Stato n. 744/2014)”.

I principi del soccorso integrativo, a detta del dogliante, sarebbero applicabili *“anche nelle materie differenti da quelle degli appalti pubblici (Consiglio di Adunanza Plenaria n.9 del 2014)”*.

Come si può intuire, il giudice condivide la rappresentazione del ricorrente precisando che *“quanto alla rilevanza della omessa domanda di partecipazione ai fini della disposta esclusione, fermo restando l'obbligo del soccorso istruttorio mirante a evitare esclusioni meramente formalistiche, applicabile anche a procedure diverse da quelle degli appalti pubblici, il Collegio ritiene che la volontà di voler partecipare alla gara e la riferibilità all'impresa partecipante di quanto effettivamente presentato ben possono essere desunte dal complesso della documentazione presentata, nella misura in cui da quest'ultima possa ricavarsi in modo certo sia la volontà di voler partecipare sia la effettiva identità del partecipante (Cons. Stato, sez. IV, n. 744/2014)”*.

Pertanto, **la richiesta di presentare una domanda avrebbe una rilevanza meramente formale** e questo perché tale previsione, nell'attribuire irragionevolmente rilevanza all'aspetto formale in luogo della sostanza, finisce per operare una **cesura tra clausola e sua funzione teleologicamente orientata alla cura dell'interesse pubblico**, *“allorquando non vengono in discussione, nella sostanza, le ragioni per le quali la clausola medesima era stata prevista; sia in quanto, sacrificando, in ossequio ad un aspetto meramente formale, la partecipazione di*



*un concorrente, incide sul principio di massima possibile partecipazione alla gara, quale strumento di affermazione della più ampia concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n.744/2014)”*.

Pur in carenza di domanda, dal complesso della documentazione prodotta risultava ben evidente la volontà di competere nella procedura avviata pertanto, il provvedimento di estromissione è da ritenersi illegittimo.

La tesi prospettata secondo cui la carenza della domanda di partecipazione all'appalto bandito sembra condivisibile pur non essendo in presenza di una autentica dichiarazione di scienza.

È chiaro che, considerato che la stazione appaltante normalmente predispone un modello di domanda a disposizione dell'appaltatore, la mancata produzione non può che essere considerata come una dimenticanza.

E la sua carenza è facilmente surrogabile dai dati relativi al mittente che, spedendo il plico alla stazione appaltante, dimostra chiaramente la volontà di competere.

Le questioni sulla paternità, pertanto, dovrebbero venir meno anche perché – per un eccesso di zelo – il RUP potrebbe chiedere una “conferma” della partecipazione alla gara quando ancora l'esito della competizione non può essere conosciuto non incidendo – l'intervento in soccorso – sulla annosa questione della *par condicio*.

Si tratterebbe, ovviamente, di una irregolarità essenziale e sanabile previo pagamento della sanzione prevista nella legge speciale ed il RUP potrebbe anche proporre l'inserimento nel bando o atto omologo – a mero titolo esemplificativo – dell'ipotesi considerata dal giudice (la mancata produzione della domanda di partecipazione) prevedendone la produzione postuma in caso di mancato inserimento nei plichi di gara.

### **3. Il caso del subappaltatore necessario “mancante”**

Verso un chiarimento sembra avviarsi la questione dell'indicazione del nominativo nel subappalto necessario ovvero il caso in cui l'appaltatore, privo della necessaria qualificazione – seppure qualificato anche per l'intero importo dei lavori per la categoria prevalente – non ha la possibilità di eseguire in proprio i lavori, ma – a prescindere dall'utilizzabilità dell'avvalimento ex art. 49 d.lgs. 163/2006 – gode di due opzioni: **o la costituzione di una ATI di tipo verticale (con la quale ottiene una integrazione dei requisiti di partecipazione), ovvero il ricorso al subappalto ex art. 118 Codice degli Appalti, ferma la necessità che il subappaltatore sia in possesso della relativa qualificazione.**

Sul punto, deve essere registrato il recente intervento sempre del giudice calabrese del **T.A.R. Catanzaro, sez. I, n. 1262/2015** che ha sostanzialmente confermato l'assunto espresso dall'ANAC (e non anche del Consiglio di Stato).

Il giudice in commento dopo aver rammentato la portata dei due indirizzi giurisprudenziali. In primo luogo ha precisato che secondo l'orientamento maggioritario, pertanto in tale ipotesi, **“l'impresa partecipante sarebbe tenuta, non solo a dichiarare in sede di offerta le lavorazioni che intende subappaltare, secondo la dizione letterale dell'art. 118 co.2 n. 1 del d.lgs. 163/2006, ma anche ad indicare il nominativo dell'impresa subappaltatrice; tanto allo scopo di consentire alla stazione appaltante, già in sede di presentazione delle offerte, la verifica dei requisiti di partecipazione (che sarebbero in questa evenienza cumulativamente posseduti dal partecipante/appaltatore e dal sub-appaltatore; sul punto, da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. IV, ord. 3 giugno 2015 n. 2707 e Cons. Stato, sez. V, ord. 17 giugno 2015 n. 3069, con cui la questione è stata però rimessa all'Adunanza Plenaria ex art. 99 c.p.a.)”**.

Mentre, evidentemente, il soccorso sarebbe ammesso dall'orientamento partecipativo e sostanzialista secondo cui sarebbe “l'esistenza della totale categoria prevalente a legittimare la partecipazione alla gara, pur in carenza dei requisiti nelle categorie scorporabili, purché accompagnata dalla dichiarazione di voler subappaltare le scorporabili”; T.A.R. Pescara, sez. I, 6 novembre 2014 n. 444); posizioni avvalorate, peraltro, anche dall'avviso costantemente espresso sul punto dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (oggi ANAC: cfr. parere del 30 gennaio 2014 n. 11; nello stesso senso, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4, e, da ultimo, determinazione 8 gennaio 2015, n. 1).

A questo orientamento, il giudice calabrese aderisce considerato che “la omessa ottemperanza all'obbligo di indicazione nominativa del subappaltatore non può dar luogo alla immediata esclusione dell'impresa partecipante, ma comporta la necessaria attivazione del c.d. “soccorso istruttorio” (disciplinato dall'art. 38 co. 2-bis d.lgs. 163/2006, applicazione specifica del principio del “giusto procedimento” ex art. 97 Cost.), spiegando tale principio interlocutorio generale forza espansiva anche in relazione all'ipotesi di “mancanza assoluta delle dichiarazioni” concernenti elementi essenziali – tali essendo i requisiti di qualificazione alla cui verifica è preordinato l'obbligo di conio giurisprudenziale della indicazione nominativa del subappaltatore – e particolare rilievo nel caso specifico, alla luce della sussistenza in materia di “regole non connotate da chiarezza, precisione e univocità” (analogamente, T.A.R. Palermo, sez. I, 29 aprile 2015 n. 1040; C.G.A., ord. 15 dicembre 2014 n. 618)”.

L'orientamento giurisprudenziale più rigoroso ha trovato una recente conferma – come anche si è già detto nel settimanale – con la pronuncia del **Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 21 luglio 2015 n. 3615**.

Secondo il giudice di Palazzo Spada, il nome del subappaltatore può essere omesso solo nel caso in cui il subappalto rappresenti una facoltà; mentre nella circostanza in cui l'impresa non abbia il requisito ed il subappalto si impone è necessaria l'indicazione del nome a pena di irrimediabile esclusione dalla competizione.

La *ratio* di questo orientamento risiede nell'imprescindibile esigenza di evitare che l'aggiudicazione avvenga in favore di un soggetto sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al quale, diversamente opinando, dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma **addirittura di acquisire i requisiti in questione** a gara conclusa, in violazione del principio della *par condicio* e con il rischio per l'amministrazione procedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara (Cons. Stato, IV, 26 maggio 2014, n. 2675).

Le considerazioni, naturalmente, non devono essere sottovalutate e questo, del resto, è il pericolo paventato in relazione ad una fattispecie di soccorso integrativo che si vorrebbe ammesso in ogni momento procedurale ivi comprese le offerte tecniche ed economiche.

Si tratterebbe però, nel caso del subappaltato necessario, di anticipare l'acquisizione del nome attraverso il soccorso per consentire la verifica sui requisiti e quindi effettuando le operazioni prima di giungere all'aggiudicazione.

### **3.1 Il recente intervento dell'Adunanza Plenaria**

L'indicazione del nominativo del subappaltatore, già in sede di presentazione dell'offerta, non è obbligatoria neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art. 72, comma 2, del regolamento attuativo del codice (d.P.R. n. 207/2010).

È questo, in sintesi, il principio di diritto affermato in Adunanza Plenaria dal Consiglio di Stato, sez. V, n. 9/2015 chiamato ad esprimersi con ordinanza n.2707/2015 del 3 giugno 2015 con cui la IV sez. ha posto al Consesso la questione relativa *“alla necessità (o meno) dell’indicazione nominativa, al momento della presentazione dell’offerta, dell’impresa subappaltatrice, nelle ipotesi”* in cui l’appaltatore concorrente risultasse sprovvisto del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili ed abbia *“manifestato l’intenzione di subappaltare le relative lavorazioni”*.

Il collegio, come anche visto sopra, dà conto delle tesi contrapposte formatesi in materia. In particolare, la prima – la più rigorosa ed oggi forse prevalente seppur contraria alle posizioni sostenute dall’AVCP e dall’ANAC – sostiene l’esigenza, già in fase di presentazione dell’offerta, dell’indicazione del nominativo del subappaltatore “necessario” in relazione alle lavorazioni per cui l’appaltatore risulti privo delle necessarie qualificazioni *“di guisa da permettere alla stazione appaltante il controllo circa il possesso, da parte della concorrente, di tutti i requisiti di capacità richiesti per l’esecuzione dell’appalto”*.

La tesi meno rigorosa, e minoritaria, invece nega – invero attraverso una *“corretta esegesi delle regole che presidiano i requisiti di qualificazione”* – che, ai fini della partecipazione alla gara, *“sia necessario il possesso della qualificazione anche per le opere relative alle categorie scorporabili”* prevedendo il solo obbligo di indicazione delle lavorazioni che il concorrente intende affidare in subappalto, ma non anche del nome dell’impresa subappaltatrice.

Dalla lettura dell’attuale impianto normativo, si evidenzia ancora nell’intervento dell’A.P., sono da ritenersi precluse pertanto le opzioni *“ermeneutiche additive, analogiche, sistematiche o estensive, che si risolverebbero, a ben vedere, nell’enucleazione di una regola non scritta (la necessità dell’indicazione del nome del subappaltatore già nella fase dell’offerta) che (...) configgerebbe con il dato testuale della disposizione legislativa dedicata alla definizione delle condizioni di validità del subappalto (art.118, comma 2, d.lgs. cit.) e che, nella catalogazione (esauriente e tassativa) delle stesse, non la contempla”*.

Alla luce di quanto, il collegio rileva che dall’insieme delle disposizioni normative codicistiche e regolamentari si possono enucleare sostanziali principi guida della stazione appaltante e per gli appaltatori.

In primo luogo, *“per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l’importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili (neanche in quelle indicate all’art.107, comma 2, d.P.R. cit.)”*.

Ovviamente, le lavorazioni delle opere scorporabili (nelle categorie di cui all’art. 107, comma 2, del regolamento attuativo del codice) non possono essere eseguite direttamente dall’affidatario se questo risultasse sprovvisto della relativa qualificazione e, nell’ipotesi in argomento, evidentemente *“il concorrente deve subappaltare l’esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione”*.

In quest’ultimo caso – e ciò costituisce l’essenza dirimente del principio – *“la validità e l’efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell’offerta”* solo le lavorazioni da subappaltare e che abbia, poi, trasmesso *“alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell’inizio dei lavori subappaltati”*.

Con la logica conclusione secondo cui la pretesa affermazione dell’obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore all’atto dell’offerta, sempre secondo la Plenaria, *“si risolverebbe in una eterointegrazione del bando (...), mediante l’inammissibile inserzione automatica nella lex specialis”* di un vincolo non previsto da alcuna disposizione normativa cogente.

#### 4. Il punto è sempre la latitudine della norma

La questione che rimane aperta è sempre quella della necessità che venga chiaramente distinta la differenza tra dichiarazioni sostitutive (dichiarazioni di conoscenza) emendabile e dichiarazioni di volontà (ed impegno).

Se la netta separazione non viene consacrata in modo definitivo ed autorevole l'ambiguità della norma determinerà solo un aumento di contenzioso privando di certezza l'intero procedimento condotto dalla stazione appaltante.

In questo senso, appare interessante la pronuncia del giudice del **Tar Latina (n. 522/2015)** in cui, riguardo alla pretesa di regolarizzare la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali (che devono essere precisati dall'appaltatore con l'offerta) ha puntualizzato – in modo convincente – che *“l'articolo 38, comma 2 - bis del d. lgs. n. 163 del 2006 richiama le deficienze “degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2”, quindi riconduce l'operatività del soccorso istruttorio a vicende correlate ai requisiti generali dei partecipanti e/o “anche dei soggetti terzi” (articolo 46, comma 1 - ter); il tutto, con riguardo ad un ambito particolare (dichiarazioni sostitutive) ed al contenuto (elementi) ad esso assegnato, al quale resta tuttavia estranea la mancata, specifica indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, vale a dire di un adempimento che si colloca sul versante della consistenza dell'offerta economica e giustifica, anche ex articolo 46, comma 1-bis d.lgs. citato, l'esclusione”*.

Orientamento dominante appena sconfessato in un caso specifico (riferito all'aggiudicazione di appalti esclusi con bando che non richiama espressamente l'applicazione delle norme di cui agli artt. 86 commi 3-bis e 3-ter e 87 comma 4, del Codice dei contratti).

In questo caso specifico il **Consiglio di Stato, sez. III del 28 settembre 2015 n. 4537** ha puntualizzato che nelle gare aventi ad oggetto servizi esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici (all. II B — servizi sanitari e sociali), *“la mancanza nel bando di una previsione specifica non esenta i concorrenti dal dovere di indicare gli oneri della sicurezza aziendale e dall'osservare le norme in materia di sicurezza sul lavoro, ma comporta soltanto che, ove la stazione appaltante non si sia autovincolata nella legge di gara ad osservare la disciplina di dettaglio dettata dagli artt. 86 commi 3-bis e 3-ter e 87 comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il concorrente, che non abbia indicato i suddetti oneri della sicurezza nella propria offerta, deve essere chiamato a specificarli successivamente, nell'ambito della fase di verifica della congruità dell'offerta stessa, all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere (che sussiste anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del servizio (Consiglio di Stato, sez. III, 8 luglio 2014, n. 3484; 21 gennaio 2014, n. 280; 18 ottobre 2013, n. 5070)”*.

#### 5. Il mandato (nell'ATI costituenda) a stipulare il contratto in caso di aggiudicazione

La questione della latitudine dei confini applicativi della norma in commento che torna con altro aspetto specifico di recente esaminato relativo alla partecipazione all'appalto dell'ATI costituenda.

È noto che in tale caso, a mente del comma 8, dell'articolo 37 del codice dei contratti, non solo *“l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti”* ma altresì questa deve essere

corredata dall'impegno secondo cui *"in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti"*.

È fuor di dubbio che questa sia qualcosa di diverso da una dichiarazione di scienza, non a caso il **Consiglio di Stato, sez. III, con la recente sentenza del 2 ottobre 2015, n. 4620** ha affermato che *"la dichiarazione in questione non costituisce una mera formalità, ma è il documento che contiene l'impegno delle imprese mandanti a conferire il mandato collettivo speciale con rappresentanza alla mandataria"*.

Sulla base di tale argomentazione il giudice di Palazzo Spada ha escluso il soccorso istruttorio ma ai sensi dell'articolo 46 del codice (comma 1) ovvero nella fattispecie (ridotta) specificativa di documenti già prodotti.

Nel caso di specie, infatti, veniva in considerazione un appalto avviato ante entrata in vigore del d.l. 90/2014 quindi ante vigore del soccorso integrativo che pertanto non poteva applicarsi al caso di specie.

In relazione a quanto, il giudice rileva che nel caso di specie, *"ad avviso del Collegio, non troverebbe applicazione (secondo il regime vigente all'epoca) l'invocato primo comma dell'art. 46 del codice (che consente l'integrazione di documentazione incompleta), ma il comma 1-bis, che commina l'esclusione dell'offerta, ove la stazione appaltante rilevi il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti"*.

Ed è proprio l'inciso al regime vigente che induce a ritenere che pur in presenza di una dichiarazione di volontà (un impegno vero e proprio) il soccorso a pagamento potrebbe supplire la carenza in cui sono incorse le imprese costituenti in ATI.

Sul punto, insiste infatti già rilevante precedente. In questo senso, in tempi recenti può essere rammentata la pronuncia del **T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II del 14 agosto 2015, n. 1335** con cui si è affermato che per i raggruppamenti temporanei non ancora costituiti, l'ipotesi di omessa allegazione dell'atto di impegno di cui all'art. 37, ottavo comma, del Codice, trattandosi di dichiarazione "essenziale" prescritta da una specifica norma di legge, rientrerebbe *"nell'ampio spettro delle incompletezze documentali suscettibili di sanatoria con le modalità stabilite dall'art. 46, comma 1-ter, del Codice"*.

## 6. La sanzione pecuniaria

Maggiori certezze sembrano profilarsi in relazione alla questione del pagamento della sanzione. Definita la questione della procedura che, ossequiando le considerazioni dell'ANAC espresse nella determinazione n. 1/2015, inducono a ritenere non automatica (quale conseguenze della irregolarità commessa) la sanzione ma rimessa alla discrezionalità dell'appaltatore escusso dalla stazione appaltante che potrebbe preferire di essere estromesso dalla competizione, rimane fermo il fatto che questa – se interviene la regolarizzazione – deve essere pagata.

Sul punto, ha avuto modo di esprimersi, recentemente, il **T.A.R. Molise, Campobasso sez. I, con la sentenza n. 345/2015**.

Nel caso di specie – e costituiva censura del ricorrente – l'aggiudicatario veniva invitato dalla commissione di gara ad integrare una dichiarazione mancante relativa al rispetto delle norme che disciplinano il diritto del lavoro dei disabili.

L'integrazione, evidentemente, veniva richiesta ai sensi della nuova fattispecie di soccorso istruttorio integrativo prevista nel comma 2-bis dell'articolo 38 del codice dei contratti configurata come irregolarità essenziale sanabile.

La stazione appaltante – come acclarava lo stesso giudice - **non richiedeva alla aggiudicataria “il pagamento della sanzione pecuniaria”** prevista dalla norma.

**Secondo il ricorrente tale violazione doveva ritenersi di gravità tale da configurare “una violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 2-bis e 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006, violazione delle regole di gara ed in particolare del disciplinare; elusione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa”.**

In sostanza, l'appaltatore sosteneva che tale violazione – ovvero il mancato pagamento della sanzione pecuniaria – doveva essere considerata **di intensità tale da determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione.**

Il giudice adito si dimostra di diverso avviso anche perché, e bene si evidenzia in sentenza, l'omesso pagamento della sanzione non risultava affatto imputabile all'aggiudicatario ma alla circostanza che la legge speciale di gara non aveva recepito la previsione e materialmente non prevedeva l'importo della sanzione da pagare.

In sentenza si legge che **“il mancato pagamento della sanzione prevista dall'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006 non può comportare nel caso di specie l'esclusione dalla gara tenuto conto che l'omissione è imputabile non alla aggiudicataria bensì alla stazione appaltante che ha omesso di quantificarla e di richiederne il pagamento”.**

La particolare situazione venutasi a creare ben legittimava **una integrazione successiva ovvero, al limite, un pagamento tardivo**, addirittura successivo alla stipula del contratto d'appalto (eventualmente anche attraverso l'escussione della cauzione).

**In questo senso il collegio rileva che il mancato pagamento ben può considerarsi “susceptibile di doverosa regolarizzazione da parte della stazione appaltante anche in fase successiva alla aggiudicazione e stipula del contratto e non condizionante, in assenza di espressa previsione di legge”, della “validità ed efficacia della aggiudicazione, una volta che la regolarizzazione della dichiarazione omessa sia stata eseguita, come nel caso di specie, nel termine di legge concesso dalla stazione appaltante”.**

Rimane ferma, a parere di chi scrive, la riflessione che la richiesta di pagamento è obbligatoria da parte del RUP a pena di danno erariale.

In tema si deve rammentare uno dei primi interventi giurisprudenziali che ha confermato la precisazione dell'ANAC secondo cui la sanzione pecuniaria non è conseguenza della irregolarità ma della decisione dell'appaltatore di accettare la proposta di soccorso istruttorio ex comma 2-bis dell'articolo 38 del codice presentata dal RUP.

In questo senso, il **T.A.R. Parma, sez. I, con ordinanza cautelare n. 142/2015 depositata il 10 luglio** è intervenuto sulla questione della sanzione pecuniaria collegata al soccorso istruttorio a pagamento o integrativo introdotto dal d.l. 90/2014 ed innestato nel comma 2-bis dell'articolo 38 (ed esteso alla dichiarazione di terzi con il comma 1-ter dell'articolo 46).

È nota la posizione sostenuta dall'ANAC con la determinazione n. 1/2015 (e successivi chiarimenti) che – nel tentativo di conciliare la nuova fattispecie di soccorso integrativo al modello comunitario – ritiene che la sanzione debba essere disposta per ogni irregolarità essenziale sanabile **ma la decisione sul suo pagamento o meno dipende dall'appaltatore a seconda che intenda aderire o meno alla proposta di soccorso istruttorio.**

In particolare, nella determinazione si legge che la “sanzione individuata negli atti di **gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio**”.

In sostanza, sotto il profilo del procedimento, il soccorso integrativo si riduce ad una vera e propria proposta di soccorso istruttorio del RUP all'appaltatore interessato con l'evidenza che, l'eventuale adesione/accettazione, implica il pagamento di una sanzione pecuniaria.

L'appaltatore potrà decidere o meno di aderire – nel termine perentorio assegnato – ed anche di suggerire l'utilizzo della cauzione che poi dovrà però reintegrare a pena di esclusione.

Una posizione, quella dell'ANAC, chiaramente deflattiva del contenzioso, meno vessatoria per l'appaltatore ma, almeno in apparenza, non perfettamente aderente al dettato normativo che associa un obbligo – per il RUP – di comminare la sanzione per gli errori essenziali a prescindere dalle valutazioni dell'interessato. Il cui pagamento (ed integrazione), pertanto, costituisce condizione per poter restare nel procedimento.

L'ordinanza in commento fornisce un primo chiarimento sulla questione **ritenendo persuasiva la posizione espressa dall'ANAC con la determinazione n. 1/2015**.

È questa, in sintesi la statuizione espressa con l'ordinanza in parola. Nel caso di specie, il ricorrente impugnava la determinazione del dirigente della stazione appaltante avente ad oggetto “**escussione parziale della cauzione provvisoria prodotta dalla Ditta ricorrente a titolo di pagamento della sanzione pecuniaria per irregolarità essenziale riscontrata nei documenti di gara**”.

Il giudice ha ritenuto fondata, in prima lettura, l'interpretazione fornita dall'Authority rilevando “che ad un primo sommario esame, il ricorso appare fondato **essendo condivisibile l'interpretazione del comma 2-bis dell'art. 38 del Codice dei contratti data dall'ANAC e invocata dalla ricorrente, in quanto più in linea con la ratio deflattiva sottesa alla novella normativa in discorso**”.

Concludendo che sarebbe “**illogica e ingiustamente afflittiva la sanzione pecuniaria per il concorrente che, reso edotto dell'incompletezza o di altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, scelga di ritirarsi dalla competizione (non avvalendosi del soccorso istruttorio) consentendo alla stazione appaltante di procedere celermente con le operazioni di gara senza strascichi giudiziari**” (pertanto ha concesso la misura cautelare della sospensione dell'efficacia della determinazione di escussione della cauzione provvisoria fissando l'udienza per la trattazione del merito al 10 febbraio 2016).

## **7. Un caso recente sulla questione della sanzione pecuniaria**

È interessante soffermarsi sulla recente sentenza del **T.A.R. Abruzzo, sez. I, L'Aquila depositata il 5 novembre 2015 n. 753** relativa ad un particolarissimo “tentativo” della stazione appaltante di ripescare – senza che in tal senso ricevesse alcuna richiesta o sollecito dall'impresa – l'appaltatore escluso dalla gara per carenze sulla progettazione presentata.

La censura sul comportamento tenuto dalla stazione appaltante, da parte dell'appaltatore, consente di mettere in evidenza una delle conseguenze possibili – ovviamente paradossali – della nuova fattispecie di soccorso ampliato o a pagamento di cui al comma 2-bis dell'articolo 38 del codice dei contratti.

Come più volte ribadito, la disposizione in parola nella sua singolare articolazione di esigere una sanzione per poter correggere un errore/mancanza che altrimenti avrebbe determinato

l'irrimediabile esclusione – seppur valida nella sua funzione di argine alla tendenza ad estromettere dalle competizioni le offerte presentate per meri errori formali – risulta formulata in modo non proprio chiarissimo rimettendo, come spesso capita, ogni problematica applicativa al RUP o alla commissione di gara con inevitabili imbarazzi.

Che la disposizione in commento sia stata formulata in maniera discutibile è affermazione autorevolissima espressa in Adunanza Plenaria, con sentenza n. 16/2014 del Consiglio di Stato che ha precisato come *“la disposizione, poi, distingue, con un lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative (e, quindi, anche di contenzioso), la diversa fattispecie di irregolarità non essenziali o di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per la quale viene esclusa la necessità di regolarizzazione e, a fortiori, l'applicabilità della sanzione dell'esclusione”*.

