

COMUNE DI MISILMERI

(Provincia di Palermo)

☎ 091/8711300 (PRX) Telefax 091/873384

www.comune.misilmeri.pa.it

Prot. n. 28747

Lì, 12.10.2015

DIRETTIVA N. 4 DEL 12.10.2015

**OGGETTO : Art. 33 comma 3 bis del codice dei contratti.
Determinazione n. 11 del 23.09.2015 dell'ANAC.**

Ai Resp. di P.O. delle Aree

Resp. Area 1 dott. A. Cutrona

Resp. Area 2 d.ssa Bianca Fici

Resp. Area 3 d.ssa M. Grazia Russo

Resp. Area 4 arch. Lo Bocchiaro

Resp. Area 5 geom. Raffa

Resp. Area 6 d.ssa C. Cimò

Resp. Area 7 dott. G. ppe La Barbera

Resp. Area 8 sig. G.ppe Di Chiara

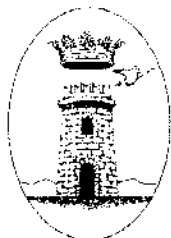
Resp. Area 9 d.ssa Francesca Politi

e, p.c.

Al Sindaco;

Alla G.C.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha fornito con la determinazione n.11/2015, chiarimenti sull'applicazione del comma 3 bis dell'art. 33 del codice dei contratti. Il ricorso ai soggetti aggregatari specificata nella predetta norma, impone che i Comuni non Capoluogo si debbano avvalere a partire dal 1 novembre dei soggetti compresi nell'elenco formato dall'ANAC in base all'art. 9 della legge 89/2014, non potendo fare ricorso ad altre centrali di committenza. La direttiva fornisce chiarimenti in ordine agli obblighi dei comuni relativamente all'acquisizione di beni e servizi sul mercato elettronico sugli acquisti in economia disciplinati dall'art.125 del codice e chiarisce l'ambito oggettivo di applicazione. In relazione alle eccezioni applicative dell'obbligo



COMUNE DI MISILMERI

(Provincia di Palermo)

☎ 091/8711300 (PBX) Telefax 091/8733384

www.comune.misilmeri.pa.it

aggregativo, la determinazione n.11/2015 precisa che il ricorso agli strumenti elettronici gestiti da Consip (MEPA) e dai soggetti aggregatori regionali (piattaforme telematiche) non definisce una disciplina speciale per tali modalità di acquisto (semmai la norma sollecita un utilizzo più frequente) che comunque sono obbligatori per gli acquisti di beni e servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria art. 7 comma 450 della l. 296/2006.

Ad ogni buon fine per una migliore contezza della disciplina si allega la determinazione n. 11/2015 al fine di garantire la corretta e migliore applicazione delle disposizioni in oggetto.

Si confida in una puntuale e corretta applicazione e si rimane a disposizione di eventuali ed ulteriori chiarimenti in merito.

Il Segretario Generale
Dott.ssa Pietra Quaruccio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Determinazione n. 11 del 23 settembre 2015

*Ulteriori indirizzi interpretativi sugli adempimenti ex art. 33, comma 3-bis,
decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163 e ss.mm.ii.*

| | | |
|-------|--|----|
| 1. | Ragioni dell'intervento dell'Autorità | 3 |
| 2. | Considerato in diritto..... | 4 |
| 2.1 | <i>Quadro normativo di riferimento</i> | 4 |
| 2.2 | <i>Centrali di committenza, Soggetti aggregatori e obblighi dei comuni</i> | 5 |
| 2.2.1 | <i>Obblighi dei comuni e mercato elettronico</i> | 8 |
| 2.2.2 | <i>Obblighi dei comuni e acquisti in economia</i> | 10 |
| 2.3 | <i>Ambito soggettivo di applicazione</i> | 11 |
| 2.3.1 | <i>Affidamenti delle società in house</i> | 11 |
| 2.3.2 | <i>Regioni a statuto speciale</i> | 14 |
| 2.4 | <i>Ambito oggettivo di applicazione</i> | 15 |
| 3. | Forme di aggregazione preesistenti e prescrizioni del comma 3-bis | 17 |
| 3.1 | <i>Convenzioni, consorzi e unioni di comuni</i> | 17 |
| 3.2 | <i>Utilizzo delle società in house quale organo operativo</i> | 19 |
| 4. | Modalità organizzative dei nuovi soggetti..... | 20 |
| 5. | Deroghe e proroghe dei contratti in essere..... | 23 |