Si tratta, prosegue il Consenso, *“di una disposizione che, a prescindere dalle prevedibili difficoltà esegetiche sottese alla qualificazione come essenziali o meno delle irregolarità delle dichiarazioni sostitutive in questione, risulta finalizzata proprio a superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli artt.38 e 46 d.lgs. cit., mediante la proceduralizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie)”*.

È proprio l'ultimo inciso, laddove si collega l'esclusione al solo comportamento riottoso dell'appaltatore escusso con il soccorso istruttorio che consente di sostenere, diversamente da quanto evidenziato – come noto – dall'ANAC con la determinazione n. 1/2015, che la sanzione deve sempre essere pagata.

Nonostante quanto, è altrettanto noto che dalla prima giurisprudenza – compresa la pronuncia in commento – ha avvallato l'interpretazione dell'autorità anticorruzione pertanto l'appaltatore paga la sanzione solo se decide di accettare la proposta di soccorso istruttorio della stazione appaltante.

Nella questione affrontata dal giudice, nella sentenza in commento, **si assiste ad una interpretazione del soccorso integrativo in modo ancora diverso rispetto ad altre fattispecie affrontate.**

Nel caso di specie, l'appaltatore impugnava la nota della stazione appaltante con cui questa irrogava la sanzione pecuniaria di cui al comma 2-bis evidenziando al giudice che la commissione di gara aveva già provveduto ad escluderlo *“per incompleta dimostrazione del requisito della progettazione esecutiva, e tale esclusione, seppur non condivisa, era stata accettata con conseguente rinuncia all'impugnativa”*.

Semplificando, la ricorrente aveva, suo malgrado accettato l'estromissione ma ciò nonostante, si legge sempre nella censura, la commissione di gara – senza alcuna domanda di parte – *“in successiva seduta”* riammetteva in gara la ricorrente, disponendo il soccorso istruttorio ex artt. 38 comma 1-bis (n.d.a. evidentemente 2-bis) e 46 comma 1-ter del codice dei contratti, *“ed irrogando nel contempo alla ricorrente stessa la sanzione prevista da tali norme (quantificata in euro 18.0000,00), per mancanza nell'offerta di un requisito essenziale previsto dal disciplinare, nel contestato presupposto della debenza di detta sanzione, a prescindere dalla regolarizzazione intimata”*.

La ricorrente a questo punto formulava istanza di riesame ex art. 243-bis del codice dei contratti, censurando *“l'illegittimità dell'ostinata richiesta della sanzione e del tentativo di*



escutere la cauzione, **nonostante il ribadito intendimento di non rientrare in una gara ormai ritenuta priva di qualsiasi interesse, ma a tale istanza il comune rispondeva in senso negativo**" rilevando che la ditta avrebbe in realtà accettato la proposta di soccorso e, pertanto, di integrare il requisito mancante.

Praticamente, e questo è davvero singolare, la stazione appaltante pretendeva di "ri pescare" l'appaltatore escluso e, senza che questo avesse richiesto di essere riammesso ed anzi, attraverso un comportamento acquiescente, dimostrando il contrario, la commissione di gara pretendeva il pagamento della sanzione e di sanare l'irregolarità.

Secondo il ricorrente tale comportamento era fondato sul fatto che la stazione appaltante volesse solamente *"pervenire alla riscossione della sanzione pecuniaria ivi prevista, nonostante il disinteresse al prosieguo della gara manifestato dalla ditta, una volta preso atto del provvedimento espulsivo a suo carico adottato dalla p.a. precedente"*.

In questo modo, la stazione appaltante – secondo il ricorrente – **"avrebbe strumentalizzato ai suoi fini le nuove disposizioni sul soccorso istruttorio, ivi comprese quelle che prevedono la sanzione pecuniaria, ma solo nel caso (che qui non ricorre) in cui il concorrente abbia manifestato interesse alla riammissione. Tra l'altro, i requisiti di progettazione esecutiva da integrare – una volta data per buona la tesi ermeneutica dell'amministrazione – risulterebbero impossibili da reperire ex post"**.

Il comune replicava che la sanzione dovesse essere recuperata a prescindere dalla volontà (o possibilità) della ditta di conformare l'offerta irregolare alla *lex specialis* considerato che *"tale sanzione non costituirebbe affatto una sorta di corrispettivo dell'eventuale regolarizzazione, ma il ristoro per il disagio di aggravamento della procedura, comunque causato dallo scrutinio di un'offerta irregolare, ex se incapace di concorrere"*.

Come si può intuire, la difesa della stazione appaltante non è stata ritenuta persuasiva da parte del giudice che ha statuito l'illegittimità e la irritualità del **"ripescaggio operato dalla stazione appaltante. in ordine ad una esclusione già decretata, ed ormai consolidata per mancata impugnativa"**.

Anche a voler dare credito alla interpretazione della commissione di gara – annota il giudice –, ovvero ritenere la sanzione pecuniaria quale conseguenza automatica (o addirittura come ristoro per gli inconvenienti creati al procedimento) resta indubbio, si precisa nella pronuncia, *"che la procedura sanzionatoria, associata all'invito alla regolarizzazione dell'offerta, debba presentare un continuum cronologico e procedimentale con il primo scrutinio di inammissibilità dell'offerta stessa"*.

Viceversa, ove la stazione appaltante – senza procedere in modo consequenziale nel senso sopra accennati – abbia concluso la fase di gara **con una esclusione ormai consolidata ed accettata dalla ditta interessata, "non è comunque configurabile una riapertura della vicenda a distanza di tempo da parte della stessa p.a. – senza neanche alcuna formalità di autotutela ex art. 21-nonies legge 241/1990 – mediante"** una semplice **"prospettazione di un soccorso istruttorio d'ufficio, in realtà prodromico alla richiesta della sanzione pecuniaria ad esso strettamente correlata (e reclamata a prescindere dalla regolarizzazione)"**.

In modo condivisibile, il giudice abruzzese chiarisce che una volta che la ditta partecipante abbia preso atto del provvedimento di estromissione dalla competizione può, evidentemente, **"ragionevolmente archiviare la vicenda e dirigere le sue energie d'impresa verso altri obiettivi, per cui il "ritorno" improvviso a distanza di mesi della stazione appaltante, che detta le regole per il rientro in una gara ormai fuori dagli interessi della stessa ditta**

**esclusa, non può vincolare quest'ultima alla riapertura forzata di un programma ormai superato (né ad assoggettarsi a procedure sanzionatorie collegate a tale ripescaggio)".**

Chiaramente si tratta di una interpretazione – quella della stazione appaltante – assolutamente non condivisibile ma, come anticipato in premessa –, che ribadisce e sottolinea l'esigenza di una revisione della disposizione sul soccorso integrativo. Circostanza che dovrebbe verificarsi già con il nuovo codice che, quanto meno, elimina l'onere finanziario.

La nuova norma, però – a parere di chi scrive – dovrebbe essere maggiormente dettagliata in relazione all'ambito oggettivo di applicazione per evitare indebiti sconfinamenti da parte dei RUP o da parte delle commissioni di gara.

## **8. Soccorso istruttorio “a pagamento” e appalti esclusi: la giurisprudenza è divisa**

Recente giurisprudenza, oltre a confrontarsi con il dato interpretativo/applicativo del disposto di cui al comma 2-bis dell'articolo 38 del codice che ha introdotto nell'ordinamento giuridico degli appalti il soccorso istruttorio integrativo o a pagamento, ha avuto modo di interrogarsi anche sulla questione dell'applicabilità diretta o mediata – e quindi operante attraverso uno specifico richiamo nella legge di gara – della fattispecie nelle procedure di aggiudicazione degli appalti esclusi dall'applicazione integrale dell'intero impianto codicistico. Giungendo, peraltro, a soluzioni contrapposte.

Tale situazione di incertezza, evidentemente, richiama ad una maggiore attenzione da parte del RUP – e delle stazioni appaltanti – in fase di redazione della disciplina di gara.

In tema, ha avuto modo di pronunciarsi il T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, che con la sentenza depositata il 30 aprile 2015 n. 1458, ha puntualizzato che il comma 2-bis dell'articolo 38 del codice degli appalti si applica anche agli appalti esclusi dell'allegato II B del codice.

Nel caso di specie veniva in considerazione la legittimità dell'aggiudicazione di un appalto di “servizi di integrazione scolastica/assistenza specialistica (categoria 25 - «Servizi sanitari e sociali» di cui all'all. II B - punto II.1.3 del bando)”.

Il censurante, tra le diverse doglianze, sosteneva, in particolare, l'illegittimità della richiesta di integrazione della dichiarazione sostitutiva dei requisiti generali che risultava carente in relazione alla figura del vice-presidente dell'aggiudicatario.

Richiesta di integrazione effettuata proprio in applicazione di quanto dispone il comma 2-bis con l'assegnazione di 5 giorni di tempo per l'integrazione, a pena di estromissione della competizione. All'appaltatore veniva comminata anche la sanzione pecuniaria pari all'1/1000 rispetto alla base d'asta.

Ossequiata la richiesta, l'appaltatore in questione veniva dichiarato aggiudicatario dell'appalto.

Avverso tale decisione insorgeva altro partecipante alla competizione il quale paventava che “l'art. 38, comma 2-bis non sarebbe applicabile, rientrando i servizi de quibus nel novero di quelli di cui all'all. II B Codice Appalti (e, pertanto, risultando tale norma operante nei soli limiti di cui al disciplinare di gara) ed avendo la stazione appaltante richiesto l'integrazione documentale a procedimento concluso”.

L'argomentazione – come le altre sollevate – non è stata ritenuta persuasiva dal giudice pugliese che ha ritenuto che “quanto previsto dal summenzionato art. 38, comma 2-bis”, sia “applicabile quale principio generale anche agli appalti di cui all'all. II B d.lgs. n. 163/2006”.

In posizione, sostanzialmente, differente si è posto – sempre in tema di aggiudicazione di appalti esclusi –, invece, il giudice sardo del T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, con sentenza del 24 aprile 2015 n. 733.

Nel caso *de quo* – pur non venendo direttamente in considerazione il comma 2-bis –, a margine di una vicenda in cui si contestava, semplificando, la non ritualità e/o congruità della dichiarazione sui requisiti rispetto al formalismo di cui all'articolo 38, il collegio isolano non ritenendo persuasive le ragioni del dogliante ha affermato, invece, che *“l'articolo 38 del d.lgs. 163/2006 non risulta ex se direttamente applicabile alla fattispecie in esame, trattandosi di servizio rientrante in quelli di cui all'allegato II B, ai sensi dell'articolo 20 del d.lgs. 163/2006 (c.d. settori esclusi)”*.

In definitiva, la disposizione in parola, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice pugliese non sarebbe applicabile direttamente ma solo nel caso in cui la stazione appaltante si sia, nella redazione della legge di gara, specificatamente autovincolata nell'applicazione di norme e/o procedure.

Alla luce di quanto, pertanto, in attesa di eventuali considerazioni dell'ANAC – che con la determinazione n. 1/2015 non è intervenuta sul tema affermandone implicitamente l'applicabilità – appare opportuno che il RUP nella predisposizione della disciplina di gara per l'aggiudicazione di appalti esclusi valuti attentamente se optare per una richiesta di compilazione di una dichiarazione sostitutiva sulla base dell'articolo 38 del codice, decisione che automaticamente impone alla stazione appaltante di applicare anche la fattispecie di soccorso istruttorio rafforzato, oppure limitarsi a richiedere una dichiarazione generica sul possesso dei requisiti, praticamente, annullando ogni onere formale a carico dell'appaltatore che partecipa alla gara. Ma con indubbe semplificazioni procedurali.

---

## **7.2 La “taratura” dei requisiti speciali**

Aspetti maggiormente di sostanza, invece, riveste la questione dei requisiti speciali di esperienza e/o di fatturato che qualificano – soprattutto per le forniture e servizi senza un sistema di qualificazione – l'affidabilità dell'appaltatore e la sua capacità di eseguire secondo un certo standard qualitativo le prestazioni.

Mentre la questione può essere non rilevante in relazione alle forniture e/o alla gestione di servizi “ordinari” il tema può avere rilievo in relazione ad un certo tipo di servizio. Si pensi anche al caso – che si ritiene positivo – in cui vengano accentrati anche i procedimenti di acquisizione dei servizi sociali.

La concertazione sui requisiti speciali può essere rilevante soprattutto per la capacità di sbarramento che un certo dato del fatturato o esperienziale può determinare. L'abbassamento del livello “qualitativo” richiesto, pertanto, potrebbe allargare la partecipazione e favorire la facile individuazione dell'affidatario. In certi casi, però, il comune che richiede la gara potrebbe esigere una partecipazione particolarmente qualificata con il rischio di non ritenersi soddisfatto della prestazione resa dall'affidatario individuato da un soggetto terzo (la stazione unica appaltante).

Quindi, anche in questo caso, si tratta di disciplinare l'eventuale momento della condivisione o rimettere interamente il momento propedeutico alla stazione appaltante ed accettare l'affidatario individuato.

### **7.3 La recente giurisprudenza sulla corretta interpretazione del dato esperienziale**

La recente pronuncia del **T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, depositata il 17 settembre 2015 n. 2815** fornisce alcune precisazioni in tema di criteri cc.dd. di *sbarramento* ovvero requisiti "speciali" che il RUP può richiedere nel bando di gara quale condizione necessaria per poter partecipare alla competizione.

Nel caso di specie, l'appalto in questione era relativo all'assegnazione – per la durata di un anno – dei "*servizi di portineria e custodia dei beni immobili comunali, attacchinaggio, propaganda fonica e postalizzazione della corrispondenza*" e nel bando di gara – tra gli altri – si richiedeva una esperienza in servizi analoghi di almeno un triennio (presso una pubblica amministrazione).

Il ricorrente, dapprima risultato aggiudicatario provvisorio – aggiudicazione poi revocata – impugnava la determinazione di aggiudicazione definitiva censurando, in particolare, la violazione ed il "*malgoverno*" delle disposizioni contenute negli artt. 41 e 42 del codice dei contratti.

In particolare, il ricorrente denunciava l'errata valutazione da parte della stazione appaltante dei propri requisiti (il dato esperienziale) e, in subordine, la decisione "sproporzionata" e, pertanto, illegittima di richiedere una esperienza di almeno tre anni in relazione ad un appalto della durata di un solo anno.

In relazione alla valutazione del dato esperienziale, l'appaltatore certificava una esperienza di oltre 36 mesi nei servizi posti a base di gara (per un totale, a suo dire di 54 mesi) con una particolarità relativa al fatto che lunghi periodi di svolgimento del servizio (ed i relativi affidamenti) **erano avvenuti contemporaneamente**.

In sostanza, il ricorrente pretendeva che la stazione appaltante valutasse ogni periodo di appalto anche quelli svolti in contemporanea. Ovviamente la stazione appaltante si atteneva ad una interpretazione ragionevole della prescrizione del bando che si riferiva ad una esperienza – pur non continuativa né svolta nell'ultimo triennio – non da intendersi cumulativamente ovvero sommando i diversi affidamenti ricevuti contestualmente.

In questo senso il giudice, respingendo il primo motivo di censura rileva che il requisito di capacità tecnica dell'esperienza triennale, previsto dalla

*lex specialis* quale indice di professionalità e competenza già maturate, doveva essere “logicamente inteso con riferimento al complessivo arco temporale di trentasei mesi (...), in relazione al quale (...) non” potevano “possono essere cumulati servizi svolti contemporaneamente in periodi coincidenti”.

Secondo il collegio, in modo condivisibile, ammettere, ai fini della sussistenza del requisito esperienziale in parola, il “cumulo dei periodi di servizio contestuali (come, invece, sostenuto dalla cooperativa ricorrente)” avrebbe contraddetto “palesamente” fino ad “eludere sostanzialmente la ratio della specifica previsione, volta a garantire la capacità ed idoneità tecnica (in termini, appunto, di esperienza acquisita) del potenziale contraente, dovendosi, viceversa, irragionevolmente ritenere idonei alla maturazione del requisito speciale de quo anche (solo) trentasei affidamenti mensili svolti contestualmente”.

Per effetto di quanto, la revoca dell’aggiudicazione provvisoria è stata ritenuta atto legittimo proprio perché difettava in capo al ricorrente una delle condizioni “speciali” minime richieste dalla stazione appaltante ovvero una esperienza non inferiore al triennio.

Sono interessanti, anche dal punto di vista pratico, le ulteriori constatazioni del giudice in relazione alla censura di illegittimità per violazione dell’articolo 42, comma 1, lett. a) del codice dei contratti (che richiede una esperienza maturata nel triennio antecedente all’appalto) e, soprattutto, per aver richiesto un requisito speciale (una esperienza almeno triennale) da ritenersi – a detta del censurante – di durata sproporzionata rispetto a quella dell’appalto (prevista in un solo anno).

Anche questa doglianza non viene condivisa dal giudice. Il collegio, infatti, rammenta che in tema di fissazione dei criteri di “sbarramento” la stazione appaltante gode di una certa discrezionalità ed in linea di principio, la scelta degli elementi rivelatori del possesso della capacità tecnica (contemplati dall’art. 42 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) **non assumono carattere tassativo**, “non essendo impedito alla p.a. di individuare altri parametri di riferimento” (ex multis, T.A.R. Lecce, III, 7 settembre 2012, n. 1472).

I requisiti fissati dall’amministrazione possono essere, pertanto, anche più restrittivi di quelli stabiliti in astratto dal legislatore a condizione, naturalmente, che risultino giustificati dal tipo di prestazione richiesta e soprattutto non appaiano surrettiziamente finalizzati a restringere in modo eccessivo la concorrenza.

In sostanza, la congruità della scelta di adottare requisiti più circostanziati e stringenti deve essere funzionale alla esigenza di conseguire una preventiva dimostrazione in ordine all’affidabilità del concorrente/potenziale contraente, in funzione della corretta esecuzione dei servizi oggetto di affidamento. Ed in questo senso, assolvono a questa funzione la considerazione

di “*precedenti esperienze maturate*” che ben possono “*rappresentare dei significativi indici della qualità delle prestazioni che l’impresa può garantire*”.

Il concreto esercizio di tale discrezionalità, prosegue la sentenza, “*rientra nel sindacato di legittimità solo allorquando risulti, in concreto, manifestamente illogico, arbitrario, sproporzionato, irragionevole o irrazionale rispetto all’oggetto dell’affidamento, nonché evidentemente ed ingiustificatamente restrittivo della concorrenza (così, T.A.R. Lazio, II-ter, 8 giugno 2012, n. 5221)*”.

Nel caso di specie, la stazione appaltante richiedeva un requisito di accesso (“*attività ed esperienza almeno triennale maturata con le Pubbliche Amministrazioni nell’esecuzione di analoghe prestazioni di cui all’oggetto*”), non manifestamente illogico, arbitrario, e/o sproporzionato rispetto all’oggetto dell’appalto, “*poiché attiene al requisito soggettivo di idoneità tecnico-professionale, preordinato ragionevolmente a selezionare soggetti che operino da un congruo lasso di tempo nel settore oggetto dell’appalto, al fine di individuare concorrenti che assicurino una certa affidabilità e pregressa adeguata esperienza e professionalità nello svolgimento dei servizi (anche analoghi a quelli da affidare), costituendo le precedenti esperienze, così come richieste dalla stazione appaltante, significativi elementi sintomatici della specifica attitudine alla effettiva, puntuale e compiuta realizzazione delle prestazioni oggetto della gara*”.

Il requisito richiesto non poteva ritenersi vessatorio anche per la stessa decisione di “*temperarlo*” con connotazioni tutt’altro che contrarie al principio della concorrenza.

In tale riflessione deve essere considerata la richiesta di una esperienza non necessariamente continuativa ma solo complessiva di tre anni neanche riferiti all’ultimo triennio.

Non solo, lo stesso dato esperienziale, ed è questa l’altra connotazione di temperamento della supposta rigidità/sproporzionalità rispetto all’appalto, poteva anche esser maturato in servizi analoghi intendendosi per tali “*quelli attinenti allo stesso settore dell’appalto da aggiudicare, ma concernenti, in riferimento allo specifico oggetto della procedura, tipologie diverse ed eterogenee*” (così Consiglio di Stato, IV, 11 novembre 2014, n. 5530).

Quindi, non “*identici*” (considerato, appunto, che “*servizi analoghi non significano servizi identici, poiché la formula “servizi analoghi” implica la necessità di ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione*” in tal senso il Consiglio di Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3220), né “*prevalenti (concetto evidentemente riferibile solo ad alcuni dei medesimi servizi posti in gara) rispetto a quelli oggetto della procedura selettiva de qua*”.

Proprio questi accorgimenti, secondo la sentenza, sono una manifestazione della volontà della stazione appaltante che, ben lungi da sostanzarsi in un tentativo di limitare la partecipazione, risulta caso mai diretta “*all’individuazione di operatori economici in possesso di adeguati requisiti idoneativi*”

*funzionali alla migliore esecuzione dei servizi da affidare, e, pertanto, in concreto, non ingiustificatamente restrittiva della concorrenza”.*

Di conseguenza, non è apparsa così rilevante, sempre secondo questo giudice, la pretesa discrepanza tra esperienza richiesta (almeno tre anni) e la durata dell'appalto (un solo anno).

Si legge nella sentenza, a tal riguardo, che il principio della coincidenza – anni di esperienza/durata dell'appalto – non è un assioma che deve essere rispettato a prescindere ben potendo, l'esperienza richiesta, *“essere anche superiore alla durata programmata dell'affidamento, purché in concreto non palesemente irragionevole né sproporzionata, anche”*, come visto, *“in considerazione della complessiva formulazione del requisito richiesto”*.

#### **7.4 L'attestazione dell'avvenuto sopralluogo**

In relazione a specifiche clausole della legge speciale, la concertazione non appare necessaria in quanto si tratta di circostanze tecnicamente ben delimitate dalla norma si pensi ad istituti come l'avvalimento – che non può essere precluso – o alla partecipazione concertata, può avere rilievo la gestione della clausola, soprattutto per i lavori pubblici e/o per servizi e forniture qualora si ritenga essenziale, relativa al sopralluogo.

Come noto, nel caso del sopralluogo la questione non si risolve nella mera presentazione di una attestazione nel senso che non si tratta di un mero onere formale ma di un dato sostanziale soprattutto in relazione alla visione dei luoghi in cui si realizzerà l'opera e via discorrendo.

Si tratterà pertanto di organizzare – e disciplinarlo nella convenzione – e chiarire nella legge di gara modalità e soggetto del comune richiedente l'appalto che gestirà il procedimento in parola. Se il RUP del comune aderente opera anche come RUP della stazione unica, i problemi sono minimi, in caso diverso la collaborazione (che si atteggia come doverosa) andrà chiarita in convenzione e specificata nella legge di gara.

Sul valore sostanziale della dichiarazione del sopralluogo – soprattutto in caso di partecipazione concertata –, in tempi recentissimi, ha pregio la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, depositata il 19 ottobre 2015, n. 4778 in cui si è precisato che in caso di partecipazione alla gara d'appalto di un raggruppamento temporaneo costituendo – in particolare, come nel caso di specie, per l'aggiudicazione di lavori pubblici –, il sopralluogo deve essere effettuato da ciascuna imprese del gruppo e non solo dalla mandataria.

Il giudice di Palazzo Spada viene adito in relazione ad un procedimento di gara per l'esecuzione di *“lavori di ripristino a seguito del sisma del 6 aprile 2009 degli immobili sede del palazzo di giustizia de L'Aquila”*.

L'appellante, tra le diverse censure, lamentava la mancata esclusione dell'aggiudicataria considerato che il sopralluogo sul sito dei lavori, previsto dal bando di gara, risultava eseguito da una sola impresa, peraltro senza delega, *“in violazione della clausola del bando che prevede il sopralluogo congiunto”* e dello stesso articolo 106, comma 2, del regolamento attuativo del codice degli appalti.

Oggetto della contestazione, risultava effettivamente la clausola del bando che si limitava – secondo il giudice di primo grado del T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sentenza n. 82/2015 –, *“a sanzionare con l'esclusione unicamente la mancata presentazione dell'attestato di presa visione dei luoghi (...), senza alcuna previsione in ordine alla necessità che il sopralluogo venisse effettuato da parte di tutti i componenti del raggruppamento”*.

Secondo il primo giudice, pertanto, l'onere declinato nel bando di gara doveva essere inteso come di tipo meramente formale circa la necessità della sola produzione dell'attestazione.

La statuizione del giudice abruzzese, non ha persuaso il Consiglio di Stato, che ha ritenuto di condividere invece l'orientamento espresso dall'appellante.

In primo luogo, secondo la sentenza in commento, occorre tener conto del tenore letterale del bando di gara che faceva riferimento all'obbligo dei “soggetti partecipanti” di effettuare il sopralluogo e di inserire la conseguente attestazione nella busta contenente la documentazione amministrativa a pena di esclusione.

Inoltre, sul punto insistono chiari precedenti (Cons. di Stato, sez. IV, n. 744/2014) che affermano la legittimità della richiesta di sopralluogo congiunto nel caso si offerta presentata da raggruppamento di imprese.

In questo senso, la giurisprudenza richiamata ha puntualizzato che *“l'obbligo di eseguire il sopralluogo posto a carico dei soggetti partecipanti”*, non può che riferirsi *“al concorrente singolo ovvero a ciascun concorrente che costituisce o costituirà il raggruppamento di impresa”*.

Pertanto, *“l'attestato di sopralluogo, la cui mancata allegazione determina l'esclusione, deve riferirsi a tutte le imprese partecipanti, e non solo alla mandataria”*.

Sotto il profilo pratico/operativo non può sottovalutarsi la rilevanza del sopralluogo ed il conseguente obbligo di attestarne che non rappresenta affatto un mero obbligo di esibizione documentale, ma *“ha anche una valenza sostanziale”*, che incide sulla determinazione di una chiara consapevolezza dell'impegno da assumere in fase di presentazione dell'offerta al *“fine di far conseguire agli offerenti, nel pubblico interesse al miglior esito della procedura, le informazioni sul bene che lo riguarda e tramite queste predisporre un'offerta più aderente alle necessità dell'appalto”*.



**Sul valore sostanziale del sopralluogo la stessa Autorità anticorruzione che nella determinazione n. 11/2015 – in tema di soccorso istruttorio integrativo – ha chiaramente esplicitato l'impossibilità di una integrazione postuma (con riferimento alla visita sui luoghi dell'appalto).**

In questo senso nella determinazione citata si legge che “con riferimento alla mancata effettuazione del sopralluogo negli appalti di lavori, di cui all'art. 106, comma 2, del regolamento si ritiene che tale fattispecie costituisca causa di esclusione. Si tratta, infatti, di un adempimento che deve essere necessariamente eseguito in una fase antecedente alla presentazione dell'offerta, perché volto ad assicurare che il concorrente abbia piena contezza delle condizioni di esecuzione dei lavori. Diversamente, la mancata o irregolare allegazione della dichiarazione di cui al citato art. 106, comma 2, del regolamento – ove il concorrente abbia effettivamente provveduto al sopralluogo – può essere sanata”.

Si tratta pertanto di clausola la cui gestione deve essere la più chiara possibile per evitare pregiudizio all'appaltatore.

*Sembra ipotizzare una analoga soluzione, l'art. 6 della convenzione predisposta dall'ANCI con la previsione di una collaborazione da parte dell'ufficio della stazione unica ad un adempimento, pertanto, che sembra corretto lasciare in capo al RUP dell'ente aderente.*

*b.2.) collaborazione con l'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza in relazione allo svolgimento delle procedure di affidamento, quando richiesto (ad esempio per effettuazione di sopralluoghi obbligatori, ecc.);*

## **7.5 La produzione di campioni**

Sulla campionatura richiesta a dimostrazione di aspetti tecnico/qualitativi, in particolare, di forniture sembra inevitabile il momento di condivisione e la stessa presenza in commissione – oltre che di soggetti esperti – anche di rappresentanti del comune aderente. In questo caso, quanto mai rileva la presenza del RUP dell'ente richiedente e/o addirittura dello stesso dirigente/responsabile del servizio.

Circa la legittimità e la disciplina della questione della campionatura può essere interessante considerare recenti pareri dell'ANAC (in relazione ai rapporti con il soccorso istruttorio integrativo di cui al comma 2-bis dell'articolo 38, e la recente giurisprudenza).

La produzione di campioni a fini specificativi della qualità e delle caratteristiche tecniche dell'offerta proposta dall'appaltatore ha esclusivamente una funzione di tipo "certificativo/dimostrativo" ed in nessun caso la campionatura può ritenersi elemento essenziale e costitutivo dell'offerta. Pertanto, la stazione appaltante non può ritenersi obbligata ad una verifica dei campioni prodotti in seduta pubblica.

È questa in sintesi la statuizione espressa dal Consiglio di Stato, sez. III, con la sentenza dell' 8 settembre 2015 n. 4191 che riforma la pronuncia di primo grado del T.A.R. Lombardia, Milano sez. IV, n. 405/2015.

Il ricorrente richiedeva al giudice d'appello la riforma della pronuncia del giudice di prime cure che aveva proceduto all'annullamento dell'aggiudicazione perché l'acquisizione della campionatura, da parte della stazione appaltante, non era avvenuta contestualmente alla presentazione dell'offerta e, soprattutto, era stata acquisita al procedimento di gara al di fuori della seduta pubblica e quindi in violazione del principio di pubblicità e trasparenza.

Da notare che la presentazione non contestuale dei campioni, rispetto all'offerta documentale, è stata determinata dalla stessa stazione appaltante che aveva differito il termine di produzione della campionatura ma non anche la data di apertura dei plichi di gara.

Il giudice di primo grado, erroneamente, fondava le proprie statuizioni sulla circostanza che i campioni richiesti dovevano ritenersi come una componente essenziale dell'offerta.

Tale riflessione sarebbe emersa da una norma contenuta nella legge speciale di gara secondo cui le concorrenti erano *"tenute a presentare, pena l'esclusione, contestualmente alla presentazione dell'offerta, (...) la campionatura dei prodotti"* che la commissione avrebbe dovuto valutare. Tale precisazione, congiunta alla disposizione contenuta nell'articolo 42, comma I, lettera l) del codice, secondo questo giudice, imponeva alla stazione appaltante l'acquisizione in seduta pubblica della campionatura **allo stesso modo degli altri documenti e della stessa offerta tecnico/economica.**

Il giudice di Palazzo Spada sconfessa l'assunto. In realtà, si legge in sentenza, la funzione della produzione di campioni – come anche si evince dall'articolo 42, comma 1, lett. l), del codice dei contratti –, *"non è quella di integrare, (...) l'offerta tecnica, bensì di comprovare, con la produzione di capi o prodotti dimostrativi detti appunto "campioni", la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti"*.

Pertanto, il campione **non può essere considerato "un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica, che consente"**

alla stazione appaltante *“di saggiare e di toccare con mano, se così può dirsi, la bontà tecnica del prodotto offerto, e non può considerarsi parte integrante di essa, per quanto oggetto di valutazione, a determinati fini, da parte della Commissione giudicatrice, perché la sua funzione è quella, (...) di fornire la dimostrazione delle capacità tecniche dei contraenti, per gli appalti di forniture, attraverso la produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire”*.

Convince la considerazione centrale espressa dal giudice nel momento in cui rileva che se già *“per espressa e inderogabile volontà del legislatore”* (con riferimento all’articolo 42 del codice dei contratti), la campionatura ha una mera funzione esemplificativa *“delle caratteristiche dell’offerta, mirando a dimostrare le capacità tecniche della concorrente”* ed addirittura nel capitolato speciale d’appalto era stata prevista la possibilità di integrazioni, *“non vi è alcuna esigenza di par condicio tra i concorrenti né alcun interesse pubblico alla imparzialità e trasparenza dell’azione amministrativa **che ne giustifichi l’apertura in seduta pubblica”***.

Anzi, un simile *modus agendi* si sarebbe posto in perfetta antitesi con l’esigenza di speditezza e funzionalità che normalmente presidiano lo svolgimento di una gara.

In questo senso nella pronuncia si rileva l’inutilità di un *“ricorso ad operazioni materiali di apertura, aventi ad oggetto molti e ingombranti campioni, lunghe, complesse e finanche inutili, una volta che i campioni”* potevano *“essere cambiati dalla concorrente, anche successivamente, per dimostrare la bontà della propria offerta tecnica, che è e resta nella sua essenza documentale, (...), il parametro principale e imprescindibile al quale la stazione appaltante deve fare riferimento”*.

## **7.6 La gestione della clausola sociale dell’assorbimento del personale del pregresso affidatario**

Altra clausola che potrebbe essere oggetto di interesse per il comune che richiede – alla centrale unica – l’appalto è l’inserimento nel nuovo bando di gara della c.d. clausola sociale al fine di assicurare il permanere delle condizioni occupative con il contratto in scadenza.

L’inserimento della clausola in parola deve essere, a parere di chi scrive, richiesta già con la determinazione che approva gli atti relativi alla commessa ed inviata (la richiesta) al RUP della stazione unica. Sembra palese l’esigenza di una previa concertazione sulla formulazione e sulla reale portata della clausola di assorbimento anche per evitare equivoci tra le aspettative dell’amministrazione che richiede la gara (ed il personale occupato

con il pregresso affidamento) e chi poi dovrà svolgere la gara vera e propria e quindi – occupandosi della redazione della legge speciale di gara – dovrà occuparsi di calibrarla ed inserirla.

Una delle più rilevanti problematiche, che potrebbe portare ad un *palleggio* di responsabilità riguarda proprio la modalità di intendere/applicare la disposizione sull'assorbimento che non può essere inteso come obbligo assoluto del nuovo appaltatore di prendersi carico di tutte le maestranze impiegate dal precedente appaltatore.

Non può sfuggire – al di là di ogni ipocrisia – che la clausola sull'assorbimento ha una valenza che va anche oltre la sua stretta rilevanza “sociale”, soprattutto in situazione di grande congiuntura economica. Occorre pertanto, immediatamente, chiarire paternità (da intendersi con riferimento all'appalto e, soprattutto, a quale ente questo sia destinato) e modalità di gestione come si vedrà più avanti. Non si può sottovalutare, infatti, anche a scopo preventivo rispetto a possibili contenziosi evitare che possano sorgere posizioni strumentali e contrapposte tra la guida “politica” della stazione unica e quella dell'ente richiedente l'appalto.

In questo senso, risulteranno utili i recenti approdi della giurisprudenza sul tema e la stessa posizione assunta dall'ANAC.

### **7.6.1** *La clausola sociale nella prassi e nella giurisprudenza*

L'apposizione, nella legge speciale della gara, di una clausola sociale relativa all'assorbimento del personale precedentemente impegnato nella gestione del servizio da parte del nuovo affidatario deve essere intesa non tanto come obbligo perentorio ma come condizione prioritaria da ossequiare in funzione dell'organizzazione aziendale.

In questo senso, si esprime il **Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza del 26 maggio 2015 n. 2637**, in coerenza con l'orientamento espresso dall'ANAC (e prima ancora dall'AVCP) e dalla stessa giurisprudenza di merito.

La clausola sociale, perché sia rituale e congrua, come più volte ribadito anche dall'autorità di controllo sui contratti deve essere compatibile con i principi comunitari che privilegiano, evidentemente, principi di partecipazione, non discriminazione e concorrenzialità.

Di per sé, la clausola sociale, che tende a fissare alcune condizioni particolari dell'esecuzione del contratto – esigendo normalmente la salvaguardia di posti di lavoro precedentemente occupati nella gestione dell'appalto – è misura che ha la finalità di mantenere invariata una data situazione occupativa il cui peggioramento crea condizioni destabilizzanti in determinati contesti territoriali.

Questa necessaria sensibilità può esplicitarsi nella previsione specifica, ben chiarita nel bando di gara e nello stesso capitolato d'appalto, di specifiche condizioni di esecuzione del contratto. **Nel senso, quindi, che la clausola in parola non può mai costituire una delle condizioni limitative della partecipazione.**

A tal riguardo, già l'ANAC con il parere n. 30/2014 in cui puntualizza che *“l'art. 69 del Codice dei contratti pubblici – in recepimento dell'art. 26 della Direttiva 2004/18/CE e dell'art. 38 della Direttiva 2004/17/CE – prevede che le Stazioni appaltanti possano esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché queste siano compatibili con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel Bando di gara, o nell'Invito in caso di procedure senza bando, o nel Capitolato d'oneri”*.

Sempre secondo l'ANAC, nel parere appena riportato, *“le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedono, dunque, espressamente che debba trattarsi di **condizioni di esecuzione**, con ciò chiarendo, esplicitamente, che si tratta di condizioni **che producono effetti nella fase esecutiva dell'appalto e, implicitamente, che le stesse non devono avere incidenza sulla fase di gara: ciò, in particolare, riguarda la impossibilità di costituire barriere all'ingresso, nella forma della richiesta di elementi di ammissibilità dell'offerta”***.

In sostanza, il RUP nel momento in cui predispose il bando di gara (o l'atto omologo) non può fissare condizioni di partecipazione limitative che impongano all'aggiudicatario di assumere il personale impegnato nel pregresso appalto ma “limitarsi” ad esigerne in via prioritaria – nella fase dell'esecuzione – la riassunzione secondo le esigenze aziendali.

Circostanza quest'ultima, come evidenzia il giudice di Palazzo Spada nella pronuncia in commento, che non può mai prescindere dall'autonomia organizzativa dell'affidatario e non può, pertanto, essere intesa come norma vessatoria.

Nel caso per cui il giudice è stato escusso, il ricorrente – tra le varie doglianze – censurava proprio il mancato rispetto alle prescrizioni della clausola sociale, contenuta nel bando, da parte dell'aggiudicatario.

Rilievi che neanche il primo giudice (**T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, sentenza n. 1391 del 1° agosto 2014**) ha ritenuto meritevoli di considerazione.

Testualmente, l'appellante, con il terzo motivo lamentava *“l’erroneità della sentenza in relazione alla dedotta violazione della clausola sociale prescritta all’articolo 5, lett. f) del capitolato speciale, recante “impegno ad assorbire ed utilizzare prioritariamente nell’espletamento del servizio, qualora disponibili, i lavoratori che già vi erano adibiti (...) compatibilmente con l’organizzazione dell’impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative o di manodopera previste”*.

Già secondo il T.A.R. – affermazioni condivise anche in secondo grado – la clausola sociale, così come scritta nel capitolato (ossequiosa anche dei principi comunitari) si limitava a prevedere in realtà *“un assorbimento unicamente prioritario, e nei limiti di compatibilità con l’organizzazione aziendale del nuovo concessionario”*.

Questione contestata dall'appellante che invece si era indotto a ritenere vincolante la disposizione e la pretesa *“violazione da parte dell’aggiudicataria che non avrebbe rispettato l’impegno ad assorbire tutti i lavoratori già adibiti dal precedente concessionario, avendone assorbiti solo alcuni, riducendo comunque le ore di lavoro e modificando in parte le mansioni”*. Per ciò stesso, in sintesi, l’assegnazione avrebbe dovuto essere revocata dalla stazione appaltante.

Di tutt’altro avviso il collegio di Palazzo Spada che conferma la pronuncia del primo giudice e consolida l’orientamento giurisprudenziale che ne fornisce, con sicurezza, una precisa qualificazione.

Nella sentenza si legge che la clausola sociale, anche così come declinata, *“diversamente da come assume l’appellante non imponeva alcun obbligo in capo all’aggiudicataria di assumere tutti i precedenti lavoratori né di attribuire loro identiche mansioni in quanto era previsto **un assorbimento unicamente “prioritario” e “nei limiti di compatibilità” con l’organizzazione aziendale del nuovo concessionario**”*.

Tanto la formulazione quanto l’interpretazione – che invero emerge già *prima facie* – appare assolutamente coerente con gli indirizzi forniti dall’A-NAC e con i superiori principi comunitari.

In questo senso il giudice condivisibilmente, evidenzia che *l'interpretazione, "secondo cui a fronte di una tale clausola l'aggiudicatario deve assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze del precedente concessionario a condizione che il numero dei dipendenti e la qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa scelta dall'imprenditore subentrante, è espressione di tutela della organizzazione dell'aggiudicatario alla quale non si possono imporre oneri insostenibili rispetto all'assetto organizzativo aziendale (cfr., Cons. Stato, 10 maggio 2013, n. 2533; V, 15 giugno 2009, n. 3900)".*

Pertanto, la clausola sociale non può che essere intesa – anche nel caso di una diversa formulazione – nei limiti di una particolare condizione di esecuzione della prestazione, senza che ne conseguano indebite interferenze condizionando il possesso di requisiti di partecipazione.

La formulazione – che non risulta invasiva dell'ovvia autonomia organizzativa dell'imprenditore – risulta coerente con i principi giurisprudenziali ed adeguata ad una lettura comunitariamente orientata alla libertà di iniziativa economica ex articolo 41 della Costituzione, perché *"la clausola è stata formulata nel capitolato di gara prevedendo soltanto una priorità tanto nell'assorbimento, quanto nell'utilizzo in fase esecutiva del personale attualmente occupato, ma escludendo un obbligo assoluto di totale riassorbimento in automatico dei lavoratori già in forza"*.

Il riferimento ad un approccio prioritario e non assoluto, rileva il giudice, ha l'effetto di contemperare *"l'obbligo di assunzione con l'autonomia organizzativa e le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste dall'impresa aggiudicataria"*.

In questo senso, una clausola resa in questo modo appare assolutamente legittima.

Come annotato, la giurisprudenza ha già avuto modo di affrontare questi aspetti. In ambito, già in tempi recenti il **T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, con la sentenza del 2 gennaio 2015 n. 6** che ha fornito una ricostruzione convincente dello stesso orientamento giurisprudenziale.

La pronuncia in parola, relativamente alla questione della legittimità della clausola sociale ha rilevato che, inizialmente, si era registrato *"un orientamento negativo: in particolare, l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici aveva sostenuto che l'obbligo di assunzione del personale, già adibito allo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto, era irragionevole"*

*ed ingiustificato (salve le ipotesi in cui tale riassorbimento non fosse stato imposto da specifiche disposizioni di legge o della contrattazione collettiva nazionale di riferimento), in quanto lesiva della concorrenza e della libertà di impresa riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost. (parere n. 44/2010), dal momento che l'imprenditore avrebbe dovuto essere lasciato libero di scegliere ed organizzare i lavoratori, di cui avvalersi nell'espletamento del servizio, senza essere vincolato a riassorbire il personale già in servizio".*

A questa posizione, ha fatto seguito un'apertura giurisprudenziale più accurata.

Secondo la giurisprudenza, ormai prevalente – nel disattendere la tesi per la quale dall'inosservanza della clausola sociale discenderebbe un effetto automaticamente e rigidamente escludente dalla gara – si è oggi consolidata nel senso di ritenerla legittima, purché venga *"interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, ma solo a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, sulla base del presupposto che l'iniziativa economica privata è sì libera, ma deve avere riguardo anche all'utilità sociale (Cons. Stato., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3639, e 5 aprile 2013 n. 1896, e sez. IV, 2 dicembre 2013 n. 5725, ed, ancora più di recente, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986)".*

*"Con la conseguenza"* prosegue questo giudice, *"che tale clausola, ove richiamata dal bando, ha sì portata cogente, ma nel senso che l'offerente non può ridurre ad libitum il numero di unità da impiegare nell'appalto (potendo, peraltro, impugnare la clausola del bando ove il numero di unità fino a quel momento adibito al servizio sia incongruo e sovrabbondante; così Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013 n. 5725), senza, però, che tale clausola comporti l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del servizio".*

Il richiamo negli atti di gara della clausola sociale, pertanto, deve essere inteso non come requisito che può condizionare la partecipazione ma come accorgimento – giustificato dalla necessità di tutelare situazioni specifiche a cui lo stesso codice degli appalti dà rilevanza – per l'esecuzione del contratto che non può prescindere dalle contingenze organizzative (e dall'autonomia) dell'appaltatore.



In modo esplicito, nella sentenza del giudice pescarese, da ultimo richiamata, si sottolinea che la clausola sociale deve essere letta alla luce della giurisprudenza in materia, ed interpretata non come condizione di sbarramento alla partecipazione “*ma come un impegno, gravante sull’aggiudicatario, da assolvere **nella fase dell’esecuzione** del servizio, tenendo peraltro presente che la predetta giurisprudenza, anche in presenza di una clausola sociale introdotta nella “lex specialis” sulla base di specifiche disposizioni della contrattazione collettiva nazionale, ha individuato un limite alla sua operatività nella possibilità di armonizzare l’assorbimento dei lavoratori che operavano alle dipendenze dell’appaltatore uscente con l’organizzazione di impresa prescelta dall’imprenditore subentrante; cioè ha consentito di introdurre lievi modifiche al precedente livello dell’occupazione*”.

Inoltre, non sia superfluo evidenziare, che se la clausola in argomento venisse inserita ed interpretata come condizione *sine qua non* di partecipazione dovrebbe – per coerenza – essere considerata nulla o come non apposta ai sensi dell’articolo 46, primo comma, del codice ovvero in ossequio al principio della tassatività della cause di esclusione.

Del resto, in questa stessa pronuncia si legge che dalla “*c.d. clausola sociale non può farsi discendere un effetto automaticamente e rigidamente escludente dalla gara, specie quando **si tratta di introdurre modeste e limitate modifiche alla struttura organizzativa***”.

In questo contesto, resta peraltro fermo, come ha recentemente affermato da ultimo la predetta sentenza del Cons. Stato, sez. VI, del 27 novembre 2014, n. 5890 “*la verifica sul rispetto dell’obbligo di salvaguardia della c.d. clausola sociale dovrà essere effettuata nella fase di avvio del servizio*”.

È interessante, infine, considerare che l’approccio/interpretazione alla clausola è stato immediatamente chiarito dall’aggiudicatario in fase di partecipazione alla gara. Circostanza, pertanto, che se fosse stata ritenuta non rituale, evidentemente, sarebbe stata oggetto di rilievi già in quella fase dalla stazione appaltante.

In questo senso, ad epilogo della sentenza si legge che “*l’aggiudicatario che ha dichiarato di accettare la clausola in sede di offerta, nella relazione prodotta ha sviluppato tale dichiarazione, precisando al solo scopo di chiarire alla stazione appaltante con quale organizzazione avrebbe gestito il servizio, l’intendimento di assumere ed utilizzare specificamente oltre al personale già in forza n. 5 addetti con assunzione prima a tempo determinato e quindi a tempo inde-*

*terminato una volta verificata l'idoneità. Emerge, quindi, dalla dichiarazione e dalla relazione resa in sede di gara il rispetto sostanziale della clausola, salva la verifica in corso di svolgimento del servizio".*

### **7.7 Le opzioni del contratto**

Anche la questione della opzioni del contratto – proroga e rinnovo – devono essere oggetto di attenta pre-considerazione e chiarite nella determinazione che approva gli atti tecnici relativi alla commessa.

Sono note le diatribe intorno alla chiara interpretazione delle opzioni di prosecuzione del contratto: queste si atteggiano per essere eventuali ed il relativo costo deve essere previsto già in base d'asta.

La gestione della clausola sul rinnovo deve avvenire essenzialmente nel capitolato d'appalto (e da qui verrà quindi declinata nel contratto). Si tratta pertanto di una questione pratica che dovrebbe riguardare soprattutto il RUP del comune che richiede l'appalto.

Il RUP della stazione unica potrebbe però incontrare delle problematiche innanzi ad una richiesta palesemente irriuale: si pensi – banalizzando – alla circostanza che il capitolato preveda un solo anno di servizio e due di rinnovo, oppure una proroga per una durata eccessiva. È da ritenersi in questo caso, proprio per evitare l'adozione di una legge speciale di gara che presenti dei problemi sotto il profilo della legittimità che anche questo aspetto tecnico venga concertato e adottato con una scelta condivisa.

Anche in questo caso – come nella ripetizione di cui si dirà più avanti – si impone, almeno per il rinnovo, la necessità di richiedere un nuovo CIG che l'ente aderente alla stazione unica non potrebbe richiedere e che, pertanto, competerebbe al RUP della stazione unica. Compreso, evidentemente, l'adozione del relativo provvedimento che ammette il rinnovo.

#### **11. I rinnovi di contratti sono sottoposti al pagamento di un nuovo contributo?**

No. L'importo a base di gara deve essere comprensivo, tra l'altro, di qualsiasi forma di rinnovo del contratto (art. 29 del Codice).

Sussiste, però, l'obbligo di acquisire il CIG in quanto il rinnovo dà vita ad un nuovo contratto. In sede di registrazione sul SIMOG, dovrà essere indicato che trattasi di "ripetizione di precedente contratto", riportando il "CIG contratto originario".

Per poter praticare concretamente la fattispecie, evidentemente, non si potrà prescindere dal consenso del comune richiedente l'appalto che potrebbe non avere più interesse a procedere con lo stesso appaltatore (per motivi oggettivi).

Con la proroga, il problema non dovrebbe porsi considerato che la stessa viene configurata come estensione della durata dell'originario contratto e ciò dovrebbe consentire l'utilizzo dello stesso CIG e quindi il comune che è titolare del contratto non ha necessità di avvalersi della stazione unica appaltante.

Questioni differenti – ed a maggior ragione da chiarire preventivamente tra comune richiedente e stazione unica – impone la c.d. ripetizione del servizio prevista nell'articolo 57, comma 5, lett. b) secondo cui *“per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28”*.

Si è in presenza, pertanto, di una procedura negoziata – nella forma dell'affidamento diretto – riguardo alla quale occorre distinguere due differenti situazioni. Se l'appalto – si pensi ad un servizio – venisse gestito con la previsione della ripetizione, il cui costo, come visto, deve essere inserito nella base d'asta e la tassa sulla gara risulta tarata, da parte del RUP della stazione unica sull'importo complessivo, comprensivo del valore della ripetizione, sembra corretto sostenere che la decisione di proseguire il contratto possa essere adottata direttamente dal responsabile del servizio del comune che richiede l'appalto ed è titolare del contratto.

Nel caso diverso, in cui la tassa sulla gara – per non penalizzare eccessivamente gli appaltatori considerato che la ripetizione si atteggia solamente come eventuale – sia stata tarata solo sulla base d'asta al netto del costo della ripetizione è chiaro che il procedimento amministrativo non potrà che essere curato dal RUP della stazione unica vista l'impossibilità di richiedere un CIG in violazione degli obblighi della centralizzazione.

La circostanza che si verrebbe a creare appare però singolare perché si tratta di ipotizzare la prosecuzione di un contratto e quindi con un appaltatore e necessariamente occorrerà acquisire il consenso del comune richiedente l'appalto che potrebbe avere interesse a ribadire l'appalto sul mercato per l'acquisizione di una nuova commessa maggiormente vantaggiosa sotto il profilo economico o, più semplicemente, anche per modernizzare il servizio acquisendo nuove modalità gestionali, nuove professionalità.