1. Ragioni dell'intervento dell'Autorità

A seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, e del successivo art. 23-*bis* della legge 11 agosto 2014, n.114, con la Determinazione n. 3 del 25 febbraio 2015, l'Autorità ha fornito le prime indicazioni interpretative relativamente all'applicazione del novellato art. 33, comma 3-bis del Codice dei contratti

Nonostante questo primo intervento regolatorio, l'applicazione della disposizione de qua ha portato all'attenzione dell'Autorità ulteriori dubbi interpretativi su una serie di tematiche concernenti i diversi aspetti di seguito trattati, tenendo conto, naturalmente, del quadro normativo vigente, che potrebbe, verosimilmente subire mutamenti in forza delle previsioni contenute nel disegno di legge recante la delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (approvato al Senato con atto n. S1678) attualmente, in seconda lettura, alla Camera (atto n. C 3194).

Il citato disegno di legge, infatti, nella formulazione attualmente approvata dal Senato, prevede, all'art. 1, comma 1 lett. v), «...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»

Il presente intervento regolatorio si rende, pertanto, necessario per fornire ulteriori chiarimenti e orientamenti interpretativi, ai soggetti destinatari della nuova disciplina, in materia di acquisti aggregati/centralizzati, in modo da garantire la corretta ed uniforme applicazione delle disposizioni di riferimento e l'opportuno coordinamento con quelle già vigenti in tema di spending review.

A tal fine, l'architettura dell'atto di regolazione, dopo un generale inquadramento normativo, è articolata sulle diverse criticità emerse dalla prassi applicativa e trattate per tematiche di carattere generale.

Una prima serie di quesiti riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della novella normativa. Al riguardo è stata posta l'interessante questione connessa al proliferare di società partecipate dai comuni (ci si riferisce, in particolare, alle società c.d. *in house*) e alla possibilità che esse possano rappresentare un mezzo per eludere l'applicazione della norma in esame.

Altri quesiti riguardano l'ambito oggettivo di applicazione della medesima novella normativa, di cui in parte si è già trattato con la richiamata determinazione n. 3/2015.

È stato chiesto, in particolare, se debbano essere ricondotte nel perimetro delle fattispecie soggette all'obbligo di acquisto aggregato/centralizzato anche i servizi cui all'Allegato IIB ovvero eventuali contributi integrazioni concessi dai comuni (per es. l'acquisto dei libri di testo per gli alunni frequentanti le scuole dell'obbligo), il servizio di visura delle targhe offerto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Direzione Generale della Motorizzazione.

Molti quesiti pervenuti all'Autorità riguardano, poi, l'idoneità di forme di aggregazione preesistenti all'entrata in vigore del comma 3-*bis* a soddisfare l'obbligo introdotto dalla norma.

Un certo numero di quesiti è volto, invece, ad ottenere chiarimenti circa le modalità organizzative da adottare al fine di dare corretta attuazione al disposto normativo (individuazione del RUP – in capo alla centrale di committenza o ai singoli comuni – e individuazione del personale dipendente) e agli eventuali adempimenti necessari per certificare la nuova funzione di stazione appaltante del soggetto cui sono affidate le funzioni di centrale di committenza.