La questione potrebbe essere risolta secondo la FAQ sopra riportata in tema di rinnovo del contratto.

## **8. La scelta della procedura**

Sulla scelta della procedura per aggiudicare l'appalto, si è già rilevata sopra la posizione dell'ANCI (espressa nell'articolo 7 della convenzione tipo) che, semplificando, ritiene che l'amministrazione aderente – con la propria determina a contrattare – possa richiedere alla stazione unica (e quindi al RUP della stazione unica) l'espletamento di un certo tipo di procedimento compresa la procedura negoziata senza pubblicazione di bando e/o il cottimo fiduciario. Prevedendo come fase successiva l'eventuale confronto su aspetti critici circa l'esperienza di quanto richiesto.

Pur autorevole si ritiene che una simile previsione dedotta nella convenzione da approvarsi nei rispettivi consigli comunali non possa ritenersi accettabile. È fisiologico immaginare che l'attività contrattuale, pur intermediata attraverso la stazione unica proceda con inevitabili ritardi, ciò potrebbe indurre la stazione aderente a richiedere spesso un procedimento in via d'urgenza a prescindere da una concreta verifica delle condizioni legittimanti. Non solo, una simile prerogativa – a parere di chi scrive – è oggettivamente deresponsabilizzante per il RUP della stazione aderente che richiede l'appalto; inoltre, potrebbe generarsi una diatriba insolubile – anche per la diversa sensibilità giuridica degli attori coinvolti. Si pensi al caso, tutt'altro che teorico che venga richiesta la procedura negoziata e che il RUP della stazione unica (se diverso) replichi l'impossibilità di esperirla. Difficilmente si troverebbe il tempo di conciliare tali differenti posizioni ed in ogni caso nella convenzione – circostanza non richiamata nella convenzione tipo dell'ANCI – dovrebbe essere rimesso, quanto meno al RUP della stazione unica, il potere/dovere di adottare una decisione definitiva considerato che la gara viene espletata dalla stazione unica.

Si ritiene, invece, che il momento della scelta della procedura – proprio per le complicità che può comportare – debba avvenire in modo assolutamente concertato ma non nella determinazione redatta dal comune aderente, considerato che la responsabilità per la scelta del *modus operandi* compete alla stazione unica, ma nella fase in cui, proprio il RUP della stazione unica stia predisponendo la legge speciale di gara.

È solamente in questa fase, a parere di chi scrive, che ci si deve porre il problema ed il responsabile della stazione unica può ben richiedere la partecipazione nelle decisioni da adottare, del responsabile del procedimento della stazione aderente. Fermo restando che la decisione finale (e così la responsabilità) rimane in capo a chi presiede la stazione unica.

Analoga considerazione deve essere espressa nel caso del cottimo fiduciario, tanto nel procedimento tradizionale quanto in quello espletato attraverso il mercato elettronico (una delle forme del mercato elettronico).

Davanti alla richieste dell'acquisizione di bene/servizio in ambito sottosoglia, qualora la stazione appaltante possa procedere autonomamente ai sensi del comma 3-*bis* dell'articolo 33 del codice dei contratti, evidentemente, non può essere oggetto di concertazione il ricorso al mercato elettronico – stante l'obbligo previsto dalle norme. È chiaro però, come noto, che nell'ambito del mercato elettronico, il RUP può procedere suggerendo il cottimo attraverso (almeno) n. 5 RDO verso potenziali contraenti (praticamente) liberamente determinati oppure – anche se il sistema è ibrido – agendo con l'altro procedimento molto simile alla fattispecie di cui all'articolo 124 del codice che impone sostanzialmente l'invito a partecipare ad un procedimento sostanzialmente indefinito per tutti i soggetti che risultassero abilitati. In questo caso, vista la legittimazione consentita dalle stesse norme del regolamento attuativo del codice dei contratti, con la determinazione a contrattare è possibile già suggerire di procedere con le RDO per gli inviti – non indicando il numero nel senso che il RUP della stazione appaltante potrà esperire l'invito secondo un numero che ritiene congruo (ovviamente non inferiore a 5 inviti).

Più delicata è la questione della individuazione dei criteri che guidano la scelta dei soggetti da invitare al procedimento ovvero il *modus operandi* concreto scelto per condurre l'indagine di mercato, ma sul punto si torna più avanti.

Ancora diversa è la questione dell'esperimento del cottimo fiduciario "tradizionale" ovvero come gara vera e propria sia pur informale. Nel caso di specie, come noto, l'esperimento del cottimo implica la presenza di un

previo regolamento interno che individui tipologia ed importo di acquisto e quindi, le specifiche fattispecie a cui il procedimento informale – di cui all’articolo 125 del codice – può essere applicato.

Dovendo la procedura essere esperita concretamente da un particolare ente locale (l’unione dei comuni) il regolamento che individua le fattispecie per cui può essere esperito il cottimo fiduciario “tradizionale” deve essere adottato da questa stazione appaltante. Pertanto, i problemi che potrebbero porsi – se si ammettesse che la stazione aderente può già indicare la procedura da utilizzare con la determina a contrattare – è che il comune richiedente possa chiedere l’acquisto attraverso il cottimo di una fattispecie declinata nel proprio regolamento ma non in quello della stazione unica. In questo caso, le soluzioni prospettabili possono essere solo due: o si ammette la possibilità di acquisto visto che la fattispecie è declinata nel regolamento dell’ente aderente (come sembra suggerire l’ANCI) oppure si tratta di procedere – ed appare uno dei primi provvedimenti da adottare – all’adozione di un regolamento unico per le acquisizioni in economia che dovrebbe essere approvato da ogni comune aderente e quindi dall’unione dei comuni.

L’utilizzo del regolamento (e quindi delle ipotesi ivi previste) del comune aderente, a parere di chi scrive, appare esperienza da non utilizzare o, al massimo, in situazione di strettissima urgenza. In ogni caso, occorre verificare se l’unione dei comuni non abbia già adottato un proprio regolamento ed in caso di differenze sostanziali tra il regolamento della stazione unica ed il regolamento dell’ente richiedente l’appalto è il primo che prevale. In certi casi, non va sottovalutato, certi procedimenti sono disciplinati diversamente. Si pensi al caso che per l’acquisto *infra* 40 mila euro, nel regolamento dell’unione dei comuni sia stata prevista una disposizione che impone al RUP di effettuare comunque almeno tre inviti, mentre nel regolamento del comune che richiede l’appalto sia stato previsto l’affidamento diretto. A parere di chi scrive, prevale il regolamento dell’unione dei comuni.

La situazione prospettata potrebbe creare non pochi problemi nel caso in cui l’unione dei comuni abbia addirittura un elenco di fornitori da cui attingere. Soggetti, pertanto, che hanno ogni legittima aspettativa a vedersi invitati al procedimento di gara informale.

Pensare diversamente significa ipotizzare una stazione appaltante unica avulsa da un ente giuridico di riferimento sullo stesso modello di un soggetto aggregatore a cui venisse richiesto di espletare solamente le gare. A parere di chi scrive, l’ufficio della stazione unica non può (e non deve) essere pensato come qualcosa di avulso rispetto al soggetto giuridico unione di comuni.

### 8.1 Altre questioni pratiche previste nella convenzione tipo dell'ANCI

Gli articoli che seguono, della convenzione tipo ANCI – alcuni da utilizzare in alternativa – sono prescrizioni che rammentano, semplificando, la situazione normativa.

La circostanza di richiamare obblighi previsti nel contingente presenta il problema dell'eventuale adeguamento. Proprio nella fase odierna, in cui il d.d.l. stabilità 2016, prevede un profondo mutamento dell'approccio – e tra l'altro, dell'estensione della prerogativa fino ai 40 mila euro anche ai comuni con meno di 10 mila abitanti – pare scelta non opportuna inserire specifiche disposizioni.

A parere di chi scrive, le disposizioni da inserire sono solamente quelle che riguardano l'adesione e non anche prerogative dei singoli enti aderenti.

Sotto si riportano le disposizioni in parola:

#### Art. 9

*(Procedure gestite dai singoli Comuni attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento)*

*1. Fatti salvi gli obblighi di acquisto per beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria previsti dall'art. 1, comma 450 della legge n. 296/2006, **i singoli Comuni associati alla convenzione possono acquisire autonomamente beni e servizi, anche di valore superiore alla soglia comunitaria, attraverso gli strumenti elettronici gestiti da Consip S.p.a. e dal soggetto aggregatore di riferimento, intendendosi come tale il soggetto aggregatore iscritto all'elenco previsto dall'art. 9, comma 1 del d.l. n. 66/2014 conv. in l. n. 89/2014 con maggior afferenza territoriale. Sino alla formazione dell'elenco, i singoli Comuni considerano come soggetto aggregatore di riferimento la centrale di committenza costituita dalla Regione / Provincia Autonoma di riferimento.***

*2. I singoli Comuni possono utilizzare, in relazione a quanto previsto nel precedente comma 1, i mercati elettronici costituiti da Consip S.p.a. e dalle centrali di committenza della Regione / Provincia Autonoma di riferimento, nonché ogni altro strumento di acquisto elettronico o informatizzato, comprese le piattaforme per la gestione interamente telematica delle gare e delle procedure di acquisto.*



**[Clausola convenzionale riferita ai Comuni non capoluogo con popolazione superiore ai 10.000 abitanti]:****Art. 10**

*(Affidamenti per acquisizioni di lavori, di servizi e di forniture di beni di valore inferiore a 40.000 euro mediante procedure tradizionali)*

1. I singoli Comuni associati alla convenzione, **aventi popolazione superiore a 10.000 abitanti**, possono acquisire autonomamente beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro mediante svolgimento di procedure tradizionali, da intendersi come procedure svolte al di fuori dei mercati elettronici della pubblica amministrazione o senza l'ausilio di piattaforme informatiche, in base a quanto previsto dall'art. 23-ter, comma 3 del d.l. n. 90/2014 conv. in l. n. 114/2014.

2. Qualora i singoli Comuni si avvalgano della facoltà di cui al precedente comma 1, comunicano all'ente capofila / all'Ufficio comune operante come Centrale unica di committenza le informazioni essenziali relative alla procedura di affidamento effettuata, al fine di consentire il monitoraggio delle acquisizioni in chiave di programmazione.

**[Clausola convenzionale riferita ai Comuni non capoluogo con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti]:****Art. 10**

*(Affidamenti per acquisizioni di lavori, di servizi e di forniture di beni di valore inferiore a 40.000 euro mediante procedure tradizionali)*

1. I singoli Comuni associati alla convenzione, **aventi popolazione inferiore a 10.000 abitanti**, non possono acquisire autonomamente beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro mediante svolgimento di procedure tradizionali, da intendersi come procedure svolte al di fuori dei mercati elettronici della pubblica amministrazione o senza l'ausilio di piattaforme informatiche, in base a quanto previsto dall'art. 23-ter, comma 3 del d.l. n. 90/2014 conv. in l. n. 114/2014.

2. I singoli Comuni associati alla convenzione, **aventi popolazione inferiore a 10.000 abitanti**, per far fronte a fabbisogni relativi a servizi, forniture di beni o lavori di valore inferiore a 40.000 euro soddisfacenti mediante affidamenti con procedure tradizionali, operano attraverso l'ente capofila / l'Ufficio comune individuato come Centrale unica di committenza.

3. **Al fine di ottimizzare la soddisfazione dei fabbisogni di cui al precedente comma 2, le procedure tradizionali di affidamento sono svolte a cura del / facendo riferimento al Responsabile del procedimento individuato come operante presso la Centrale unica di committenza dal Comune aderente alla convenzione che necessita dell'acquisto ai sensi degli articoli 17 e 19 della presente convenzione.**

4. Gli atti adottati dal Responsabile del procedimento individuato come operante presso la Centrale unica di committenza in base al precedente comma 3 sono gestiti e registrati nel sistema informatico di gestione degli atti della Centrale Unica di committenza previsto dall'art. 4, comma 5 della presente convenzione.



Di quest'ultima prescrizione appena riportata sembra interessante il comma 3 che prevede la collaborazione (o il riferimento) del (nel) RUP della stazione unica anche per procedure che possono, alla stazione unica, essere sottratte.

Una simile previsione dipende, come ampiamente ripetuto per altre circostanze simili, dal carico di lavoro della stazione unica. Il primo periodo di avvio della stazione unica è determinante per comprendere se simili ipotesi possono tradursi operativamente o restare mere ipotesi di scuola.

Dello stesso tenore degli articoli appena considerati, è l'articolo 11 in tema però di affidamento a cooperative di tipo B. Anche in questo caso la previsione, comunque utilissima per il chiaro riferimento alle modifiche introdotte dalla legge di stabilità 2015 e previsione che ossequia la norma pertanto potrebbe anche essere omessa.

#### **Art. 11**

*(Affidamenti di servizi o forniture a cooperative sociali iscritte alla sezione B dell'albo regionale, ad organismi di volontariato, ad associazioni)*

1. L'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza svolge, su indicazione di uno o più Comuni associati alla presente convenzione, le procedure per l'affidamento di servizi o forniture di beni a cooperative sociali iscritte nella sezione B del rispettivo albo regionale, per valori inferiori alla soglia comunitaria e per servizi comunque non aventi natura socio-assistenziale o socio-educativa, in deroga a quanto previsto dalla disciplina dei contratti pubblici in base a quanto previsto dall'art. 5 della legge n. 381/1991.

2. Gli affidamenti dei servizi o delle forniture per i quali sono utilizzabili le convenzioni con le cooperative sociali di cui al precedente comma 2 sono effettuati previo **svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza**, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1, comma 609 della legge n. 190/2014 ed assumendo a riferimento le linee-guida elaborate dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici con la propria determinazione n. 3/2012.

3. L'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza svolge, su indicazione di uno o più Comuni associati alla presente convenzione, anche:

a) le procedure per l'affidamento di servizi mediante convenzionamento con organismi di volontariato o con associazioni di promozione sociale in base a quanto previsto rispettivamente dalla legge n. 266/1991 e dall'art. .... Della legge regionale n. ..../....., nonché dalla legge n. 383/2000 e dall'art. .... della legge regionale n. ..../....., assicurando, per quanto possibile, il rispetto di principi di confronto competitivo, trasparenza e adeguata pubblicità;



*b) le procedure per l'affidamento di servizi mediante convenzioni con associazioni in base a quanto previsto dall'art. .... della legge regionale n. ..../....., assicurando, per quanto possibile, il rispetto di principi di confronto competitivo, trasparenza e adeguata pubblicità;*

*c) le procedure per l'affidamento in gestione di impianti sportivi ad associazioni o società sportive dilettantistiche o ad altri dei soggetti individuati dall'art. 90, comma 25 della legge n. 289/2002, in base a quanto previsto dalla legge regionale n. ..../..... (se esistente la legge regionale attuativa) / assicurando, per quanto possibile, il rispetto di principi di confronto competitivo, trasparenza e adeguata pubblicità.*

**[Per i Comuni con popolazione superiore ai 10.000 abitanti]:**

*4. Le procedure di cui ai precedenti commi 1, 2 e 3 possono essere svolte in modo autonomo dai singoli Comuni associati alla convenzione aventi popolazione superiore ai 10.000 abitanti, quando il singolo affidamento abbia un valore inferiore a 40.000 euro.*

**[Per i Comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti]:**

*4. Le procedure di cui ai precedenti commi 1, 2 e 3 possono essere svolte dall'Ufficio Comune / dall'ente capofila operante come Centrale unica di committenza secondo le modalità specificate al precedente art. 10 per i Comuni associati aventi popolazione superiore ai 10.000 abitanti, quando il singolo affidamento abbia un valore inferiore a 40.000 euro.*

L'articolo 12 della convenzione disciplina – opportunamente – la questione dei lavori di somma urgenza ponendo, sostanzialmente, le procedure in capo alla stazione unica con copertura finanziaria, evidentemente, in capo al comune nel territorio nel quale si verifica la necessità di intervenire immediatamente (con competenza della relativa giunta comunale)

**Art. 12**

*(Affidamento di lavori d'urgenza e in casi di somma urgenza)*

*1. Le procedure per l'affidamento dei lavori d'urgenza ed in casi di somma urgenza, disciplinate dagli articoli 175 e 176 del d.P.R. n. 207/2010, sono espletate a cura del Responsabile del procedimento nominato dal singolo Comune associato in base all'art. 19 della presente convenzione o del tecnico che si reca per primo sul luogo, comunque dipendente del Comune nel territorio del quale si verificano i fatti che comportano il ricorso alle particolari procedure, **e preferibilmente individuato tra i dipendenti operanti presso la Centrale unica di committenza in base all'art. 17 della presente convenzione.***

*2. La stazione appaltante tenuta alla copertura della spesa e alla approvazione dei lavori è il Comune nel territorio del quale si verificano i fatti che comportano il ricorso alle particolari procedure.*



*3. Il Responsabile del procedimento di cui al precedente comma 1, in relazione allo svolgimento delle procedure previste dagli articoli 175 e 176 del d.P.R. n. 207/2010, provvede all'acquisizione del Codice identificativo gara (CIG) ed agli adempimenti previsti dal d.lgs. n. 163/2006, operando nell'ambito delle attività dell'ente capofila / dell'ufficio unico individuato quale Centrale unica di committenza, in modo tale da assicurare alla stessa ogni informazione utile in ordine ai particolari procedimenti.*

**[Oppure – Versione alternativa della clausola convenzionale]:**

*1. Le procedure per l'affidamento dei lavori d'urgenza ed in casi di somma urgenza, disciplinate dagli articoli 175 e 176 del d.P.R. n. 207/2010, sono espletate a cura di uno tra i dipendenti del Comune nel territorio del quale si verificano i fatti che comportano il ricorso alle particolari procedure **individuati quali soggetti operanti nell'ambito dell'ente capofila / dell'ufficio comune individuato come Centrale unica di committenza in base al successivo art. 17 della presente convenzione.***

*2. La stazione appaltante tenuta alla copertura della spesa e alla approvazione dei lavori è il Comune nel territorio del quale si verificano i fatti che comportano il ricorso alle particolari procedure.*

*3. Il Responsabile del procedimento di cui al precedente comma 1, in relazione allo svolgimento delle procedure previste dagli articoli 175 e 176 del d.P.R. n. 207/2010, provvede all'acquisizione del Codice identificativo gara (CIG) ed agli adempimenti previsti dal d.lgs. n. 163/2006, operando in base all'individuazione effettuata ai sensi dell'art. 17 della presente convenzione nell'ambito delle attività dell'ente capofila / dell'ufficio unico individuato quale Centrale unica di committenza.*

## **9. I criteri per individuare gli appaltatori con cui contrattare nelle procedure ristrette ed informali: la questione degli inviti sul mercato elettronico**

Sulla questione della scelta degli operatori da invitare al procedimento di gara (informale) ed in particolare nel mercato elettronico deve essere registrato il relevantissimo intervento dei giudici di Palazzo Spada che forniscono importanti elementi al RUP sul *modus* con cui atteggiare le indagini di mercato nel cottimo fiduciario.

La pronuncia in argomento è quella del **Consiglio di Stato, sez. V, n. 3954/2015** – a cui è stata data grande visibilità ma che, a parere di chi scrive, non è stata correttamente interpretata e che, solo *prima facie*, sembra aver legittimato il comportamento della stazione appaltante che, avviando un procedimento di cottimo fiduciario attraverso l'utilizzo dello strumento telematico del MEPA (di Consip), ha scelto gli operatori economici da invitare sulla base della **localizzazione territoriale** in contrasto con i tradizionali principi della concorrenza che non tollerano artificiose limitazioni.

La statuizione contenuta nella sentenza è oggetto di interessante dibattito anche in dottrina per la pretesa incongruità dell'affermazione che ha ritenuto corretta la decisione della stazione appaltante di limitare la platea degli operatori invitati a contrattare con la p.a. per le esigenze di questa riguardo ad un appalto per cui, forse, tale contingentamento è apparso come una forzatura (nel caso di specie si trattava dell'aggiudicazione del servizio di fornitura - manutenzione del sistema informatico e *service paghe* di una unione di comuni).

È noto che lo strumento telematico consente la scelta degli operatori tanto con riferimento al territorio quanto attraverso l'uso della ragione sociale/partita IVA.

Criteri che, oggettivamente, stridono con l'esigenza – comunque da presidiarsi anche in un procedimento informale qual è il cottimo fiduciario – di scegliere gli appaltatori attraverso sistemi oggettivi e non limitativi o escludenti della partecipazione.

Nel caso di specie, il *modus operandi* della stazione appaltante – una unione di comuni - è stato censurato da un appaltatore che riteneva di dover essere invitato al procedimento contrattuale in quanto operatore economico del settore. Le ragioni sono state ritenute non condivisibili dal giudice, tanto in primo grado quanto in appello.

Per una analisi di tipo pratico/operativo pare conveniente prendere le mosse proprio dalla sentenza del primo giudice.

Dalla sentenza di primo grado (T.A.R. Veneto, Venezia, I sentenza n. 1458/2014) emerge che il ricorrente era “*società che opera nel settore delle forniture di beni e servizi informatici (...) abilitata ad operare nel Mercato Elettronico delle Pubbliche Amministrazioni*”.

Condizioni, pertanto – la seconda non riportata nella pronuncia d'appello – che radicavano l'interesse al ricorso.

Le ragioni di doglianza insistevano sul fatto che la limitazione territoriale degli inviti – effettuata dal RUP – pregiudicava le proprie legittime istanze e pertanto doveva ritenersi illegittima.

Come noto, il giudice di primo grado respinge le ragioni del ricorrente richiamando, sostanzialmente, il fatto che il cottimo fiduciario è procedura informale, per cui il RUP è tenuto ad invitare almeno 5 imprese scelte secondo i principi della rotazione, trasparenza e *par condicio*.

Tali principi sarebbero stati rispettati attraverso la consultazione dei cataloghi del mercato elettronico (ai sensi degli articoli 328 e 332 del regolamento attuativo del codice degli appalti). Inoltre, nel cottimo fiduciario è la sta-

zione appaltante – e non dipende pertanto dall'appaltatore – che individua gli appaltatori da consultare e solamente con questi può avviare la procedura contrattuale.

Infine, la limitazione territoriale e quindi la circostanza che la stazione appaltante avesse individuato gli appaltatori da invitare al procedimento *“risponde a un principio di ragionevolezza e proporzione rispetto alle caratteristiche oggettive del servizio da affidare, che richiede formazione del personale in loco, e la garanzia di assicurare le esigenze manutentive e di assistenza che dovessero sorgere in relazione al software installato”*.

È proprio l'ultimo inciso, ribadito anche dal giudice di Palazzo Spada in appello, che ha pregio operativo per lo stesso RUP e per la stazione appaltante.

In sintesi, il criterio particolare che il MEPA introduce ovvero la possibilità di scegliere direttamente gli appaltatori in vetrina attraverso la loro localizzazione territoriale (e/o addirittura per ragione sociale o per partita IVA) non viene considerato, né in primo né in secondo grado, come metodo congruo in assoluto ovvero a prescindere dal tipo di appalto ma condizionato ed in funzione del tipo di commessa da acquisire.

Di conseguenza, il suo stesso utilizzo, deve avvenire sempre *cum grano salis*. Nel caso di specie, al netto di rilievo nel merito, il tipo di servizio da acquisire esige una presenza – e non solo una azione in remoto trattandosi di fornitura e manutenzione di un sistema informatico per la gestione degli stipendi – “fisica” e tempestiva dell'aggiudicatario.

Circostanze che secondo i giudici ben potevano legittimare il contingentamento territoriale degli appaltatori invitati a negoziare con la stazione appaltante.

Sotto il profilo pratico, pertanto, si può ben ritenere che l'utilizzo di un criterio meramente territoriale non si sostanzia – in assoluto – come una prassi corretta ma che il RUP nella proposta di determinazione a contrattare, che avvia il procedimento di gara (anche informale), potrà suggerire avendo cura di certificare ed indicare le condizioni che legittimano una limitazione degli inviti al territorio contiguo a quello della stazione appaltante.

Motivazioni che, evidentemente, non potranno essere utilizzate per “semplici” forniture che non richiedono un intervento tempestivo dell'appaltatore e/o una presenza fisica nella stazione appaltante.

Questo perché, come anche si legge nelle FAQ sull'utilizzo del MEPA, il procedimento “telematico” non è una procedura di gara con condizioni e criteri avulsi dall'ordinamento giudico degli appalti ma, un mero strumento utilizzabile dal punto ordinante (dalla stazione appaltante) che si deve far carico di una corretta applicazione dei criteri di individuazione degli opera-

tori secondo principi di oggettività e trasparenza del tutto simili a quelli da ossequiare nel procedimento contrattuale “tradizionale”. Circostanza, purtroppo, non costantemente seguita nella prassi.

### **9.1 La pubblicazione della determinazione in caso di procedura negoziata**

Uno degli aspetti che merita di essere brevemente affrontato, in relazione soprattutto alla procedura negoziata ed alla necessità di fissare preventivamente i criteri di individuazione dei soggetti con cui contrattare, riguarda la questione dei rapporti trasparenza (ai sensi del d.lgs. 33/2013) e l'attività contrattuale.

È chiaro che, per effetto della centralizzazione, il maggior obbligo informativo è del RUP della stazione unica che dovrà adeguatamente curare le varie sezioni della trasparenza.

Residua il dubbio, però, di quali oneri informativi possano residuare – in tema di attività contrattuale – per il comune che richiede la gara d'appalto.

Il primo comma dell'articolo 37 del decreto legislativo 33/2013 si limita a richiamare, come noto, la necessità di assicurare la trasparenza alle **“informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture”**.

La questione può essere chiarita con riferimento alle varie deliberazioni dell'ANAC. In ogni caso ogni particolare gli oneri della trasparenza sembrerebbero gravare nei confronti del comune per conto del quale devono essere espletate le gare.

Un problema specifico si impone in relazione al secondo comma dell'articolo 37 del decreto c.d. trasparenza (decreto legislativo 33/2013) a memoria del quale *“le pubbliche amministrazioni sono tenute altresì a pubblicare, nell'ipotesi di cui all'articolo 57, comma 6, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la delibera a contrarre”*.

Secondo cui, **“ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta**

*economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando”.*

I criteri per individuare gli offerenti con cui contrattare è competenza del RUP della stazione unica che devono anche essere condivisi. Pertanto, se la determinazione – evidentemente – viene adottata dal RUP della stazione unica l'obbligo della pubblicazione ricade sulla stazione appaltante anche se poi gli effetti della gara riguardano altro soggetto. Sempre fatto salvo che non si voglia intendere l'ufficio della stazione unica in unione come avulsa dall'ente giuridico ma come struttura servente per gli enti aderenti.

In ogni caso, visto la non complicità della questione, a monte – e quindi in sede di redazione della convenzione e/o anche con atto successivo -, potrebbe tranquillamente essere disciplinato anche l'aspetto in questione creando un sistema di condivisione in modo che la pubblicazione possa apparire nella sezione trasparenza tanto dei comuni aderenti quanto della stazione unica.

La circostanza, a parere di chi scrive, non può essere sottovalutata considerato che il comune che richiede l'appalto potrebbero essere adito attraverso l'accesso civico di un cittadino che vuole avere maggiori informazioni sull'attività contrattuale dell'ente che richiede l'appalto proprio in relazione alla intervenuta centralizzazione.

L'accesso civico – che come noto integra una fattispecie di accesso *erga omnes* a prescindere da particolari interessi e che può essere esercitato in relazione agli obblighi di trasparenza della p.a. <sup>(7)</sup> – è disciplinato all'articolo 5 del decreto legislativo 33/2013 puntualizza che

1. *L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.*
2. *La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione di cui al comma 1, che si pronuncia sulla stessa.*
3. *L'amministrazione, entro trenta giorni, procede alla pubblicazione nel sito del documento, dell'informazione o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente, ovvero comunica al medesimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Se il documento, l'informazione o il dato richiesti risultano già pubblicati nel rispetto della normativa vigente, l'amministrazione indica al richiedente il relativo collegamento ipertestuale.*

»»

<sup>(7)</sup> In tema, *amplius*, sia consentito rinviare a S. USAI, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, III ed. 2014, Maggioli.

*4. Nei casi di ritardo o mancata risposta il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo di cui all'articolo 2, comma 9-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, che, verificata la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione, nei termini di cui al comma 9-ter del medesimo articolo, provvede ai sensi del comma 3.*

*5. La tutela del diritto di accesso civico è disciplinata dalle disposizioni di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, così come modificato dal presente decreto.*

*6. La richiesta di accesso civico comporta, da parte del Responsabile della trasparenza, l'obbligo di segnalazione di cui all'articolo 43, comma 5.*

Chi scrive ritiene che l'istanza, ricevuta dal responsabile della trasparenza del comune che ha aderito alla stazione unica non si risolva riscontrando il richiedente attraverso un rinvio al responsabile della trasparenza dell'unione dei comuni (che gestisce la stazione unica) ma deve essere soddisfatto ampliando nella misura maggiore possibile la trasparenza che può essere, come detto sopra, tranquillamente condivisa.

In caso di adesione all'unione dei comuni, ben potrebbe accadere che gli stessi adempimenti relativi alla trasparenza vengano accentrati in seno a questa con la nomina di un unico responsabile della trasparenza.

## **10. La scelta del criterio di aggiudicazione**

La scelta del criterio di aggiudicazione (al ribasso o secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) non può che ritenersi rimessa al RUP della stazione unica ma, evidentemente, non può sottovalutarsi la necessità di una condivisione con il comune richiedente l'appalto.

Una procedura frammentata non può ritenersi esaurita nel momento in cui la stazione richiedente trasmette la determina che approva gli atti relativi alla acquisizione con la semplice richiesta di procedere con l'offerta economicamente più vantaggiosa. La scelta dei parametri da utilizzare non può essere ritenuta irrilevante per l'ente che richiede l'appalto, si tratta infatti di individuare i parametri qualitativi che connoteranno la prestazione.

In questo caso, il necessario momento di concerto richiede una chiara esplicitazione nella convenzione nel senso che occorre indicare non una semplice clausola stereotipata, ma occorre impegnare la responsabilità del RUP e del responsabile del servizio del comune che richiede la gara.



Solo in questo modo, il burocrate del comune richiedente viene responsabilizzato senza possibilità di sottrarsi a quelle che comunque rientrano nell'ambito delle proprie responsabilità soprattutto alla luce del fatto che gli effetti del contratto e, pertanto, la stessa prestazione da erogare riguarda il comune richiedente.

A parere di chi scrive, il criterio di aggiudicazione deve comunque sempre essere concertato ed in ogni caso, si ripete, il RUP del comune richiedente non può sottrarsi dal compito di essere propositivo verso il RUP ed il responsabile della stazione unica (qualora, evidentemente, non coincidessero).

### **10.1 I criteri di aggiudicazione nel nuovo codice degli appalti**

Non è senza interesse rammentare che se nell'odierno vige un principio di equiordinazione tra i criteri e che – come di recente ha ribadito il Consiglio di Stato, sez. VI, 4883/2015 – la consolidata giurisprudenza – delinea “*ampi margini di discrezionalità tecnica per l'Amministrazione, in rapporto sia alla scelta fra il criterio anzidetto e quello del prezzo più basso (senza che debbano essere esternate le ragioni della scelta stessa, in quanto censurabile solo per evidente irrazionalità o travisamento dei fatti: cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. Stato, V, 18 giugno 2015, n. 3121 e 31 agosto 2015, n. 4040), sia in rapporto alla formulazione di precisi e puntuali criteri di riferimento, per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (criteri che si ritengono necessari e che possono consistere anche in formule o espressioni matematiche, contestabili unicamente in caso di abnormità, sviamento e manifesta illogicità: cfr. in senso conforme Cons. Stato, V, 22 gennaio 2015, n. 257; III, 24 aprile 2015, n. 2050 e 8 settembre 2015, n. 4190)*” la questione dell'approccio del RUP nella scelta del criterio di aggiudicazione è destinata a subire profondi mutamenti con il predisponendo codice degli appalti.

In questo senso, il disegno di legge delega al Governo, per il recepimento delle nuove direttive comunitarie, prevede, il necessario adeguamento ai principi comunitari contenuti nelle nuove direttive in tema di criterio di aggiudicazione dell'appalto.

È noto che il criterio automatico del prezzo subisce un generale ostracismo a vantaggio di una considerazione calibrata su diversi aspetti qualitativi della proposta.

Sono evidenti, tanto in un senso quanto nell'altro, vantaggi e svantaggi della scelta di un criterio unico.

Se il prezzo più basso, in teoria, è meno soggetto a manovre arbitrarie è altresì vero che la p.a. non si interessa alla circostanza che il prezzo proposto possa essere addirittura fuori mercato. Il criterio multiplo tarato su aspetti qualitativi, se consente di ottenere oggettivamente la prestazione migliore – ed il criterio si attaglia sicuramente ad alcune specie di servizi – è altresì vero che introduce un *cono d'ombra* discrezionale foriero di contenziosi. È altresì vero che appare inevitabile una lievitazione dei costi almeno nell'immediato.

Non a caso la scelta contenuta nel disegno di legge sembra da configurarsi come una scelta mediana. Il *multicriterio*, anche per le concessioni, dovrebbe costituire il criterio generale ma non esclusivo nel senso che al Governo viene demandato di individuare ***“espressamente i casi e le soglie di importo entro le quali è consentito il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta”***.

La circostanza, inutile nasconderselo, che il Governo introduca una specifica casistica per cui si potrà utilizzare ancora il criterio del prezzo più basso, è evidente, determinerà l'estensione per analogia ad una moltitudine di appalti, in aperto contrasto con i superiori principi comunitari.

È ipotizzabile, visto il maggior margine di discrezionalità, che il Governo possa reintrodurre (o, meglio, ribadire) l'equiordinazione tra i criteri nel solo ambito sotto soglia comunitaria sicuramente maggiormente presidabile dal legislatore domestico.

La parità tra criteri, si evidenzia nella stessa legge delega, non potrà comunque (lett. gg)) riguardare l'aggiudicazione ***“dei contratti pubblici relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica”*** che dovrà avvenire in via esclusiva sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ***“escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta”***.

Sempre a proposito di sistemi di aggiudicazione, nella successiva lettera ii), la richiesta al legislatore è quella di creare un sistema di garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche ***“per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte in numero almeno pari a cinque, nonché una adeguata rotazione degli affidamenti, ferma restando la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE di applicare la***

*disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati in conformità ai principi dettati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a tutela della concorrenza”.*

Si tratta, in questo caso, di migliorare l'attuale sistema generalizzando la richiesta dei 5 preventivi (almeno) che potrebbe portare ad una revisione della disciplina dei *microacquisti* tarata sul cottimo fiduciario.

Anche in questo caso sono evidenti le implicazioni soprattutto per i servizi c.d. esclusi che, rimangono tali nella nuova direttiva solo fino ad una determinata cifra (entro i 750 mila euro). Oltre la soglia in parola sono soggetti non all'intero impianto normativo ma – come noto – ad una serie specifica di norme.

La delega, pertanto, sembra imporre un compito specifico ovvero la necessità di delineare, seriamente, un microsistema normativo che disciplini questo tipo di appalti e comprendendo anche uno specifico criterio di aggiudicazione. Occorrerà pertanto chiaramente esplicitare l'ambito delle norme applicabili. Questo perché, invero, anche nell'odierno – magari esplicitato chiaramente soprattutto nella legislazione regionale – per i servizi si ritiene utilizzabile il solo *multicriterio*. Ma, come noto, anche in questo caso, la prassi operativa – legittimata anche da certa giurisprudenza –, ha ritenuto congruo anche l'utilizzo del criterio automatico generando non poche perplessità.

È chiaro, anche alla luce di recentissima giurisprudenza e le diatribe che devono essere chiarite definitivamente, che uno dei maggiori problemi è dato proprio dall'incerto ambito normativo applicabile agli appalti *de quibus*; si pensi solamente alla vicenda sulla distinzione tra principio generale e norma.

## **11. Sedgio di gara e commissione di gara**

Consequente alla scelta sul criterio di aggiudicazione è l'individuazione di operare con un sedgio di gara (monocratico con assistenti/testimoni) o con la commissione di gara, come noto, nel caso in cui l'appalto debba essere aggiudicato con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A parere di chi scrive, il responsabile della stazione unica deve essere posto in condizione di totale autonomia sulla scelta del soggetto a cui far condurre (o farsi assistere) il procedimento nel caso di appalto da assegnarsi al ribasso, così come – evidentemente la stessa autonomia deve essere assicurata in fase

di individuazione dei componenti la commissione di gara, nell'ambito naturalmente di quanto disposto dall'articolo 84 del codice dei contratti.

L'autonomia/indipendenza a cui si è fatto riferimento non riguarda le prerogative normative che sono intangibili ma una libertà di attingere dai vari enti aderenti alla stazione unica ed in primo luogo del comune che richiede l'espletamento dell'appalto.

Per meglio intendersi, se il comune per richiedere l'espletamento della gara – attraverso un proprio RUP e (se i soggetti non coincidono) il responsabile del servizio – il responsabile della stazione unica deve essere libero di chiamare il RUP o il responsabile del servizio non solo come responsabile unico dell'appalto indicando ma anche come soggetto che gestisce il procedimento come seggio di gara (fermo restando che l'approvazione ed esternalizzazione degli atti è una competenza gestionale che non potrà che competere al responsabile della stazione unica) e/o anche come componente o semplicemente come segretario verbalizzante della commissione di gara eventualmente necessaria.

Affrontando le questioni in modo pratico e realistico, non è pensabile – almeno in fase di avvio – che la stazione unica abbia una dotazione organica tale da renderla assolutamente autosufficiente pertanto non si potrà che attingere dai comuni aderenti ed in particolare modo dal comune che richiede l'espletamento della gara.

La questione del seggio e/o della commissione, naturalmente, è stata oggetto di attenta considerazione anche dall'ANCI che, nella convenzione tipo, ha dedicato al problema l'articolo 21. Una norma articolata ma, a parere di chi scrive, da predisporre in modo che risulti chiaro che l'organico dei comuni aderenti alla stazione unica – almeno il personale che normalmente si occupa di appalti – potrebbe essere chiamato a prestare la propria collaborazione senza che abbia la possibilità di sottrarsi in modo strumentale.

La norma *de qua* rubricata "Formazione del Seggio di gara e della Commissione giudicatrice stabilisce – nella prima parte – quanto segue:

*"1. In relazione alla formazione del Seggio di gara (nelle procedure con l'utilizzo del criterio del prezzo più basso) la presidenza dello stesso è assunta dal Responsabile della struttura organizzativa operante come Centrale unica di committenza, individuato in base all'art. 18 della presente convenzione.*  
*2. La Commissione giudicatrice nelle procedure con l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è nominata dal Responsabile della struttura organizzativa operante come Centrale unica di committenza:*

a) individuando i componenti della stessa, quali esperti, **prioritariamente tra le risorse umane operanti presso la stessa Centrale unica di committenza, sulla base dell'individuazione operata dai Comuni associati in base all'art. 17 della presente convenzione, recependo eventuali indicazioni del Comune o dei Comuni associati nell'interesse del quale o dei quali viene svolta la procedura;**

b) individuando esperti esterni, quando necessario e d'intesa con i Comuni associati interessati alla procedura, appartenenti ad altre amministrazioni aggiudicatrici o selezionati tra professionisti iscritti ad albo e professori universitari di ruolo, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 84, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006;

c) procedendo alla nomina nel rispetto delle regole inerenti incompatibilità e prevenzione del conflitto di interessi previste dall'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990;

d) verificando il rispetto delle condizioni di incompatibilità funzionale determinate dall'art. 84, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 per i soggetti che abbiano svolto o siano destinati a svolgere altri incarichi o attività nell'ambito dell'appalto;

3. Il Responsabile della struttura organizzativa operante come Centrale unica di committenza ricopre l'incarico di Presidente della Commissione giudicatrice oppure, qualora sia impossibilitato o non possa assumere l'incarico per ragioni di incompatibilità o conflitto di interessi, nomina un Dirigente o un funzionario apicale tra quelli operanti presso la stessa Centrale di committenza, in base all'individuazione effettuata dai singoli Comuni associati ai sensi dell'art. 17 della presente convenzione.

**[oppure, formulazione alternativa]:**

3. Il Responsabile della struttura organizzativa operante come Centrale unica di committenza nomina come Presidente della Commissione giudicatrice:

a) nelle procedure svolte in favore di un singolo Comune associato, un Dirigente / Responsabile di Servizio del Comune associato, operante presso la stessa Centrale unica di committenza in base all'individuazione effettuata secondo l'art. 17 della presente convenzione, preferibilmente corrispondente al soggetto nominato dal Comune come Responsabile del procedimento o Responsabile unico del procedimento;

b) nelle procedure svolte in favore di più Comuni associati, un Dirigente / Responsabile di Servizio del Comune associato per il quale il valore dell'acquisizione di lavori, servizi o beni risulti prevalente, operante presso la stessa Centrale unica di committenza in base all'individuazione effettuata secondo l'art. 17 della presente convenzione, preferibilmente corrispondente al soggetto nominato dal Comune come Responsabile del procedimento o Responsabile unico del procedimento.

**[oppure, formulazione alternativa]**

b) nelle procedure svolte in favore di più Comuni associati, un Dirigente / Responsabile di Servizio di un Comune associato, scelto in base ad intesa tra gli enti associati, operante presso la stessa Centrale unica di committenza in base all'individuazione effettuata secondo l'art. 17 della presente convenzione, preferibilmente corrispondente al soggetto nominato dal Comune come Responsabile del procedimento o Responsabile unico del procedimento.

Mentre pare assolutamente superfluo il comma 4 trattandosi di disposizioni del t.u. 267/2000 e del contratto di lavoro.

*4. Ai fini di quanto previsto dai precedenti commi, per Responsabile di servizio si intende il dipendente dell'ente esercitante il ruolo previsto dall'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000, indipendentemente dalla qualifica/categoria professionale assegnata, anche quando non afferente a posizioni comportanti il possesso della laurea per l'accesso.*

*Nota bene: la clausola è riferita ai Comuni di più limitate dimensioni organizzative, nelle quali il ruolo di Responsabile di servizio può essere ricoperto da dipendenti di cat. C.*

*5. Qualora il Presidente della Commissione giudicatrice non sia il Responsabile della struttura organizzativa operante come Centrale unica di committenza, tale soggetto opera nell'ambito della gara per le attività riferite allo stesso Responsabile della Centrale dall'art. 18 della presente convenzione”.*

### 11.1 **Gli albi dei commissari di gara**

Nell'attuale testo della legge delega al Governo per il recepimento delle direttive comunitarie 2014 nn. 23, 24 e 25, relativa, rispettivamente, alle concessioni, agli appalti dei settori ordinarie ed agli appalti degli enti erogatori nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, è prevista l'introduzione di uno **specifico albo dei commissari** la cui gestione dovrà essere presidiata dall'ANAC.

Testualmente la lettera *bb)* – articolo 1 – prevede quale “direttiva” al Governo in fase di predisposizione del nuovo codice dei contratti:

*hh) la creazione, presso l'ANAC, di un albo nazionale **obbligatorio** dei componenti delle **commissioni giudicatrici** di appalti pubblici e contratti di concessione, prevedendo tenuto conto, a seguito di apposite verifiche, delle precedenti attività professionali dei componenti e dell'eventuale sussistenza di ipotesi di conflitti di interesse:*

*1) ai fini dell'iscrizione all'albo specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità nello specifico settore cui si riferisce il contratto, nonché le cause di incompatibilità e di cancellazione dal medesimo albo;*

*2) l'assegnazione dei componenti alle commissioni giudicatrici mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti che ne facciano richiesta in numero almeno doppio rispetto ai componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione;*

*3) che l'ANAC adotti con propria determinazione la disciplina generale per la tenuta dell'albo, comprensiva dei criteri per il suo aggiornamento;*

La previsione, al di là di alcune difficoltà pratiche che dovranno essere affrontate e chiarite, si pensi ad esempio all'appalto predisposto da una centrale locale su territorio provinciale, che deve richiedere ed ottenere l'indicazione dei commissari con ulteriore aggravio, quanto meno finanziario, presenta aspetti positivi ed altri su cui è lecito esprimere delle perplessità. Quanto meno occorrerà ipotizzare anche sezioni regionali dell'albo.

L'innovazione dell'albo, si diceva, modifica anche alcune prerogative ed attribuzioni tipiche del dirigente/responsabile del servizio. Si allude in particolare alla prerogativa della nomina dei commissari di gara.

Un sistema di questo tipo, evidentemente, impone – allo stesso presidente della commissione di gara – i componenti, scelti come visto per sorteggio tra esperti del settore particolarmente qualificati.

Non è ancora chiaro se i commissari in argomento potranno far parte della sola commissione giudicatrice e/o anche essere individuati per la composizione della eventuale nomina di commissioni tecniche per le valutazioni sulla serietà/congruità delle offerte nel procedimento presidiato dal responsabile unico del procedimento di gara.

La delega si esprime richiamando semplicemente i commissari per le commissioni giudicatrici alludendo alla classica commissione di gara che valuta le offerte tecnico/economiche.

La questione non è di poco conto soprattutto se si considerano anche le finalità – o alcune finalità – della prevista delega al legislatore del nuovo codice dei contratti.

I recenti accadimenti hanno sicuramente inciso sulla esigenza di introdurre maggiori controlli sulla nomina e sulla composizione dei collegi deputati alla valutazione delle offerte, inoltre, la previsione è altresì coerente con la circostanza che l'adeguamento ai principi comunitari impone – sostanzialmente – il superamento della tradizionale equiordinazione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto a tutto vantaggio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto al criterio del prezzo più basso.

Ciò sta ad evidenziare, ovviamente, la drastica riduzione di situazioni in cui la valutazione viene rimessa ad un seggio monocratico giudice delle offerte (esclusivamente economiche) con prevalenza dell'insediamento di un organo collegiale, la commissione di gara.

Non si può escludere a priori che i commissari in parola possano anche far parte, come si diceva appena sopra, della stessa commissione tecnica predisposta per la valutazione delle giustificazioni prodotte in caso di potenziale anomalia dell'offerta.

Una occasione per specificare anche questa ipotesi può essere fornita da una ulteriore “richiesta” contenuta nel disegno di legge delega nella lettera z) sempre dell’articolo 1.

In questa, oltre ad evidenziarsi alcuni aspetti relativi al superamento del principio di equiordinazione tra i criteri di aggiudicazione, si precisa l’ulteriore esigenza di riscrivere il procedimento di valutazione dell’anomalia sia pur con particolare riferimento agli appalti del sottosoglia comunitario. Come noto, maggiormente presidabili da parte del legislatore domestico.

Il testo in parola evidenzia quanto segue:

*ff) utilizzo, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, per l’aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita e includendo il «miglior rapporto qualità/prezzo» valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali connessi all’oggetto dell’appalto pubblico o del contratto di concessione; regolazione espressa dei criteri, delle caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d’asta, nonché indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell’offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria;*

Nel caso specifico, proprio in relazione alla costituzione dell’albo, le figure ammesse a farne parte oltre ai requisiti di tipo generale etico/morale, devono avere anche competenze tali da poter presidiare anche aspetti afferenti questioni specifiche dell’offerta economica.

Relativi, in sostanza, al rapporto proposta tecnica/progetto presentato rispetto alla congruità del prezzo offerto.

In sostanza, secondo anche l’indirizzo giurisprudenziale maggioritario, è sufficiente che la commissione di gara sostanzi un *mix* di esperienza giuridico/tecniche laddove il primo aspetto (giuridico) consente un presidio degli aspetti procedurali della gara. Mentre il presidio sugli aspetti più latamente di tipo economico/tecnico, potrebbe ritenersi consentito invece dall’acquisizione da parte dell’organo giudicatore di conoscenze tecniche e quindi una trasparente competenza a valutare le giustificazioni presentate dall’appaltatore sui rapporti prezzo proposto/aspetti tecnico-qualitativi.

Proprio queste ultime connotazioni sono sicuramente essenziali nel caso di valutazione della congruità delle giustificazioni presentate in contraddittorio dall’impresa secondo la richiesta della stazione appaltante (ed in spe-



cie dal RUP) e, pertanto, della credibilità dell'impegno che l'appaltatore si è assunto e sulla sua reale capacità di eseguire le varie prestazioni connesse all'esecuzione dell'appalto senza riserve mentali.

Naturalmente, la circostanza che i commissari per le commissioni tecniche potranno essere estratti dall'albo nazionale implica, evidentemente, la revisione dell'attuale sistema così come disegnato nell'articolo 84 del codice dei contratti ovvero con indicazione – nel caso in cui la stazione risultasse priva di professionalità adeguate – dei vari ordini.

## 12. Il procedimento di gara

Le questioni maggiormente dibattute – e su cui non solo la convenzione deve essere piuttosto chiara ma, soprattutto, devono risultare ben informati i consigli comunali chiamati a deliberare – riguarda il momento di maggior delicatezza del procedimento ovvero la fase che va dalla verifica delle offerte, tanto dalla documentazione amministrativa che ai successivi plichi, all'aggiudicazione provvisoria e, previa verifica dei requisiti, all'aggiudicazione definitiva. Soprattutto in relazione a quest'ultima considerato che l'aggiudicazione consente – grazie al perfezionamento, sotto il profilo contabile, dell'obbligazione giuridica – la registrazione dell'impegno di spesa e, grazie all'allegato cronoprogramma, l'imputazione negli esercizi finanziari di ricevimento. Questo secondo il principio della competenza finanziaria potenziata introdotto dalla c.d. contabilità armonizzata.

Non può sfuggire che la stazione unica – salvo che sia stato associato anche il servizio per cui viene espletata la gara – non può assumere l'impegno di spesa, pertanto, si tratterà di comprendere e specificare se l'aggiudicazione definitiva possa essere o meno rimessa alla stazione unica (come ritiene lo scrivente e di cui si dirà più avanti).

Il procedimento di gara deve svolgersi interamente – fin dal suo avvio con il codice identificato di gara e l'eventuale pagamento del contributo – sotto il presidio della stazione unica.

Ogni frazione del procedimento di gara non può che competere alla stazione unica. Pertanto, chiariti previamente negli atti di gara i termini e le modalità di presentazione delle domande, al RUP della stazione unica spetterà procedere ai riscontri formali (o alla stessa commissione di gara), all'avvio dei riscontri di cui all'articolo 48 del codice dei contratti e la gara vera e propria (da intendersi in senso tradizionale quanto riferita al utilizzo del mercato elettronico).

Allo stesso modo, nell'ambito della stazione unica deve aggiudicarsi provvisoriamente la gara previa valutazione – se momento procedurale previsto – la valutazione della potenziale anomalia dell'offerta.

### 13. Il procedimento di verifica della potenziale anomalia dell'offerta

Il RUP della stazione unica, come oramai consolidato anche in giurisprudenza, deve presidiare il procedimento di valutazione della potenziale anomalia ai sensi di quanto previsto nell'articolo 119 del regolamento attuativo del codice.