Anche l'ambito di applicazione delle deroghe (v. appalti dei comuni delle zone terremotate che possono considerarsi esenti dall'obbligo di centralizzazione) e la possibilità di prorogare i contratti in corso nelle more dell'adesione ad una convenzione in via di perfezionamento, come pure il rapporto tra il nuovo regime introdotto dal comma 3-bis e i previgenti obblighi di acquisto tramite mercato elettronico sono tra le questioni poste all'attenzione dell'Autorità nonché l'idoneità di forme di aggregazione preesistenti all'entrata in vigore del comma 3-bis a soddisfare l'obbligo introdotto dalla norma.

2. Considerato in diritto

2.1 Quadro normativo di riferimento

La nuova versione del comma 3-bis dell'art. 33 del d.lgs. n. 163/2006, originariamente introdotto dal decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201, ha attualmente il seguente tenore: *«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 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. Per i comuni istituiti a seguito di fusione l'obbligo di cui al primo periodo decorre dal terzo anno successivo a quello di istituzione».*

La disposizione, dettata all'evidente scopo di contenimento della spesa pubblica, è finalizzata a realizzare un accorpamento della domanda di lavori, beni e servizi da parte dei comuni attraverso il doveroso utilizzo di forme di aggregazione (unioni, accordi consortili, soggetti aggregatori e province) ai fini dell'affidamento dei contratti pubblici. Lo scopo è quello di canalizzare la domanda di lavori, beni e servizi proveniente da una miriade di comuni, anche di dimensioni estremamente ridotte (si pensi ai cosiddetti "comuni polvere"), verso strutture aggregatrici, con l'effetto di concentrare le procedure di acquisto, aumentando, di conseguenza, i volumi messi a gara e riducendo le spese e i rischi connessi alla gestione delle procedure, garantendo, così nel contempo, l'accrescimento della specializzazione, in capo ai soggetti più qualificati, nella gestione delle procedure di *procurement*.

Il sistema di centralizzazione degli acquisti introdotto dal nuovo comma 3-bis dell'art. 33 – che, rispetto alla precedente formulazione, oltre ad ampliare la platea dei destinatari (estendendola dai soli comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti a tutti i comuni non capoluogo di Provincia), ha ampliato anche la gamma dei soggetti con funzioni di aggregazione – era previsto che entrasse in vigore

dal 1° gennaio 2015 limitatamente all'acquisizione di beni e servizi e dal 1° luglio 2015 per l'acquisizione di lavori (art. 23-ter, decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 convertito con modifiche dalla legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114).

Successivamente, l'art. 8, comma 3-ter della legge 27 febbraio 2015, n. 11, modificando l'art. 23-ter, sopra richiamato, ha fissato al 1° settembre 2015 l'entrata in vigore della disposizione *de qua*, sia per i lavori che per i servizi e le forniture.

Da ultimo, l'art. 1, comma 169 della legge 13 luglio 2015, n. 107 ha previsto 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»*”.

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).

2.2 Centrali di committenza, Soggetti aggregatori e obblighi dei comuni

L'inserimento dell'obbligo di acquisto dei comuni in forma aggregata nell'ambito dell'art. 33 del Codice, dedicato alla disciplina delle centrali di committenza, pone un problema di relazione tra i soggetti deputati ad attrarre la domanda di lavori, beni e servizi dei comuni, in particolare i “soggetti aggregatori”, e le centrali di committenza di cui al comma 1 dell'art. 33¹.

Recependo l'art. 11 della direttiva 2004/18/CE, 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).

Le centrali di committenza sono definite nell'art. 3, comma 34, del Codice, come amministrazioni aggiudicatrici che acquistano forniture e servizi destinati ad altre amministrazioni o aggiudicano appalti di lavori, forniture e servizi destinati ad altre amministrazioni.

Ciò che è espresso in termini di facoltà nel primo comma dell'art. 33 a vantaggio di ogni stazione appaltante ed ente aggiudicatore, come visto, 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.

Non ogni centrale di committenza può, infatti, 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,

¹ «Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi».