Come noto, il RUP può espletare il sub-procedimento in argomento o direttamente, oppure avvalendosi di una commissione nominata *ad hoc*, nel senso che il RUP la proporrà al responsabile del servizio e questi provvederà a firmare la determinazione correlata, oppure della stessa commissione di gara e, comunque, dei dipendenti dell'organico della stazione appaltante. Quest'ultima annotazione non può che, nel caso di specie, essere riferita, prioritariamente alla dotazione della stazione unica ma anche a quella del comune richiedente la gara e/o se necessario dei comuni aderenti.

Il sub procedimento della valutazione della potenziale anomalia – quando previsto – ha rilievo, tra gli altri, per due aspetti che qui interessano, in primo luogo la incidenza sui contenziosi, in secondo luogo per il fatto che condiziona l'aggiudicazione provvisoria.

Come noto, ai sensi del comma 3, dell'articolo 119, il RUP espletato il procedimento – direttamente o avvalendosi delle prerogative sopra sintetizzate deve trasmettere i correlati verbali al presidente del seggio o al presidente della commissione di gara (quando, evidentemente, i soggetti che ricoprono il ruolo di RUP e di presidente non coincidano), in questo caso – recita il comma richiamato – *“il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica, sono risultate non congrue e **dichiara l'aggiudicazione provvisoria** in favore della migliore offerta risultata congrua.*

Pertanto, l'aggiudicazione provvisoria rappresenta un momento endoprocedimentale che consente semplicemente di individuare il soggetto che in base alle operazioni compiute risulta essere primo in graduatoria di merito ma a questa devono necessariamente seguire le fasi del controllo vero e proprio sia sulle operazioni compiute durante il procedimento sia sui requisiti dichiarati dall'aggiudicatario (secondo le norme desumibili dagli artt. 11 e 12 del codice dei contratti).

L'aggiudicazione provvisoria non deve essere consacrata in un provvedimento amministrativo (determinazione) tant'è vero che non esiste alcun onere di impugnare il relativo verbale. La prima determinazione – e si dovrà tornare più avanti – riguarda l'aggiudicazione definitiva intesa come operazione che conferma (o meno) le operazioni compiute durante il procedimento di gara, atto non dovuto ma che ha una sua totale autonomia ed il problema è chiarire già in convenzione se lo stesso debba essere adottato – come ritiene chi scrive – dal responsabile della stazione unica previa istruttoria predisposta dal RUP, o dal comune richiedente la gara.

#### **14. L'aggiudicazione definitiva e la contabilità armonizzata**

Si è più volte annotato che una delle decisioni su cui la convenzione deve fare un netto chiarimento per evitare fraintendimenti e/o evitare che la procedura possa interrompersi riguarda il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

La difficoltà principale è determinata dalla particolare configurazione della determinazione di aggiudicazione definitiva non efficace e quella produttiva di effetti. Soprattutto in relazione alla questione della registrazione dell'impegno di spesa che coincide con il perfezionamento dell'obbligazione giuridica secondo i principi della contabilità armonizzata (che a sua volta coincide con l'aggiudicazione definitiva efficace).

L'aggiudicazione definitiva diventa efficace, secondo il comma 8 dell'articolo 11 del codice dei contratti *“dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*.

Si tratta di capire, prima di affrontare la problematica che qui riguarda se i provvedimenti sono due, ovvero una determinazione che approva il verbale di aggiudicazione provvisoria, gli altri verbali di gara e quindi implica un controllo sulle operazioni svolte dal seggio o dalla commissione di gara, che dovrebbe sostanziarsi in un atto che approva (o meno) l'aggiudicazione provvisoria generando pertanto la c.d. aggiudicazione definitiva non efficace ed un secondo atto che – controllati il possesso dei requisiti dichiarati – si configura come aggiudicazione definitiva efficace che contiene anche l'impegno di spesa.

Se si ammettesse per semplicità il duplice provvedimento in parola si tratta allora di chiarire a chi compete l'adozione di queste determinazioni: alla stazione unica o al comune aderente.

Una delle prime difficoltà, come anche nella convenzione dell'ANCI viene più volte ribadita è data dal fatto che il RUP della stazione unica appaltante non può predisporre per il responsabile del servizio di questa una determina

che contenga anche l'impegno di spesa, trattandosi, quest'ultimo di prerogativa esclusiva del comune richiedente che dispone della risorsa (su cui è stata adottata la prenotazione di impegno di spesa) blindata per la copertura dell'acquisizione e che poi dovrà procedere all'imputazione nei vari esercizi finanziari in cui la prestazione risulta esigibile secondo le indicazioni del cronoprogramma delle acquisizioni e/o dei lavori.

È altresì vero – e non può essere sottovalutato – che l'aggiudicazione definitiva è il provvedimento che può essere impugnato (così come il provvedimento di esclusione) ed una impugnazione di un provvedimento adottato da chi non ha espletato materialmente il procedimento – qualora si ipotizzasse che tale atto debba essere adottato dal responsabile del servizio del comune aderente – sembra di più complicata gestione rispetto ad un contenzioso sviluppatosi nei confronti della stazione unica che ha seguito l'intero procedimento e può più facilmente apprestare ogni difesa e/o replicare alle varie censure mosse.

In tema, dalla convenzione ANCI sembrano emergere dubbi sul fatto che sia la stazione unica soggetto competente ad adottare l'aggiudicazione definitiva efficace. In questo senso, in varie parti della predetta, si legge la necessità di adottare una ***“formulazione relativa all'aggiudicazione, qualora gli enti associati considerino l'attività della Centrale unica di committenza concludibile con l'aggiudicazione definitiva non efficace, in quanto atto non a rilevanza contabile in base all'art. 183 del d.lgs. n. 267/2000, posta la trasformazione della prenotazione di impegno al momento del riconoscimento dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva in funzione della determinazione effettiva del soggetto creditore”***.

A parere di chi scrive – così come detto per la determinazione a contrattare – anche l'ultimo atto della fase pubblicistica del procedimento contrattuale ovvero l'aggiudicazione definitiva (sia che venga adottato un atto di presa d'atto di efficacia sia che non venga formalmente adottato) deve essere declinata in un provvedimento della stazione unica che, con questo, trasmette tutti gli atti al comune richiedente.

Per ciò stesso ogni contenzioso non potrà che riguardare il soggetto che materialmente ha svolto la gara e che meglio potrà presidiarlo. Non solo, lo stesso soggetto che dovrà stare in giudizio – previa valutazione con il comune richiedente la gara e, evidentemente, con delibera dell'unione – , è proprio l'unione dei comuni.

Per effetto di quanto detto, la gestione delle richieste di accesso e della preinformativo di ricorso (ai sensi dell'articolo 243-*bis* del codice dei con-

tratti riguarderà il RUP della stazione unica (che non può non coincidere, come ripetuto, con il RUP del comune che richiede la gara).

Evidentemente, tutte le comunicazioni del procedimento rimangono in capo alla stazione unica ed al RUP individuato dal dirigente/responsabile del servizio. Le comunicazioni con l'aggiudicatario, invece, per la stipula del contratto, la scrittura privata e/o similari rimangono in capo al comune aderente che deve occuparsi dell'intera fase civilistica.

Gli atti in argomento – secondo chi scrive – una volta decorsi i termini di impugnabilità e quindi il c.d. termine di *stand still* verranno trasmessi al comune aderente per la registrazione dell'impegno di spesa e gli adempimenti conseguenti. Atto che non può neppure essere impugnato perché confermativo di quello adottato dalla stazione unica unico provvedimento che gli appaltatori lesi avranno interesse, eventualmente, ad impugnare.

#### **14.1 Il caso di non convenienza e/o inadeguatezza dell'offerta**

La circostanza che la gara venga presidiata dal RUP del comune richiedente l'appalto (o il responsabile del servizio che può coincidere con il responsabile unico) – salvo diversa valutazione del dirigente/responsabile del servizio – appare evidente anche in relazione al potere/dovere – *ex* comma 3 dell'articolo 81 del codice dei contratti – della stazione appaltante di non aggiudicare la gara “*se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto*”.

Non si può pensare che tale fase possa essere gestita da soggetti estranei al comune richiedente la gara, né che una simile decisione possa essere decisa con degli incontri occorre responsabilizzare il soggetto che poi dovrà istruire la proposta di non assegnazione per i motivi sopra indicati. Questo soggetto non può che essere il RUP o il responsabile del servizio interessato del comune richiedente che hanno perfetta cognizione, in particolare degli aspetti di non convenienza economica ma soprattutto di eventuali inadeguatezze.

In tema, la sentenza del **Consiglio di Stato, sez. V, del 28 luglio 2015 n. 3721** conferma il potere/dovere della stazione appaltante di non aggiudicare l'appalto qualora questo risulti non conveniente o inadeguato rispetto alle istanze che con la gara si intendeva soddisfare.

Come noto, questa prerogativa, costantemente affermata dalla giurisprudenza, rappresenta la clausola di chiusura del procedimento amministrativo contrattuale.

Clausola di chiusura nel senso che l'assegnazione della commessa – nel procedimento di appalto – **non si impone come conclusione obbligatoria e fisiologica** ma, più semplicemente, rappresenta una delle possibilità sempre a condizione che la stazione appaltante proceda secondo i dettami della buona fede e della correttezza.

La prerogativa è contenuta nel comma 3 dell'articolo 81 del codice dei contratti a mente del quale *“le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto”*.

A ben vedere, un principio di rilievo – nel senso di non ritenere la stazione appaltante obbligata ad aggiudicare l'appalto – lo si evince anche dall'articolo 11 dello stesso codice

In particolare, dal primo periodo del comma 9 dell'articolo predetto secondo cui *“l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta”*.

Gli aspetti di maggior rilievo che dalla pronuncia si possono trarre, soprattutto da un punto di vista pratico/operativo, afferiscono in particolare a due aspetti.

In primo luogo occorre chiarirsi su quali siano le **condizioni minime necessarie** perché l'appalto possa non essere assegnato a chi formalmente si classifica al primo posto della graduatoria di merito.

In secondo luogo, non meno rilevante, è l'altro aspetto che riguarda l'organo competente ad esprimere il diniego di aggiudicazione. Circostanza, tra l'altro oggetto di specifica contestazione da parte dell'appellante (originario aggiudicatario della gara).

La prima circostanza che si deve verificare, perché la stazione appaltante non proceda all'assegnazione dell'appalto, è che l'offerta presentata, corrisponda sotto il profilo squisitamente formale alle richieste declinate nella legge speciale, nel senso che deve rispettare le condizioni minime sui requisiti richiesti e venga giudicata ammissibile e sia tale, pertanto, da risultare aggiudicataria provvisoria della competizione.

In sostanza, come emerge bene dalla sentenza in esame, una volta che l'offerta venga giudicata dalla commissione o dall'organo giudice monocratico (nel caso di appalto da assegnare al ribasso) come valida, il compito della stazione appaltante ed in particolare il compito del RUP e del dirigente/responsabile del servizio, **non si esaurisce necessariamente nell'aggiudicazione definitiva**.

Infatti, superata la fase della valutazione il soggetto che poi dovrà redigere al proposta per l'adozione del provvedimento definitivo di aggiudicazione (il RUP o lo stesso responsabile del servizio se i due ruoli coincidono) ben potrà rilevare delle perplessità in relazione ai due aspetti richiamati dalla norma ovvero circa la convenienza e circa la stessa adeguatezza della proposta tecnico/economica rispetto alla reali esigenze della stazione appaltante.

Pertanto, la valutazione espressa dall'organo giudicatore (come la commissione di gara) non costituisce un atto che il dirigente/responsabile del servizio deve necessariamente ed acriticamente approvare.

In realtà il RUP (sia che coincida con il responsabile o meno) deve verificare non solo la correttezza del procedimento seguito dall'organo giudicatore ma, soprattutto, deve soffermarsi, qualora ne ravvisasse la necessità, sugli aspetti di cui si è detto sotto il profilo della convenienza e dell'adeguatezza.

Nel primo caso – qualora ravvisasse dei vizi formali sulla procedura – il RUP (o lo stesso dirigente/responsabile del servizio qualora coincidessero) dovrà reinviare gli atti alla commissione al fine delle verifiche sulle correzioni possibili.

Nel secondo caso – qualora si prospettasse la non convenienza o la inadeguatezza dell'offerta – il verbale redatto dal RUP (sempre nel caso in cui non coincida con il responsabile del servizio) - non deve essere trasmesso all'organo giudicatore (nell'esempio prospettato la commissione di gara) ma al dirigente/responsabile del servizio.

E la decisione finale di non assegnare o meno è atto gestionale che deve essere adottato dal dirigente/responsabile del servizio (eventualmente su proposta del RUP qualora, come detto, questi sia altro soggetto).

Nel caso trattato dal giudice, tra gli altri, l'appellante contesta la competenza del responsabile unico del procedimento ad esprimere la valutazione sulla convenienza/adeguatezza dell'offerta ritenendo che tale valutazione dovesse essere espressa dalla commissione di gara. Dovendo questo (il RUP) – secondo il ricorrente – limitarsi alla verifica delle condizioni di legittimità dell'ammissione (possessione dei requisiti di partecipazione e similari).

L'affermazione, secondo il giudice ed in modo condivisibile, non persuade. **Correttamente, il giudice di Palazzo Spada rileva che il compito del RUP non si risolve nell'espletamento degli stessi compiti della commissione di gara. A questi, come visto, compete il controllo sul-**

**la procedura, la verifica formale attraverso altri enti sui requisiti e, qualora lo ritenga necessario, anche una riflessione sull'adeguatezza dell'offerta.**

Il compito in parola non è della commissione che viene chiamata solo a “giudicare” della correttezza formale della partecipazione.

Del resto, la stessa verifica sulla eventuale potenziale anomalia – che è la verifica finalizzata a stabilire la congruità/serietà dell'offerta – è rimessa al RUP che, come noto, può avvalersi della stessa commissione (ma in altra funzione), di una commissione nominata ad *hoc* oppure di altri soggetti compresi gli uffici della stazione appaltante.

Ulteriore annotazione che occorre precisare – per ben comprendere l'intervenuto del giudice – è che la decisione del RUP di non assegnare l'appalto (al ricorrente praticamente rimasto solo in gara per effetto dell'esclusione degli altri concorrenti) è stata adottata con determinazione di questi (appunto impugnata dal ricorrente).

Evidentemente, nel caso di specie, il RUP coincideva con il dirigente/responsabile del servizio e quindi era il titolare (e soggetto legittimato) di ogni prerogativa gestionale sull'appalto.

**Come detto, qualora il RUP non coincidesse con il responsabile di servizio deve redigere una proposta per l'organo decisionale che può essere o di assegnazione dell'appalto oppure, come nel caso in esame, di non assegnazione dell'appalto per non convenienza dell'offerta.**

Si tratta di aspetti, visto il potenziale conflittuale della questione, che la stazione appaltante deve chiarire già nella legge speciale di gara in modo che chi partecipa alla competizione sia ben in grado di intendere il *modus agendi* che potrebbe avviare la stazione appaltante.

## **15. La fase civilistica**

L'articolo 4 della convenzione ANCI, prende in considerazione anche la fase c.d. civilistica della stipula ed esecuzione del contratto ipotizzando anche nel caso di specie una collaborazione.



*c) per le fasi successive all'affidamento di lavori, servizi e beni:*

*c.1.) collaborazione con i Comuni associati ai fini della stipulazione del contratto;*

*c.2.) acquisizione ed elaborazione, presso i Comuni associati, delle informazioni relative all'esecuzione dei contratti in ordine a varianti comportanti atti aggiuntivi, esercizio della facoltà di proroghe, esercizio di opzioni relative a forme di rinnovo o di ampliamento dell'appalto, quando comportanti l'intervento della struttura organizzativa operante come Centrale unica di committenza per l'affidamento mediante procedura negoziata.*

*2. L'Ufficio comune / Il Comune designato come ente capofila operante come Centrale unica di committenza provvede alla gestione delle comunicazioni con l'Autorità Nazionale Anti Corruzione (A.N.A.C.) e con gli organismi da questa dipendenti in relazione alle attività per essa previste in ordine alla vigilanza sulle procedure di affidamento di appalti pubblici, per tutte le sub-fasi della procedura di affidamento sino all'aggiudicazione provvisoria.*

*3. Nell'esercizio delle funzioni secondo quanto previsto dal precedente comma 1, l'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza svolge le proprie attività per l'acquisizione di lavori, servizi e beni nel pieno rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario e dei principi definiti dal d.lgs. n. 163/2006.*

Prevedere una collaborazione per la fase civilistica – fermo restando il discorso della gestione delle opzioni di cui si dirà più avanti – che presuppone una struttura della stazione unica, composita ed oggettivamente con una dotazione organica in grado di effettuare anche questo tipo di collaborazione. Più realisticamente, ipotizzare che il responsabile della stazione unica e/o il personale addetto che è sicuramente impegnato anche in altre incombenze dell'ente aderente appare circostanza complicata e la collaborazione, al massimo, potrà essere definita come eventuale (e quindi condizionata dai compiti e dalle incombenze concrete).

Il comma 5, dell'articolo 4 della convenzione ANCI, prevede espressamente una disposizione relativa alla conservazione degli atti che appare quanto meno opportuna.

Sotto si riporta il comma:

*5. L'Ufficio comune / Il Comune designato come ente capofila operante come Centrale unica di committenza organizza i propri atti con un sistema di registrazione autonomo, nel quale sono riportati tutti i provvedimenti adottati dai soggetti operanti a diverso titolo nell'ambito della Centrale unica di committenza. Tale sistema consente il collegamento con il protocollo informatico e con i sistemi di conservazione del Comune presso il quale ha sede l'Ufficio Comune / designato come ente capofila.*

## Capitolo 6

# Analisi del testo della convenzione per la costituzione e disciplina della stazione unica appaltante

### 1. Premessa

Si ritiene utile, anche al fine di fornire indicazioni pratico-operative nella redazione del testo della convenzione che centralizza (almeno) i procedimenti di gara in seno all'unione dei comuni, prendere in considerazione le ulteriori clausole del testo elaborato dall'ANCI, sia per l'autorevolezza e completezza, sia perché – evidentemente – si ritiene la base ideale su cui innestare alcune delle considerazioni espresse nei paragrafi precedenti e che il responsabile del procedimento, incaricato, della redazione potrebbe ben tenere a mente.

Si è visto nei precedenti capitoli e, soprattutto in relazione all'esame degli ulteriori articoli della convenzione tipo elaborata dall'ANCI che, nel caso di specie, vengono utilizzati riferimenti alla centrale unica e soprattutto al comune capofila che dovrebbe gestire l'ufficio unico degli appalti. Chi scrive ha preferito parlare di stazione unica anche perché, a parere di chi scrive, in modo da rendere più immediato il concetto e, soprattutto, si è cercato di annotare che l'ufficio unico (nel senso della funzione servente per i comuni aderenti e per gli appalti della stessa unione dei comuni) solo fisicamente può essere gestito dal comune capofila come nel caso in cui l'unione non abbia una propria sede ma, tecnicamente, anche per rispettare il dettato della norma, l'ufficio unico degli appalti non può che essere configurato come **una partizione della struttura della unione dei comuni ovvero è un servizio di questa a cui andranno imputati tutti gli effetti giuridici** nel senso che, a titolo esemplificativo, la procedura di gara pur espletata per conto del comune richiedente che poi dovrà stipulare il contratto è un procedimento dell'unione dei comuni con riferibilità dei contenziosi, richieste di accesso e similari. Così come il dirigente/responsabile del servizio della stazione unica svolge le funzioni per l'unione dei comuni pur provenendo, magari, da uno dei comuni aderenti così come lo stesso RUP (se i due soggetti

non dovessero coincidere) o il resto del personale se l'unione non ha dotazione organica propria può provenire dal comune richiedente o più in genere dai comuni associati/aderenti.

## 2. Le finalità della centralizzazione

Il primo articolo della convenzione attiene ai profili generali che – oltre al richiamo normativo – esplicitano, nella prima parte (**commi 1 e 2**), le considerazioni di partenza relative all'opportunità, utilità e prerogative della centralizzazione.

### **Art. 1**

*(Oggetto, finalità ed ambito applicativo della convenzione)*

*1. La presente convenzione disciplina la gestione in forma associata tra i Comuni aderenti della funzione e delle attività di acquisizione di lavori, servizi e beni, nei termini specificati negli articoli seguenti.*

*2. La convenzione attua quanto previsto dall'art. 33, comma 3-bis del d.lgs. n. 163/2006, come riformulato dall'art. 9, comma 4 del d.l. n. 66/2014 conv. in l. n. 89/2014 e per come integrato nei profili applicativi dall'art. 23-ter del d.l. n. 90/2014 conv. in l. n. 114/2014. In tal senso le premesse costituiscono parte integrante della convenzione, per consentirle la corretta interpretazione ed applicazione.*

Il richiamo normativo, a seconda dei tempi di redazione, dovrà naturalmente essere adeguato si pensi, come rilevato, alle modifiche previste nella legge di stabilità.

Il comma 3 viene dedicato a declinare le finalità della convenzione. Il richiamo alle varie opportunità/utilità potrebbe anche non essere formulato trattandosi dell'adempimento ad un preciso obbligo normativo.

È chiaro che alla convenzione aderisce un comune capoluogo di provincia non obbligato, oppure – in relazione alla franchigia dei 40 mila euro – , un comune con più di 10 mila abitanti, il ragionamento sulle opportunità e sulla convenienza dell'adesione sono necessarie anche per fornire ulteriori elementi da apprezzare a vantaggio dei consiglieri comunali chiamati ad approvare il testo della convenzione.

Le precisazioni richiamate, soprattutto alla lettera b) ed alla lettera c) risultano al contempo estremamente impegnative e – per la seconda – da chiarire.

3. La convenzione è finalizzata a:

a) consentire ai Comuni associati **l'ottimale gestione delle procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni nei termini previsti dall'art. 33, comma 3-bis del d.lgs. n. 163/2006 e dalle disposizioni ad esso correlate;**

b) **consentire ai Comuni associati una migliore programmazione degli acquisti di beni e servizi, nella prospettiva di una gestione più efficace ed efficiente delle procedure di acquisizione;**

Il riferimento della lettera b) alla programmazione degli acquisti di beni e servizi risulta estremamente impegnativo inducendo, almeno, la convinzione che negli enti aderenti la programmazione di queste acquisizioni diventa istituzionale mentre, come noto, l'articolo 271 del regolamento attuativo prevede la programmazione come facoltativa. A parere di chi scrive, l'indicazione – tra le opportunità della centralizzazione – di un simile riferimento implicherebbe, già a monte, la precisa individuazione all'interno di ogni aderente di un responsabile del procedimento della redazione della programmazione. Altrimenti, la stessa lettera rimane solamente un intento stereotipato.

Non va sottaciuto, poi, il fatto che il d.d.l. di stabilità prevede espressamente – con l'abrogazione dell'articolo 271 predetto – l'introduzione di un obbligo della programmazione di beni e servizi per importi superiori al milione di euro. Sul punto si rinvia alle considerazioni operative già espresse nel capitolo V.

c) **consentire ai Comuni associati di razionalizzare l'utilizzo delle risorse umane, strumentali ed economiche impiegate nella gestione delle procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni;**

Altrettante annotazioni possono essere espresse circa la precisazione contenuta nella lettera c) sopra riportata. Se è vero che la centralizzazione dei procedimenti determina una razionalizzazione e, quindi, un miglior utilizzo delle risorse strumentali ed economiche, appare meno vero affermare lo stesso effetto in relazione alle risorse umane. L'affermazione non tiene conto dell'attuale situazione degli enti che a fronte di una centralizzazione dei procedimenti d'appalto dei lavori pubblici presenta, in relazione agli acquisti di beni e servizi una situazione completamente diversa ed "anarchica" con la distribuzione dei vari procedimenti di acquisto direttamente ai servizi/aree competenti – almeno nei comuni più piccoli –. Pertanto, la decisione di accorpate le procedure implica, invece, sottrazione delle risorse umane a questi servizi che, ovviamente, se si occupano di appalti non potranno occuparsi delle altre procedure.

Sono sicuramente persuasive le indicazioni riportate nelle lettere d) ed e) che seguono

*d) produrre risparmi di spesa, mediante la gestione unitaria delle procedure di acquisizione, la realizzazione di economie di scala e di sinergie tecnico-produttive tra i Comuni associati;*  
*e) valorizzare le risorse umane impegnate nelle attività relative alle procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni, anche mediante rafforzamento della qualificazione e delle competenze;*

## **2.1 La centrale unica come soggetto aggregatore**

I commi 4 e 5 prevedono, rispettivamente la c.d. clausola aperta consentendo adesioni future senza dover necessariamente modificare il testo.

*4. La convenzione è **aperta** all'adesione di altri Comuni e di altri enti locali che intendano gestire in forma associata le procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni. In tal caso l'ente che richieda di aderire alla convenzione ne approva il testo integrale senza modifiche o condizioni, e previa accettazione da parte degli enti già associati, mediante conforme deliberazione consiliare.*

Il comma 5 – che potrebbe riguardare unioni di comuni organizzate – prevede la possibilità della stazione unica di diventare una centrale di committenza qualificata ed oggi configurata come soggetto aggregatore. Sembra logico rilevare che tale prerogativa, per la sua ambizione e per la necessità comunque di un riconoscimento ufficiale dall'ANAC richieda una struttura ed una organizzazione che non può riguardare una associazione di piccoli enti.