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.

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 DPCM 11 novembre 2014 (pubblicato sulla GURI in data 20 gennaio 2015)².

In attuazione dell'art. 3, comma 1, del DPCM, 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 DPCM). Termine riaperto, successivamente, con il comunicato del Presidente del 4 giugno 2015.

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 sono abilitati a 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. Mentre 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*.

Sono fatti salvi, inoltre, gli acquisti di «beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A o da altro soggetto aggregatore di riferimento».

² 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.

I soggetti aggregatori, oltre ad essere centrali uniche di committenza per i comuni non capoluogo di Provincia, secondo quanto previsto dall'art. 9, comma 3³, del d.l. 24 aprile 2014 n. 66, svolgono, naturalmente, anche la funzione di centrali di acquisto di beni e servizi per altre amministrazioni. Infatti, per le categorie di beni e di servizi, individuate con DPCM da adottarsi entro il 31 dicembre di ogni anno, che superano le soglie fissate dal medesimo DPCM, le amministrazioni statali centrali e periferiche, le regioni, gli enti regionali e i 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 del citato art. 9, per lo svolgimento delle relative procedure. Sono escluse dall'obbligo gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie.

Si evidenzia che non risultano soggetti al richiamato obbligo i comuni capoluogo di Provincia, già esenti dall'obbligo di acquisto in forma aggregata di cui al comma 3-*bis* (che invece è rivolto ai comuni **non** capoluogo di provincia).

Deve, tuttavia, ammettersi, in termini di possibilità, che i comuni capoluogo di provincia costituiscano o partecipino ad accordi consortili, associazioni, unioni di comuni cui già prendono parte comuni non capoluogo di provincia (questi ultimi in adempimento dell'obbligo loro imposto dal comma 3-*bis*), ciò soprattutto nell'ottica di realizzare una concentrazione delle procedure di acquisto e di accrescere i livelli di specializzazione nella gestione delle gare d'appalto, nonché di dar vita a centrali di committenza diverse dalle forme aggregative e di centralizzazione contemplate nell'art. 33, comma 3-*bis*, fermo restando 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, sul numero e le caratteristiche dei soggetti aggregatori.

Per l'adempimento dell'obbligo imposto dal comma 3-*bis* dell'art. 33 del Codice, oltre alle unioni di comuni, accordi consortili e Province, i comuni non capoluogo di provincia ricorrono ai soggetti aggregatori di cui all'elenco tenuto dall'Autorità, istituito con la Delibera n. 58 del 22 luglio 2015 e non a qualsiasi centrale di committenza; resta salvo, nei limiti previsti dalla relativa disciplina, l'utilizzo di sistemi elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento. Per i comuni capoluoghi di provincia sussiste la possibilità di procedere ad acquisti tramite i moduli organizzativi ed operativi individuati dal citato comma 3-*bis*.

³ «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».

2.2.1 *Obblighi dei comuni e mercato elettronico*

In relazione al rapporto tra il nuovo regime introdotto dal comma 3-*bis* e i previgenti obblighi di acquisto tramite mercato elettronico si è posto un problema di coordinamento tra le diverse fonti normative, che ha messo in dubbio i reali adempimenti cui sarebbero soggette le pubbliche amministrazioni già tenute all'obbligo di procedere ad acquisti sotto soglia tramite Mepa (mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento adottato con decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207) o altri mercati elettronici.

Come noto, ai sensi dell'art. 1, comma 450⁴, l. n. 296/2006, le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – diverse dalle amministrazioni statali centrali e periferiche (che invece sono tenute a fare ricorso al solo Mepa) –, tra cui sono annoverati anche i comuni, per gli acquisti di beni e servizi di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario, devono fare ricorso al mercato elettronico della PA o ad altri mercati elettronici, istituiti ai sensi del citato art. 328, o al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento, per lo svolgimento delle relative procedure.