*5. Qualora l'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza acquisisca i requisiti previsti dall'art. 9, comma 2 del d.l. n. 66/2014 conv. in l. n. 89/2014 per poter diventare soggetto aggregatore, i Comuni associati, mediante le forme di consultazione previste dal successivo art. 18, approvano l'eventuale iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori e definiscono un apposito programma finalizzato all'esercizio di tali attività da parte della struttura organizzativa.*

## 2.2 *L'ambito oggettivo: di cosa si può occupare la stazione appaltante unica*

L'ambito dei procedimenti compresi nella convenzione è ampio e completo, in sostanza vengono richiamate tutte le procedure ma sul punto, a parere di chi scrive, occorre distinguere tra quelle "obbligatorie" e quelle facoltative non tanto per creare un distinguo all'interno della convenzione ma per una maggiore consapevolezza da parte dei consiglieri chiamati a votare ed approvare la convenzione.

Non può sfuggire, ovviamente, che un conto è presentarsi alla discussione ed al voto avendo la convinzione che la centralizzazione riguardi ogni procedimento di acquisto e/o di concessione altro aspetto che può portare a diverse valutazioni e considerazioni, è avere piena consapevolezza che si sta decidendo la strutturazione di una procedura, sostanzialmente in modo definito.

Pertanto, se appaiono persuasivi i commi 6 e 7 (lett. *a*), *d*) ed *e*), le precisazioni riportate nelle lettere *b*) e *c*) ed *f*) meritano una precisazione.

6. *La presente convenzione si applica alle procedure di **acquisizione di lavori, servizi e beni** disciplinate, anche in parte, dal d.lgs. n. 163/2006 o comunque da esso ricondotte alla gestione in base ai principi dell'ordinamento comunitario.*

7. *Risultano in particolare comprese nell'ambito di applicazione della presente convenzione, in termini specificativi rispetto a quanto prefigurato dal precedente comma 6:*

*a) le procedure per l'affidamento di servizi di ingegneria e di architettura in base all'art. 91 del d.lgs. n. 163/2006;*

*(...)*

*d) le procedure per l'affidamento di appalti di lavori e di opere compresi nell'allegato I del d.lgs. n. 163/2006, anche in forma semplificata in base all'art. 123 dello stesso Codice dei contratti pubblici;*

*e) le procedure per l'affidamento di contratti di partenariato pubblico-privato, come individuati dall'art. 3, comma 15-bis del d.lgs. n. 163/2006 e come disciplinati dallo stesso Codice dei contratti pubblici e dal d.P.R. n. 207/2010, comprese le procedure ad iniziativa di soggetti privati previste dall'art. 153 del d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 278 del d.P.R. n. 207/2010;*

*(...)*

8. *Risultano comprese nell'ambito di applicazione della presente convenzione le procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni riconducibili alle Istituzioni costituite dai Comuni associati in base agli articoli 114 e 115 del d.lgs. n. 267/2000.*

Il comma 8 prevede l'estensione degli obblighi della centralizzazione anche alle istituzioni ed in tema deve essere rammentata le estensioni alle partecipate dei comuni come declinato in determinazione n. 11/2015 dall'ANAC.

### **2.3 La centralizzazione facoltativa**

Le lettere *b)* e *c)* – come si legge sotto - affidano alla stazione unica anche le procedure sugli appalti esclusi e circa le concessioni di servizio

*b) le procedure per l'affidamento di appalti di servizi compresi nell'allegato IIB del d.lgs. n. 163/2006;*  
*c) le procedure per l'affidamento di concessioni di servizi disciplinate dall'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006;*

È noto che l'ANAC, sia con la determinazione n. 3 /2015 sia con la successiva n. 11/2015 ha affermato che appalti esclusi e concessioni di servizio (art. 30 del codice) sono esclusi dall'obbligo della centralizzazione. Se è questo appare vero per le concessioni di servizio, non appare invece persuasiva l'affermazione per gli appalti esclusi. In ogni caso, a parere di chi scrive, come si diceva sopra, in consiglio comunale deve essere ben esplicitata la questione che si tratta di una scelta che, se da un lato è coerente con le premesse di razionalizzazione e programmazione, dall'altro vincola in modo rilevante i vari procedimenti amministrativi.

Pertanto, potrebbero essere adottate soluzioni diverse ovvero, a mero titolo esemplificativo, con l'esplicitazione di una mera facoltà di centralizzare queste procedure in attesa di verificarne funzionalità e tempestività della procedure ed in ogni caso meglio specificare, come detto, che l'amministrazione potrebbe valutare scelte diverse.

L'inserimento delle concessioni di servizio, inoltre, implica anche in questo caso un lavoro propedeutico e delle considerazioni chiare fin dall'avvio di un discorso concertato ovvero la precisa cognizione di quante esternalizzazioni sono presenti all'interno dell'ente nella forma della concessione. È abbastanza nota la prassi operativa di considerare appalto anche ciò che in realtà non lo è proprio perché si tratta di concessione di servizio, non solo, in certe situazioni all'interno dell'ente non vengono neppure rispettate le condizioni minime di evidenza pubblica previste per le concessioni. È chiaro che, per un lavoro completo ed informato, in consiglio comunale oltre alla

convenzione dovrebbero essere presentate anche dei dati relativi al numero (e tipo) degli appalti in essere e, soprattutto, delle concessioni di servizio.

Inoltre, una previsione perentoria sulle concessioni di servizio implica il trasferimento/centralizzazione di tutte le ipotesi e, necessariamente, come si diceva una maggiore programmazione, che se risultasse carente o parziale (proprio per la non chiara cognizione di ciò che è concessione e ciò che non lo è) potrebbe determinare detrimento e/o ritardo non irrilevante. Si pensi alla concessione del servizio di tesoreria che implica l'approvazione dello schema di convenzione in consiglio comunale prima dell'attivazione della procedura vera e propria.

## **2.4 La questione del cottimo e della soglia dei 40 mila euro**

La previsione contenuta nella lettera f) non appare coerente con le premesse di razionalizzazione e programmazione. Fermo restando che è indubbio – per le acquisizioni in economia – che si è in presenza di appalti veri e propri di cui l'informalità/semplificazione, riguarda solo la procedura amministrativa e non certo i principi tradizionali delle gare, la specificazione nella convenzione appare utile proprio per la considerazione delle acquisizioni in parola considerate come una fattispecie diversa dall'appalto.

*f) le procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e beni in economia mediante cottimo fiduciario, svolte con modalità tradizionali e fatto salvo quanto previsto dall'art. 9 della presente convenzione in attuazione di quanto previsto dall'art. 23-ter del d.l. n. 90/2014 conv. in l. n. 114/2014.*

Si ritiene che la sottolineatura sulla prerogativa – prevista fino al 31/12/2015 – solo per i comuni con più di 10 mila abitanti, sia in contraddizione con le opportunità poste dalla centralizzazione. Però è altresì vero, che tale prerogativa può ritenersi giustificata dalla circostanza che il procedimento esperito autonomamente potrebbe risultare più spedito ed immediato ma, significa, al contempo che non si realizza alcuna razionalizzazione dell'utilizzo delle risorse umane considerato che all'interno dei singoli enti qualcuno dovrà pur occuparsi di questi procedimenti.

Vale, anche in questo caso, la considerazione svolta sopra a proposito della corretta informazione da fornire ai consiglieri. Una clausola presentata in questo modo non suscita nessun dibattito, pertanto, nell'istruttoria non si può non chiarire – per gli enti sopra i 10 mila abitanti – la natura di tale prerogativa ipotizzando anche una clausola di tenore diverso che inve-



ce ipotizzi la centralizzazione anche dei piccoli acquisti. Inoltre, il dibattito sulla clausola in parola potrebbe costituire ottima circostanza per una seria ricognizione dell'utilizzo della procedura del cottimo o delle acquisizioni in economia che, come noto anche dalle indagini svolte dall'autorità anticorruzione, appaiono le procedure maggiormente utilizzate dai comuni e, spesso, non in modo rituale <sup>(1)</sup>.

La clausola, condivisibilmente, si riferisce ai procedimenti tradizionali e non a quelli esperiti attraverso il mercato elettronico quale alternativa alla centralizzazione questo significa che la centrale rappresenta lo strumento da utilizzare nel caso in cui il bene/servizio non sia reperibile – o abbia connotazioni tecniche differenti dai *desiderata* del comune –, nell'ambito dei sistemi telematici.

Per effetto delle previste modifiche del d.d.l. di stabilità, la clausola potrebbe avere una formula di adeguamento contestuale alle eventuali modifiche intervenute senza che sia necessario quindi riapprovare il testo in consiglio. Si allude evidentemente alla estensione della franchigia dei 40 mila euro ad ogni comune anche di dimensioni abitative inferiori ai 10 mila abitanti. Sarebbe sufficiente aggiungere dopo il richiamo normativo alla legge 114/2014 “*e in attuazione di altre disposizioni normative*”. Ottenendo l'effetto, pertanto, se le modifiche previste nel d.d.l. di stabilità per il 2016 dovessero restare tali di estendere la franchigia dalla centralizzazione anche ai comuni minori aderenti.

#### **2.4.1 L'affidamento diretto (quale species dell'acquisizione in economia)**

La clausola si riferisce esclusivamente al cottimo fiduciario e non anche all'affidamento diretto (consentito nell'ambito dei 40 mila euro) è chiaro che i comuni con meno di 10 mila abitanti – almeno fino al 31/12/2015 se non procedono attraverso il mercato elettronico dovranno necessariamente accentrare anche tale procedimento che implica un CIG ed è appalto a tutti gli effetti.

### **3. Ambito affrancato dalla centralizzazione**

I commi 9/11 dell'articolo 1 della convenzione elaborata dall'ANCI disegna – per maggior chiarimento – l'ambito non riconducibile alla centraliz-

---

<sup>(1)</sup> Quanto emerge dal comunicato del 16 aprile 2015 dell'ANAC.

zazione ovvero l'ambito oggettivo totalmente estraneo ad obblighi di centralizzazione che potrebbero, caso mai, sollecitare il consiglio ad associare le funzioni coinvolte.

Sugli incarichi legali occorre rammentare che questi sono riconducibili agli appalti solo se sono di tipo articolato e complesso e non il solo incarico di assistere in giudizio l'ente (inoltre, e comunque, anche articolati sono appalti esclusi).

La lettera *a*) del comma 10 potrebbe essere adeguata alle valutazioni espresse dall'ANAC circa l'obbligo che riguarda le società comunque partecipate dal comune.

9. *La presente convenzione non si applica:*

*a) al conferimento di incarichi professionali e consulenze intesi come **contratti di prestazione d'opera** affidati in base a quanto previsto dall'art. 7, commi 6 e seguenti del d.lgs. n. 165/2001, nonché in base alle disposizioni regolamentari dei singoli enti disciplinanti le collaborazioni autonome;*

*b) alle procedure di erogazione di contributi o di altri benefici economici poste in essere dai singoli Comuni associati in base all'art. 12 della legge n. 241/1990 ed ai relativi regolamenti di definizione dei criteri; a tal fine si considerano come erogazioni di contributi i provvedimenti che rispettino le condizioni individuate dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 34/E del 21 novembre 2013.*

10. *La presente convenzione non si applica, inoltre:*

*a) alle procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni effettuate da aziende speciali (intese come i soggetti costituiti ai sensi dell'art. 114 del d.lgs. n. 267/2000), organizzazioni consortili (intese come i soggetti costituiti ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 267/2000 e dotati di soggettività giuridica), fondazioni, associazioni, **società, sia a capitale interamente pubblico sia a capitale misto pubblico-privato, costituite o partecipate dai singoli Comuni associati;***

*b) alle procedure di affidamento di lavori effettuate da parte di un concessionario servizi ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006;*

*c) alle procedure di affidamento di **lavori a scomputo** di oneri di urbanizzazione effettuate da parte di un operatore economico privato ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 163/2006 e fermo restando quanto stabilito dall'art. 16 del d.P.R. n. 380/2001 in relazione all'affidamento dei lavori per lo scomputo di oneri di urbanizzazione primaria;*

*d) alle procedure poste in essere da soggetti privati in relazione alle ulteriori fattispecie particolari connesse a finanziamenti pubblici individuate dall'art. 32, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 e da altre disposizioni di legge.*



*11. La presente convenzione non si applica a tutte le procedure finalizzate all'affidamento di contratti non disciplinate dal d.lgs. n. 163/2006 o comunque non richiedenti l'acquisizione del codice identificativo gara, con riferimento alle fattispecie individuate dall'art. 25 del d.l. n. 66/2014 conv. in l. n. 89/2014 e dal relativo allegato esplicativo, nonché dalla determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 4/2011.*

#### **4. La costituzione dell'ufficio unico**

L'articolo 2 dello schema di convenzione (rubricato: *Ufficio comune operante come Centrale unica di committenza per i Comuni associati*) contiene una serie di disposizioni essenziali. In primo luogo nella convenzione deve essere chiaro – se l'unione dei comuni non avesse una sede propria – individuare chiaramente l'ufficio ed il comune in cui l'ufficio è situato.

La previsione deve tener conto delle situazioni oggettive dell'unione. Si pensi a certe situazioni particolari (es. nella regione Sardegna) in cui le unioni non hanno dotazione organica né possono stipulare contratti con personale (salvo professionalità specifiche) e la dotazione è, sia consentito, mobile nel senso che ogni è destinata a mutare a seconda dell'ente capofila. Pertanto, in casi specifici, occorre chiaramente indicare se l'ufficio è destinato a permanere in quel dato comune aderente o a variare a seconda della variazione dell'ente capofila. Circostanza non di poco conto se si considera la necessità delle strutture, supporti informatici, realizzazione di archivi ecc.

Il comma 4 dell'articolo in commento prevede che

*l'Ufficio comune organizzato dal Comune di ..... quale Centrale unica di committenza non ha soggettività giuridica e, pertanto, tutti gli elementi identificativi del Comune stesso sono utilizzati nelle procedure svolte dalla Centrale unica di committenza, con particolare riguardo:*

- a) ai riferimenti per comunicazioni e contatti utili agli operatori economici;*
- b) ai riferimenti per accessi, sopralluoghi e notifiche;*
- c) ai riferimenti fiscali;*
- d) ai riferimenti del Comune in ordine alla sua iscrizione all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA) presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.) ed al soggetto operante come Responsabile dell'Anagrafe Unica per la Stazione Appaltante (RSA).*

*5. I singoli Comuni associati sono ad ogni effetti stazioni appaltanti e mantengono tale definizione, con i conseguenti obblighi di iscrizione e comunicativi all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA).*

Si ritiene che le indicazioni relative alle lettere *a)* e *b)*, soprattutto se riguardano potenziali appaltatori debbano essere corrette con l'indicazione invece dei dati/riferimenti anche perché, come si è detto, per facilitare gli adempimenti collegati ai procedimenti, il RUP deve essere il soggetto che materialmente si è occupato degli atti tecnici dell'acquisizione e che ha redatto la determinazione di trasferimento degli atti all'ufficio dell'unione.

Il successivo articolo 3 si preoccupa di stabilire la durata della convenzione e, soprattutto, momenti di verifica sulle modalità operative e quindi i correlati gradi di soddisfazione e di criticità del modello realizzato.

In tema è interessante soffermarsi sulle previsioni circa il monitoraggio che sotto si riporta (commi 2 e 3).

*2. Entro i dodici mesi precedenti la scadenza della convenzione i Comuni associati avviano un processo finalizzato a verificare i risultati della stessa in relazione all'acquisizione di lavori, beni e servizi ed a definire per le stesse attività la futura organizzazione, nel rispetto dell'autonomia organizzativa dei singoli enti.*

*3. Entro i sei mesi precedenti la scadenza della convenzione i Comuni associati pervengono alla formalizzazione della decisione di conferma del modello organizzativo associato o a diversa scelta. Qualora i Comuni associati optino per il mantenimento del modello organizzativo associato definito dalla presente convenzione pervengono alla formalizzazione di una nuova convenzione, recettiva degli eventuali miglioramenti organizzativi e delle attualizzazioni conseguenti all'evoluzione del quadro normativo di riferimento.*

L'esperienza pratica insegna che previsioni così generali e indeterminate, normalmente, vengono tradite o disattese o possono diventare semplici adempimenti stereotipati. Chi scrive, ritiene che possano essere meglio focalizzati indicando una precisa procedura per giungere a delle relazioni/report finali. Individuata la procedura, sarà poi necessario individuare il responsabile del procedimento che si occuperà di fornire i dati ai vari sindaci dei comuni aderenti alla stazione unica.

A parere di chi scrive, i dati di maggior pregio sono quelli riferiti alla tempistica di svolgimento delle gare (tenendo in conto il momento di ricezione della richiesta da parte del comune aderente e quello di avvio del procedimento di gara), ulteriori annotazioni devono riguardare soprattutto i sistemi di comunicazione ente aderente/stazione unica ed il livello di concertazione. Si pensi alle situazioni che si possono verificare sulla mancata o non tempestiva collaborazione, quando necessaria, per la redazione di clausole specifiche del bando.

La relazione/report dovrà pertanto anche indicare le soluzioni e/o strategie possibili per affrontare e risolvere le criticità segnalate.

## 5. Le competenze ulteriori dell'ufficio unico

Delle competenze dell'ufficio in cui vengono centralizzati i procedimenti si è già detto nel capitolo precedente (l'articolo della convenzione è il n. 4), si tratta di approfondire, in quest'ambito le competenze ulteriori ovvero quelle potenziali che i consigli comunali, liberamente, possono decidere di attribuire alla stazione unica (art. 5 della convenzione).

Si potrebbe opinare dell'utilità di un'unica previsione che – per le considerazioni espresse sopra – potrebbe restare solo sulla carta e ipotizzare come strumento preferibile l'adozione di specifici indirizzi in seguito al ricevimento dei report/relazione. Magari con la competenza, all'adozione degli indirizzi, direttamente ai sindaci, agli assessori competenti e/o alle giunte comunali interessate.

In particolare, tra i compiti potenziali, sono interessanti alcune previsioni come la spinta verso una operazione di **“omogeneizzazione delle scadenze dei contratti”** e per l'adozione *“di strumenti regolamentari omogenei negli enti associati per la disciplina dell'attività contrattuale e delle modalità di acquisizione di lavori, servizi e beni”*. Si tratta effettivamente di propositi lodevoli, ma vista la perseverante ritrosia, probabilmente, con scarso appeal per gli enti aderenti.

Maggior pregio sembra avere la prerogativa declinata nel comma 4 dell'articolo 5 secondo cui l'ufficio comune potrebbe *“svolgere anche attività finalizzate a sostenere i Comuni associati nell'utilizzo di procedure di partenariato pubblico-privato per la realizzazione di opere o per la gestione di servizi”*. Previsioni che ben possono essere inserite ma in modo così indeterminato senza riferimento a tempistiche o a soggetti che dovrebbero occuparsene sono destinate a restare meri intenti.

Ed a completamento di quanto illustrato, il comma 5 consente ulteriori prerogative di grande rilievo:

(...) l'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza può:

a) collaborare con i Comuni associati per la predisposizione di studi di fattibilità o predisporre su delega degli stessi gli studi, anche per settori merceologici aggregati, da ricondurre alle procedure per iniziative di partenariato pubblico privato sviluppate nel rispetto di quanto previsto dal d.lgs. n. 163/2006, dal d.P.R. n. 207/2010 e, comunque, dall'ordinamento comunitario;



*b) sviluppare iniziative finalizzate, anche mediante accordi con qualificati organismi ed altre istituzioni, al reperimento di risorse economiche riconducibili a progetti realizzabili con strumenti di partenariato pubblico-privato per lavori o servizi di cui i Comuni associati necessitano;*

*c) sviluppare accordi con qualificati organismi per ottimizzare le condizioni di finanziamento di iniziative da realizzarsi mediante strumenti di partenariato pubblico-privato.*

Maggiormente circostanziata risulta la previsione contenuta nel comma 2 dell'articolo in commento a memoria del quale ogni comune aderente è tenuto a comunicare all'ufficio unico *“entro il 31 ottobre di ciascun anno, ed in ogni caso con almeno sei mesi di anticipo sulla scadenza programmata: a) i contratti di lavori, servizi e forniture in scadenza nell'esercizio successivo; b) i fabbisogni minimi per le forniture ed i servizi ricorrenti”*.

Questa previsione vincola sia i RUP dei comuni aderenti ma, allo stesso tempo, il RUP della stazione unica che ricevuti i dati si dovrà attivare per la programmazione delle gare e di cui dovrà rendere edotte le stesse amministrazioni aderenti.

Viene in rilievo nel caso specifico – e la previsione è più rilevante di quanto possa sembrare a prima lettura – l'attività propositiva del RUP e del responsabile della stazione unica. La questione che si può porre e se innanzi a richiesta, da parte di più enti aderenti, di una stessa tipologia di acquisizione, il responsabile unico del procedimento debba o meno proporre l'accorpamento. A parere di chi scrive, tale informazione dovrebbe rientrare – sia consentito – nei doveri d'ufficio del RUP e, l'aggregazione, non può non ritenersi una delle finalità della centralizzazione delle procedure di gara.

La decisione di accorpare in un unico appalto le varie richieste per la stessa tipologia di acquisizione (si pensi al servizio di pulizia) non può essere decisa autonomamente dal RUP della stazione unica. Si pensi alla gestione di specifici aspetti come le clausole sociali e/o questioni similari. D'altra parte davanti a più richieste, le stesse non potranno essere ignorate anche sotto il profilo di aspetti che potrebbero determinare qualche disfunzionalità, si pensi alla fattispecie del frazionamento degli appalti.

Una volta ricevuta la programmazione dei singoli enti – e la clausola andrebbe arricchita in questo senso - il responsabile della stazione unica deve proporre, quando sia possibile, ipotesi di accorpamento ovvero la possibilità di espletare un unico appalto suggerendo anche le clausole applicabili e le strategie evidenziando altresì le problematiche – si pensi alla differenza so-

stanziale tra la possibilità di procedere con l'affidamento diretto ed invece la circostanza di dover effettuare, per l'importo raggiunto, almeno gli inviti del cottimo fiduciario.

## 6. La gestione dei documenti e del contenzioso

L'articolo 13 della convenzione si riferisce alle spese economali e, specificatamente, ***“le spese effettuate dai cassieri delle stazioni appaltanti mediante il fondo economale, alle condizioni stabilite dalla determinazione dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici n. 4/2011”*** che riguardano – salvo il caso di associazione di funzioni – i singoli comuni aderenti.

La norma si pone, pertanto, quasi come una sorta di promemoria sulle corrette regole da seguire che, con la centralizzazione, non hanno nulla a che vedere. Anzi, il problema non dovrebbe porsi neppure sotto il profilo teorico perché caso mai gli enti aderenti potrebbero essere indotti ad ampliare l'ambito delle spese economali per sottrarre appalti veri e propri alla stazione unica. Con le previste modifiche di cui alla legge di stabilità il problema è destinato ad essere risolto e, pertanto, non appare necessario l'inserimento della disposizione nella convenzione.

Piuttosto rilevanti, invece, sono i successivi articoli 14 e 15 destinati rispettivamente alla questione della conservazione della documentazione e alla collaborazione/gestione del contenzioso.

In relazione al primo, la disposizione prevede che l'ufficio della stazione unica ***“conserva stabilmente, nel rispetto delle norme in materia di archiviazione tradizionale ed informatica, i documenti acquisiti e formati nel corso delle procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni svolte in attuazione di quanto previsto dalla presente convenzione”*** anche ***“ai fini dell’esercizio del diritto di accesso da parte degli operatori economici in base agli articoli 13 e 79, comma 5-quater del d.lgs. n. 163/2006, nei termini consentiti dal medesimo art. 13 sino alla fase dell’aggiudicazione provvisoria”***.

Il riferimento all'aggiudicazione provvisoria, come si è rilevato nel pregresso capitolo, attiene alla non irrilevante decisione di adottare o meno – a cura della stazione unica – anche l'aggiudicazione definitiva come ritiene chi scrive. Come annotato, frazionare la procedura in uno dei momenti maggiormente delicati come il passaggio dalla aggiudicazione provvisoria, verifica dell'anomalia ed aggiudicazione definitiva (non efficace), verifica dei requisiti ed aggiudicazione definitiva (efficace) sia pur senza l'impegno di spesa (che deve essere adottato dal comune aderente con specifi-

ca determina che contiene anche il cronoprogramma che consenta anche l'imputazione della spesa), appare questione in gradi di creare maggiori complicanze pertanto, la procedura dovrebbe concludersi nell'ambito della stazione unica con trasmissione degli atti per la stipula del contratto da parte dell'ente aderente.

Agire in questo modo, implica che tutta la documentazione rimanga in capo alla stazione unica per la gestione di eventuali richieste di accesso e, come si vedrà, per la stessa gestione del contenzioso.

Nel caso del contenzioso, la questione principale che si impone di considerare è che questo riguarda immediatamente l'ufficio della stazione unica appaltante, poi le valutazioni se resistere o meno dovranno necessariamente coinvolgere non solo l'ente a cui andranno imputati gli effetti dello stesso ma ogni ente associato nell'unione. Seppure vero che il ricorso deve essere notificato ad ogni ente interessato – e quando deve essere indicato nella convenzione – è altresì vero che la resistenza in giudizio, il relativo impegno di spesa e l'individuazione del professionista (salvo che all'interno dell'unione insista un servizio avvocatura) è aspetto che riguarda tutti i comuni in unione.