Dunque, già da prima della novella del comma 3-*bis*, per gli acquisti sotto la soglia di rilevanza comunitaria, i comuni (tutti, indipendentemente dal numero di residenti e dalla funzione di capoluogo di Provincia) erano tenuti a ricorrere ad una modalità di acquisto in senso lato centralizzata e segnatamente attraverso il ricorso a sistemi basati su piattaforme elettroniche sulle quali i fornitori presentano i loro cataloghi di prodotti e/o servizi (Mepa, mercati elettronici o diversi sistemi telematici regionali).

La Corte dei conti ha espressamente ritenuto riferibile siffatto obbligo a tutte le procedure di acquisto al di sotto della soglia di rilievo comunitaria, ivi inclusi gli acquisiti in economia, senza deroghe di sorta (Corte dei conti, sez. Controllo Piemonte, n. 211/2013/PAR; sez. Controllo Lombardia n. 112/2013/PAR). 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, 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). Nell'ambito delle suddette eccezioni, viene inclusa anche

⁴ Il comma è stato così come novellato dal comma 2 dell'art.7 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52 – come sostituito dalla legge di conversione 6 luglio 2012, n. 94 – e di recente modificato dall'art. 22 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

Il suo tenore attuale è il seguente: «Dal 1° luglio 2007, 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, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi e le facoltà 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 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. Per gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le università statali, tenendo conto delle rispettive specificità, sono definite, con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, linee guida indirizzate alla razionalizzazione e al coordinamento degli acquisti di beni e servizi omogenei per natura merceologica tra più istituzioni, avvalendosi delle procedure di cui al presente comma. A decorrere dal 2014 i risultati conseguiti dalle singole istituzioni sono presi in considerazione ai fini della distribuzione delle risorse per il funzionamento».

l'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).

Nella specifica evenienza dell'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)⁵, 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.

Relativamente all'introduzione del nuovo comma *3-bis*, si è posto il problema del rapporto tra la facoltà di ricorso agli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento previsti dal medesimo comma e l'obbligo imposto anche ai comuni (dal comma 450 dell'art. 1 della l. n. 296/2006), per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, di fare ricorso al Mepa, ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure.

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 in un recente parere⁶, 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

⁵ 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.

⁶ Sez. regionale di controllo per la Basilicata – Potenza, Deliberazione n. 67/2014/PAR

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.

2.2.2 *Obblighi dei comuni e acquisti in economia*

Altro tema connesso agli obblighi previsti dall'art. 33, comma 3-*bis* del Codice nonché alla facoltà prevista dall'art. 23-*ter*, comma 3, della legge n. 114/2014, per i soli comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti (i quali possono procedere ad acquisti autonomi di importo inferiore a 40.000 euro), è quello dei rapporti tra le norme appena richiamate e la disposizione dell'art. 125 del Codice dei contratti, concernente gli acquisti in economia.

Il quadro normativo che emerge da una lettura sistematica delle disposizioni del citato comma 3-*bis* dell'art. 33 e del comma 3 dell'art. 23-*ter*, sopra richiamato – tenuto conto delle esigenze di consolidamento dei conti pubblici e di contenimento della spesa pubblica, sottese all'introduzione e alle modifiche apportate al citato comma 3-*bis*, e considerato, in particolare, il contenuto della modifica introdotta dall'art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni dalla l. 23 giugno 2014, n. 89 – induce a ritenere che per i comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti non possano trovare applicazione le disposizioni dell'art. 125 del Codice, relative agli acquisti in economia. Solo i comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti, possono procedere ad acquisti autonomi, secondo le regole dettate per la soglia inferiore all'importo di 40.000 euro. Naturalmente, resta salva la facoltà di procedere, da parte dei soggetti aggregatori, delle unioni o tramite il modulo dell'accordo consortile (previa aggregazione della domanda di più comuni) agli acquisti secondo le procedure disciplinate dall'art. 125 del Codice, laddove sussistano le condizioni (relative all'importo e all'oggetto dell'acquisto) in esso contemplate, salvo sempre il ricorso agli strumenti di acquisto elettronici che siano nella loro disponibilità.

Tale lettura della novella normativa in argomento trova conforto, non solo nel collegamento sistematico tra il comma 3-*bis* e il comma 3 dell'art. 23-*ter*, della legge n. 114/2014 ma anche nella reale intenzione del legislatore che può essere ricavata dalla successione delle disposizioni normative che sono intervenute a modifica della prima versione del comma 3-*bis* citato.

A seguito della modifica apportata dall'art. 1 comma 343, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014) il comma 3-*bis* dell'articolo 33 del codice recava, alla fine, il seguente periodo: «*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». Con tale formulazione, la norma recava due inferenze:

- la disposizione del comma 3-*bis* aveva (e ha) un ambito di applicazione che coinvolge anche gli acquisti in economia ex art. 125 del Codice (nonostante sia inserita nella parte II, titolo I del Codice, riferita ai contratti di rilevanza comunitaria);

- ad esclusione dei commi 8 e 11 dell'art. 125 e delle relative disposizioni concernenti l'amministrazione diretta, le restanti disposizioni del citato articolo non trovavano applicazione nei confronti dei comuni (con popolazione non superiore a 5.000 abitanti, essendo all'epoca limitata ad essi l'applicazione della disposizione in argomento).

L'intervenuta modifica di cui all'art. 9 del d.l. 66/2014 ha espunto l'ultimo periodo sopra riportato, ma *mutatis mutandis*, il quadro normativo è stato sostanzialmente confermato per altra via. Ci si riferisce alla previsione dell'art. 23-*ter*, comma 3 della legge n. 114/2014 che, di fatto, corrisponde all'eccezione, precedentemente, posta dal riferimento al secondo periodo dei commi 8 e 11 dell'art. 125 del Codice: acquisti inferiori a 40.000 euro nei lavori e nei servizi. Del resto, diversamente opinando, l'eccezione posta agli acquisti inferiori all'importo da ultimo richiamato, non avrebbe ragione d'essere. Solo presupponendo una limitazione, per i comuni non capoluoghi di provincia, della portata espansiva delle disposizioni di cui all'art. 125 (operata dall'art. 33, comma 3-*bis*) del Codice si può attribuire, infatti, senso normativo all'eccezione di cui al richiamato articolo 23-*ter*. Eccezione che, in quanto tale, è di stretta applicazione e non può che valere per l'ambito soggettivo e oggettivo in essa individuati: comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti e acquisti inferiori a 40.000 euro.

Una più agevole applicazione della disposizione del comma 3-*bis*, per quanto concerne soprattutto gli acquisti di piccolo valore anche per i comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti può derivare da un'adeguata programmazione della spesa, da porre in essere anche nei servizi e nelle forniture, in modo da poter coordinare gli acquisti in base alle esigenze di ciascun comune e nel contempo soddisfare, senza particolari difficoltà, l'obbligo di aggregazione.

Le disposizioni dell'art. 125 del Codice, relativo agli acquisti in economia, non può ritenersi norma speciale che continua ad applicarsi ai comuni non capoluogo di provincia. Solo i comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti possono procedere ad acquisti autonomi, secondo le regole dettate per la soglia inferiore all'importo di 40.000 euro.

2.3 Ambito soggettivo di applicazione

2.3.1 Affidamenti delle società in house

Con riferimento all'affidamento a società partecipate/controllate dai comuni (ivi comprese le ipotesi di *in house*) e alla possibilità che possano rappresentare un mezzo per eludere l'applicazione della novella normativa in esame, si osserva quanto segue.