L'articolo 15 della convenzione tipo, redatta dall'ANCI, introduce l'intervento di collaborazione dell'ufficio della stazione unica con gli enti associati, chi scrive, ritiene che la questione debba andare oltre la mera collaborazione. In presenza di un ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva e/o una estromissione la proposta sulla resistenza o sulla possibilità di adottare atti in autotutela deve essere predisposta dal RUP della stazione unica che si è occupato dell'intera procedura, così come questi si occuperà delle istanze di accesso e/o delle istanze relativa all'articolo 243-*bis* sulla preinformativa del ricorso giurisdizionale.

## **7. La struttura della dotazione organica della stazione unica**

Gli artt.16, 17 e 18 si occupano della individuazione della responsabilità della stazione unica, gli artt. 19 e 20, sulla figura – e sui compiti – del responsabile del procedimento (per servizi e forniture e per lavori).

Disposizioni di rilievo che gli enti che intendono costituire ed aderire ad una stazione unica sono proprio quelle destinate a determinare la collaborazione e/o a costituire una specifica dotazione organica. La considerazione del carico di lavoro, con una proiezione sull'attività e sulla quantità dei pro-



cedimenti che è chiamata a gestire la stazione unica dovrebbe consentire di tarare una dotazione organica, sia pur mobile, adeguata.

Considerata l'esiguità delle risorse umane, soprattutto nelle realtà più piccole, è chiaro che pretendere un funzionamento a regime anche con i procedimenti relativi agli appalti esclusi e/o le concessioni di servizi, come si diceva sopra, appare operazione ardita e foriera di caricare eccessivamente la struttura.

Una delle prime questioni pratica, continuamente sollevate, riguardano la possibilità di organizzare il personale in una situazione – più frequente di quanto si creda – in cui l'unione non ha personale di ruolo ma svolge la propria attività grazie alla collaborazione prestata dal personale dei singoli enti aderenti (attraverso forme di comando e/o forme surrettizie non proprio rituali).

Per poter avviare nell'immediato la stazione unica, a parere di chi scrive, si potrebbe pensare di indicazioni minime operative in attesa di poter contare su personale stabile (ottenuto, a titolo esemplificativo) attraverso l'associazione delle funzioni.

In ogni caso, una prima soluzione, come già annotato, è quella di stabilire immediatamente la collaborazione del RUP dell'ente aderente alla stazione unica (ipotesi come detto, ammessa anche dall'ANAC con la determinazione n. 11/2015) in un frangente simile, evidentemente, si tratta anche di adattare le attuali disposizioni.

Il riferimento al RUP deve essere inteso in senso esteso all'ufficio che, nel comune aderente si occupa dell'appalto. In fase di primo approccio, quando la dotazione organica non è o non può essere definita, si ritiene che l'ufficio o il servizio e quindi i soggetti che normalmente si sono occupati dell'appalto in passato debbano prestare necessariamente la propria collaborazione al RUP e al responsabile della stazione unica.

Un simile approccio consente di ridurre i costi e di diventare immediatamente operativi. Si tratta, in sostanza di organizzare il lavoro ipotizzando che chi, nel comune si occupa dell'appalto – ad eccezione probabilmente dei lavori pubblici – sia interessato anche da altri procedimenti amministrativi. La stazione unica, ed è inevitabile, richiede uno sforzo organizzativo ai vari attori coinvolti massimo.

L'organizzazione del lavoro per l'appalto implica una precisa programmazione degli adempimenti fino alla realizzazione di una dotazione che esclusivamente si occuperà delle procedure d'appalto e, appare ovvio, tutte le dif-

ficoltà e le continue richieste di differimento sono dovute proprio a questo ovvero l'impossibilità di reperire una dotazione organica definitiva per far decollare l'ufficio unico.

La strutturazione della collaborazione implica necessariamente una chiara precisazione dei rapporti finanziari. La soluzione ideale potrebbe essere quella di contenere l'orario di lavoro per gli appalti nell'ambito dell'orario ordinario di servizio. Nel caso in cui si imponga la necessità di operare oltre tale orario, il costo non può che gravare sul comune aderente nei cui confronti l'appalto è destinato a produrre gli effetti.

Nell'ambito della regolazione dei rapporti finanziari occorrerà chiarire la compartecipazione ai costi (art. 24). L'unione dei comuni avrà evidentemente delle spese che potrà solo anticipare pertanto, il RUP della stazione unica, verrà chiamato a presentare una specifica rendicontazione che riguarderà i costi relativi alle spese generali (che poi potrebbero anche essere inesistenti se molta dell'attività viene svolta nei singoli enti aderenti senza spostarsi fisicamente nell'ufficio unico) ed ovviamente i costi legati alla gara vera e propria dal contributo sulla gara quando dovuto alle spese di corredo relative alla pubblicità e similari.

In merito al riparto finanziario, occorre rammentare che uno degli aspetti – a parere di chi scrive – che deve avere una disciplina specifica è quella relativa all'incameramento della sanzione finanziaria comminata nel caso di attivazione del soccorso istruttorio a pagamento (art. 38, comma 2-*bis* del codice dei contratti) e, più in generale, il caso delle escussioni della cauzioni.

## **8. Le forme di consultazione tra enti aderenti**

Gli articoli 22/23 riguardano la definizione di forme di consultazione e intese tra i comuni aderenti alla stazione unica. Un monitoraggio sulla attività dell'ufficio comune sembra, evidentemente, necessario altresì risulta rilevante – anche per evitare previsioni vuote di contenuto – che i soggetti che collaborano/gestiscono la stazione unica segnalino immediatamente ogni criticità sollecitando l'assemblea dei sindaci o il consiglio sulle questioni più delicate anche proponendo ipotesi e strategie di soluzione. Si ribadisce che il responsabile della stazione unica – che dovrà essere nominato dal Sindaco del comune capofila secondo le disposizioni di cui all'articolo 107 o 109 (in caso di assenza di dirigenti) non può essere un mero burocrate ma un

soggetto con capacità manageriali e propositive importanti per evitare che criticità risolvibili determinino un cattivo funzionamento della stazione unica ed generi forme di “rifiuto” della struttura unica.

## 9. Il personale, i rapporti finanziari ed il riparto delle spese. Le risorse strumentali

L'articolo 24 della convenzione tipo si occupa della questione del personale necessario alla stazione unica, i costi di questo e dei costi diretti (relativi all'appalto) e dei costi generali.

Una delle norme, probabilmente, di maggior rilevanza è proprio quella che individua la dotazione organica della stazione unica se l'unione comuni non ne abbia già una propria. Di pari passo, quanto ad importanza, vanno le disposizioni sui costi delle procedure e delle spese generali.

In relazione al personale, l'articolo 24 della convenzione tipo, riporta alcune diverse possibilità che vanno dall'utilizzo del personale degli enti aderenti (magari coinvolti in relazione agli appalti) ad ipotesi di comando e/o all'associazione delle funzioni, circostanza che implica il passaggio del personale coinvolto (e quindi, da riorganizzare in funzione dei compiti della stazione unica).

Sotto si riporta la prima parte dell'articolo in argomento

### Art. 24

*(Rapporti finanziari e riparto delle spese)*

- 1. L'Ufficio Comune / L'ente capofila operante come Centrale unica di committenza conforma l'attività della struttura organizzativa dedicata alla gestione delle procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni ai principi di razionalizzazione delle procedure e di conseguimento di risparmi di spesa.*
- 2. Al fini di cui al comma 1, i Comuni associati si impegnano ad utilizzare **esclusivamente personale** proprio per il funzionamento della struttura organizzativa operante come Centrale unica di committenza, fatte salve motivate ipotesi per le quali risulti opportuna una professionalità specifica o con particolari abilitazioni, non rinvenibile all'interno della dotazione organica della Centrale stessa e dei Comuni aderenti.*



**[Nel caso di costituzione di un Ufficio comune con personale in parte in distacco]**

3. *I singoli Comuni associati assegnano in distacco all'Ufficio comune / alla struttura organizzativa individuato/a come Centrale unica di Committenza le risorse umane individuate in base al precedente art. 17, mantenendo pertanto a proprio carico i relativi oneri relativi al trattamento retributivo ed agli obblighi contributivo-previdenziali.*

**[Nel caso di costituzione di delega di funzioni all'ente capofila e di messa a disposizione di personale]**

3. *I singoli Comuni associati mettono a disposizione dell'ente designato come capofila per le attività riferibili alla struttura organizzativa individuato/a come Centrale unica di Committenza le risorse umane individuate in base al precedente art. 17, facendo riferimento ai seguenti istituti:*

a) ..... (specificare);

b) ..... (specificare).

4. *Nell'ottica dell'equilibrio nell'impiego del personale proveniente dagli enti associati, espressamente prevista dall'articolo 17, le corrispondenti spese non vengono ripartite.*

*[oppure, formulazione alternativa]*

La situazione della dotazione organica della stazione unica, come detto, è quella più delicata a cui, probabilmente, si deve anche il comportamento non propenso alla costituzione delle centrali. Considerando che la realizzazione della stazione unica deve avvenire senza aumento di personale (anche le unioni devono rispettare i correlati parametri sulle spese), in fase di primo avvio è necessario costituire un gruppo di lavoro che risulti tendenzialmente stabile. Del gruppo in parola non può non far parte anche il RUP del comune aderente che richiede l'appalto.

Si è ripetuto più volte che i rischi di un procedimento frazionato tra (almeno) due entità diverse può creare serie problematiche pertanto occorre stabilire una sorta di congiunzione tra i segmenti del procedimento. Congiunzione che può essere assicurata solamente dal RUP dell'ente aderente che si occupa della programmazione dell'acquisizione, che si è, pertanto, sempre occupato di appalti ed è portatore del bagaglio di informazioni/conoscenze riguardo all'appalto da espletare che consente di affrontare le varie problematiche con chi ha già una consapevolezza delle acquisizioni da fare.

Per evitare problematiche e/o comportamenti riottosi, è necessario che la convenzione preveda espressamente tale partecipazione del RUP dell'ente aderente a richiesta del responsabile della struttura unica.

Ovviamente le spese saranno a diretto carico dell'ente aderente o corrisposte attraverso l'unione secondo il modulo adottato.

L'utilizzo del personale implica anche la disciplina degli istituti contrattuali quali lo straordinario e poi occorre chiarire anche gli aspetti relativi alla produttività considerato che parte di attività viene svolta per altro ente. La parte centrale dell'articolo riporta alcune annotazioni di sicura utilità:

*4. Al fine di consentire l'efficace organizzazione della Centrale unica di committenza e pur a fronte del criterio di equilibrio nell'impiego del personale proveniente dagli enti associati, espressamente prevista dall'articolo 17, le spese per il personale della struttura organizzativa operante come Centrale sono ripartite tra i Comuni associati, sulla base di quote definite nel rispetto dei seguenti criteri:*

*a) rilevanza dimensionale, rapportata al valore in euro per anno, delle procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni ricondotte alla gestione della Centrale unica di committenza da parte dei singoli Comuni associati, con definizione su base proporzionale;*

*b) livello di complessità delle procedure ricondotte alla gestione della Centrale unica di committenza da parte dei singoli Comuni associati, assumendo quale parametro per la valutazione della complessità il valore della soglia comunitaria per le acquisizioni di beni e servizi e il valore di 1.000.000 di euro per le acquisizioni di lavori.*

I commi dal 5 al 12 trattano della questione dei costi relativi all'espletamento della gara vera e propria (si pensi alla tassa sulla gara) e dei costi di tipo generale.

Sotto si riportano l'elenco dei criteri e le ipotesi ben declinate dall'ANCI

*5. In relazione all'efficace ripartizione delle spese connesse allo svolgimento delle procedure, ai fini del presente articolo, si intendono:*

*a) con il termine "costi diretti", le spese vive derivanti dalla celebrazione di una specifica procedura di affidamento (contributo per l'autorità di vigilanza, pubblicazione bandi e avvisi, incarichi professionali, ecc.);*

*b) con il termine "costi generali", le spese sostenute per il funzionamento della centrale, autonomamente contabilizzate, la cui utilità è limitata a tale struttura organizzativa e non si estende al resto dei servizi dell'ente capofila (acquisto di pubblicazioni, pratiche o stampati, formazione specifica, acquisto di hardware e software e relativi canoni di manutenzione, ecc.);*

*c) con il termine "costi comuni", la quota di spese generali sostenute dall'ente capofila, non autonomamente contabilizzata, la cui utilità può essere diretta al funzionamento sia della centrale, sia di altri servizi dell'ente (locazione o manutenzione locali, utenze di pubblici servizi, carta e cancelleria, spese postali, ecc.).*



6. Ciascun Comune associato rimborsa al Comune presso il quale ha sede l'Ufficio Comune / individuato come ente capofila i costi diretti per le procedure di affidamento svolte nell'esclusivo interesse del primo.

7. In caso di costi diretti sostenuti per procedure di affidamento congiunte nell'interesse di più di un Comune associato, questi vengono ripartiti sulla base degli importi posti a base d'asta.

8. Il rimborso dei costi diretti, da parte degli enti associati a favore del Comune presso il quale ha sede l'Ufficio Comune / individuato come ente capofila avviene con cadenza trimestrale su rendicontazione predisposta da quest'ultimo.

9. I costi generali sono ripartiti annualmente, sulla base della sommatoria degli importi a base d'asta per i procedimenti presi in carico dalla Centrale unica di committenza.

10. I costi comuni sono quantificati forfetariamente in complessivi mille euro annui da suddividere in quote paritarie, fatta salva la possibilità per i Comuni associati di rideterminare successivamente tale importo con motivata e conforme deliberazione delle Giunte Comunali.

11. Il rimborso dei costi generali e dei costi comuni avviene annualmente in un'unica soluzione, previa rendicontazione predisposta dal Comune presso il quale ha sede l'Ufficio comune / designato come ente capofila.

12. Il Responsabile struttura organizzativa operante come Centrale unica di committenza, sulla base delle comunicazioni dei fabbisogni e dei programmi presentati da ciascun Comune associato, predispone entro il 30 novembre di ogni anno un riparto preventivo delle spese relative all'esercizio successivo, da inviare agli enti associati per la formazione o l'adeguamento dei bilanci di previsione. Nel corso dell'esercizio, l'andamento delle spese sostenute e del loro riparto è costantemente monitorato da parte del Responsabile della centrale, con obbligo di informazione ai Comuni associati.

La questione delle risorse strumentali (art. 25 della convenzione) viene risolta rimettendo la soddisfazione delle varie esigenze in carico ai comuni interessati. Il comune in cui si trova fisicamente l'ufficio unico mette a disposizione i supporti. Si tratterà anche in questo caso di stabilire eventuali rimborsi di spese e/o creazione di un fondo unico per l'acquisto e/o implementazione della dotazione strumentale.

Si riporta l'articolo in argomento

#### **Art. 25**

*(Risorse strumentali)*

1. Il Comune presso il quale ha sede l'Ufficio comune / individuato come ente capofila operante come Centrale unica di committenza mette a disposizione i locali, le attrezzature ed i servizi necessari al funzionamento della struttura organizzativa per le attività relative all'acquisizione di lavori, servizi e beni in forma associata.



2. I Comuni associati mettono a disposizione del Comune presso il quale ha sede l'Ufficio comune / individuato come ente capofila operante come Centrale unica di committenza **le risorse strumentali che risultino necessarie per lo svolgimento di procedure specifiche di loro interesse**, fermo restando quanto previsto dal precedente art. 20.
3. I Comuni associati adottano **un sistema informativo comune o soluzioni finalizzate a rendere tra loro compatibili ed interoperativi i sistemi informativi adottati**, al fine di garantire l'ottimale e più sicura gestione dei flussi informativi con l'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza in relazione alle procedure da esso gestite per l'acquisizione di lavori, servizi e beni.
4. I Comuni associati consentono all'Ufficio comune / all'ente capofila operante come Centrale unica di committenza l'accesso alle proprie banche dati quando necessario per l'espletamento delle procedure da esso gestite per l'acquisizione di lavori, servizi e beni. A tal fine i Comuni associati definiscono un protocollo operativo finalizzato a garantire la sicurezza nell'accesso alle banche dati.

## 10. Ulteriori previsioni

Le previsioni di cui agli artt. 26 e 27 della convenzione tipo dell'ANCI riguardano rispettivamente la questione della riservatezza sui dati di cui per le proprie attività, stazione unica e comune aderente vengono in possesso e la delicata questione delle attività – indicate – nel piano anticorruzione e quindi della prevenzione.

In relazione alla riservatezza, la disposizione risulta oggettivamente ben coordinata suddividendo e precisando i vari obblighi in relazione alla frazione di procedimento gestita (e correlati dati acquisiti). In questo senso la stazione unica **“gestisce i dati personali relativi alle procedure di acquisizione di lavori, servizi e beni nel rispetto delle condizioni determinate e delle misure richieste dal d.lgs. n. 196/2003”**.

Sempre secondo l'articolo in commento, il comune capofila che gestisce l'ufficio della stazione unica **“è il titolare dei trattamenti dei dati personali”**. **Questa disposizione, a parere di chi scrive, dovrebbe essere modificata nel senso che la stazione unica solo fisicamente è gestita dal comune capofila (se l'unione non ha una sede) altrimenti ogni obbligo/effetto, compreso quello del trattamento dei dati personali deve essere imputato al soggetto giuridico unione dei comuni.**

Il quarto comma della norma in commento prevede che definizione di **“uno specifico protocollo operativo finalizzato ad assicurare la gestione ottimale del trasferimento reciproco di dati personali e di informazioni nel rispetto di quanto previsto dal d.lgs. n. 196/2003”** anche in questo caso tra comune capofila che gestisce l'ufficio appalti unico e i comuni associati. Valgono le stesse

considerazioni appena espresse, il protocollo riguarderà l'unione che dovrà approvarlo pertanto dovrà essere condiviso tra tutti i comuni associati.

L'articolo 27, come detto, si occupa della prevenzione della corruzione, norma necessaria il cui testo elaborato dall'ANCI prevede che (comma 1) che le attività dell'ufficio appalti della stazione unica siano **“svolte nel rispetto delle disposizioni della legge n. 190/2012 con riferimento al Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (PTPC) adottato dal Comune presso il quale ha sede l'Ufficio comune / designato come ente capofila”**.

Il ragionamento, anche in questo caso, deve riguardare direttamente l'unione dei comuni che in quanto soggetto giuridico a se stante deve elaborare un proprio piano anticorruzione. Dovrebbe, anzi, lo stesso responsabile del servizio della stazione unica sollecitare l'adozione di un piano anticorruzione unico per tutti i comuni associati all'unione dei comuni. Trattandosi di attività particolarmente sensibili è auspicabile quanto prevede il secondo comma della norma in esame circa la necessità di avviare intese sulla prevenzione/monitoraggio dei fenomeni corruttivo. Si tratta però, di stilare un piano unico per tutti i soggetti unione ed enti aderenti con un unico responsabile anticorruzione (come già previsto in alcune leggi regionali di adeguamento alla riforma degli enti locali). Circostanza, evidentemente, che consente di centralizzare i controlli introducendo misure serie e specifici monitoraggi sull'attività contrattuale oltre alle altre attività sensibili svolte dall'unione dei comuni.

## 11. Le clausole di chiusura

La parte finale della convenzione introduce una serie di clausole di chiusura quanto meno opportune che rispettivamente disciplinano:

### – le future adesioni alla stazione unica

#### **Art. 28**

*(Associazione di altri Comuni ed altri enti locali)*

*1. Possono aderire alla gestione associata della funzione di acquisizione di lavori, servizi e beni disciplinata dalla presente convenzione **altri Comuni non capoluogo di provincia, nonché Comuni capoluogo di Provincia e Province.***

*2. L'adesione di un nuovo Comune o di altro ente locale di cui al precedente comma 1 è sottoposta per approvazione alla forma di consultazione dei Comuni associati prevista dall'art. 18, con conseguente ridefinizione del riparto di risorse economico-finanziarie, umane e strumentali.*



– **la revisione della convenzione e l'adeguamento automatico a modifiche normative sopravvenute**

**Art. 29**

*(Revisione della convenzione ed adeguamento dinamico)*

1. *Le clausole della presente convenzione che recano riferimenti alle disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 e del d.P.R. n. 207/2010, nonché ai provvedimenti attuativi delle stesse e ad altre disposizioni di legge inerenti gli appalti ed i contratti pubblici, si considerano automaticamente adeguate alle eventuali disposizioni sopravvenienti.*

**2. Qualora le disposizioni sopravvenienti di cui al comma 1 determinino elementi comportanti modifiche obbligatorie ai contenuti della presente convenzione, i Comuni associati provvedono alla revisione delle clausole della presente convenzione che dovessero risultare non più applicabili.**

3. *Fatto salvo quanto previsto dai precedenti commi 1 e 2, i Comuni associati provvedono alla revisione delle clausole della presente convenzione quando risulti necessario per ragioni di ottimizzazione organizzativa delle attività regolate dalla convenzione stessa.*

**4. I protocolli operativi previsti dalle disposizioni della presente convenzione sono periodicamente rivisti dai Comuni associati e sono comunque adeguati quando norme o atti regolatori sopravvenuti lo rendano necessario.**

5. *I protocolli operativi tra i Comuni associati previsti dalla presente convenzione sono definiti sulla base di esigenze normative, tecniche ed operative dai Dirigenti e dai Responsabili di Servizio, in accordo con il Responsabile della struttura organizzativa operante come Centrale unica di committenza, e sono formalizzati come manuali, la cui adozione è obbligatoria da parte di tutti i Comuni associati una volta definite le procedure.*

– **il recesso dalla convenzione**

**Art. 30**

*(Recesso dalla convenzione)*

1. *Ciascun Comune associato può recedere dalla presente convenzione **con un preavviso di almeno sei (6) mesi.***

2. *Qualora il Comune presso il quale ha sede l'Ufficio Comune / individuato come ente capofila operante come Centrale unica di committenza decida di recedere dalla presente convenzione deve comunque continuare a far svolgere alla struttura organizzativa deputata al ruolo di Centrale di committenza le attività previste dalla presente convenzione, sino all'individuazione di un altro ente, tra i Comuni associati, deputato a svolgere il medesimo ruolo.*

3. *Qualora si verifichi la situazione di cui al precedente comma 2, i restanti Comuni associati possono sciogliere la presente convenzione e definire una nuova convenzione, per l'esercizio in forma associata della funzione relativa alle acquisizioni di lavori, servizi e beni.*



**4. Il recesso deve essere motivato, con riferimento a ragioni di pubblico interesse. È in ogni caso considerato motivo di pubblico interesse l'adesione del Comune ad una Unione di Comuni, con conseguente attribuzione alla stessa della funzione relativa alle acquisizioni di lavori, servizi e beni in base a quanto previsto dall'art. 33, comma 3-bis del d.lgs. n. 163/2006.**

La previsione contenuta nel comma 4 dell'articolo 30 sopra riportata pare francamente eccessiva. Il termine di 6 mesi (entro cui deve essere comunicata l'intenzione) è opportuno per le esigenze determinate dalla necessità di ricalibrare i costi ed il riparto delle spese ma la circostanza che della motivazione appare una richiesta eccessiva e considerato l'inciso finale che individua già un motivo potenziale del recesso.

#### – scioglimento della convenzione

##### **Art. 31**

*(Scioglimento della convenzione)*

*1. I Comuni associati sciogliono la presente convenzione:*

*a) quando sia sopravvenuta una disposizione di legge che obblighi gli enti alla scelta di un diverso modello organizzativo per la gestione in forma associata, aggregata o congiunta delle funzioni di acquisizione di lavori, beni e servizi;*

*b) quando essi optino, sulla base di scelta formalizzata dai rispettivi organi competenti, per un diverso modello organizzativo per la gestione in forma associata, aggregata o congiunta delle funzioni di acquisizione di lavori, beni e servizi;*

*c) qualora ragioni economiche e di funzionalità non rendano più conveniente la gestione associata delle funzioni di acquisizione di lavori, beni e servizi nei termini regolati dalla presente convenzione;*

*d) per altre cause previste dalla legge o da disposizioni attuative di norme di legge inerenti modelli organizzativi per le acquisizioni di lavori, beni o servizi, nonché per la gestione di funzioni in forma associata;*

*e) nel caso previsto dal precedente art. 30, nei commi 2 e 3.*

*2. Allo scioglimento della presente convenzione i Comuni associati definiscono le modalità di devoluzione o di riacquisizione delle risorse finanziarie e strumentali messe dagli stessi a disposizione dell'Ufficio comune / dell'ente individuato come capofila operante come Centrale unica di committenza.*

– **la risoluzione della controversie**

**Art. 32**

*(Risoluzione delle controversie)*

1. La risoluzione di eventuali controversie che dovessero sorgere tra i Comuni associati **in merito all'esecuzione** della presente convenzione ed all'applicazione delle sue clausole, è risolta prioritariamente in via bonaria.

2. Qualora i Comuni associati non riescano ad addivenire alla risoluzione in via bonaria, le controversie sono devolute alla competente sezione del Tribunale Amministrativo Regionale .....

– **soluzione delle problematiche prima dell'operatività a regime della stazione unica**

**Art. 33**

*(Regolazione delle problematiche rilevabili in via di prima applicazione della convenzione e in via transitoria)*

1. In sede di prima applicazione della presente convenzione, l'Ufficio comune / l'ente capofila operante come Centrale unica di committenza verifica, per appalti e concessioni che si riferiscano a fabbisogni comuni e condivisibili dai Comuni associati, l'eventuale disallineamento e definisce, in accordo con i Comuni stessi, un programma e misure possibili per pervenire entro la scadenza della convenzione stessa all'effettuazione di procedure coordinate.

Letto, approvato e sottoscritto il .....

Per il Comune di .....

Il Sindaco .....

Per il Comune di .....

Il Sindaco .....

Per il Comune di .....

Il Sindaco .....