Come noto, in presenza di precisi elementi (possesso del 100% del capitale sociale⁷ e potere di controllo, da parte dell'ente controllante, più penetrante di quello che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, idoneo a vincolare effettivamente le decisioni strategiche e di maggiore importanza adottate dagli amministratori della società nonché gli indirizzi dell'ente; svolgimento dell'attività prevalente a favore dell'ente di appartenenza), espressivi del principio di c.d. autorganizzazione della p.a., il rapporto tra una società pubblica e l'ente di appartenenza è riconducibile alla delegazione interorganica (Cons. Stato, Ad. plen. 3 marzo 2008, n. 1)⁸. Ciò determina l'esclusione dell'alterità del rapporto ai fini dell'applicazione della disciplina relativa all'affidamento di appalti pubblici. In presenza di tali presupposti, la società pubblica può essere destinataria diretta di affidamenti dall'ente controllante. Infatti, per la giurisprudenza comunitaria e nazionale, il rapporto di immedesimazione tra ente affidante ed ente affidatario giustifica la mancata applicazione delle norme dell'evidenza pubblica senza che ciò comporti la violazione dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità, di parità di trattamento tra offerenti e di trasparenza al cui presidio le norme dell'evidenza pubblica sono poste (c.d. *in house providing*). Perché ciò tuttavia non si traduca in una violazione dell'obbligo di indizione di procedure ad evidenza pubblica, è principio consolidato, ed altresì codificato per i servizi pubblici locali (cfr. art. 3-bis, comma 6, D.L. 13 agosto 2011, n. 138⁹, convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148) che la società *in house* che non esegua direttamente i servizi o i lavori affidatigli dall'ente di riferimento sia tenuta al rispetto della medesima disciplina dell'evidenza pubblica cui è vincolato l'ente di appartenenza nell'affidamento di contratti di appalti pubblici a terzi.

A prescindere da ogni valutazione circa i limiti agli affidamenti a società *in-house*¹⁰, ciò che rileva, ai fini della presente determinazione, è il regime giuridico relativo ai rapporti esterni (con i terzi) cui sono sottoposte dette società.

⁷ In realtà, la giurisprudenza comunitaria in materia, pur ritenendo il possesso totalitario in mano pubblica dell'azionariato della società *in house* quale condizione imprescindibile, ritiene compatibile con il modello l'apertura prevista nello Statuto del capitale ad investitori privati, a condizione che non sussista nessuna prospettiva concreta, nel breve periodo, di una loro effettiva partecipazione al capitale (CGUE 10 settembre 2009, causa n. C-573/07).

Sul tema, tuttavia, alla luce della recenti direttive sugli appalti e sulle concessioni (v. art. 12 della n. 2014/24/UE; art. 28 della direttiva 2014/25/UE e art. 17 della direttiva 2014/23/UE), il Consiglio di Stato, nel parere 30 gennaio 2015 n. 298, considera non ostativa all'applicazione dei principi sull'*in house* la partecipazione di privati al capitale della società controllata dalla mano pubblica, a condizione che tale partecipazione non comporti controllo o potere di veto, sia prescritta dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati, non comporti l'esercizio di un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

In senso contrario, si veda, tuttavia, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 26 maggio 2015, n. 2660.

⁸ Cfr. anche Corte Cost. 20 marzo 2013, n. 46 e 17 novembre 2010, n. 325, secondo cui si tratta di «un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo».

⁹ A tenore del quale: «Le società affidatarie *in house* sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché i vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante ai sensi dell'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008».

¹⁰ In proposito non può non rilevarsi come da un'analisi di sistema della normativa di riferimento emerga che la disciplina dettata per le società strumentali *in house* sia più restrittiva rispetto a quella propria delle società che gestiscono o erogano servizi pubblici. Il fondamento di una più agevole ammissibilità del modello *in house* nei servizi di interesse generale trova sicuramente un forte addentellato in ragioni di natura economica, che spesso sono sottese all'autoproduzione in sostituzione

Dalle disposizioni e dagli orientamenti giurisprudenziali in materia (per la cui più ampia disamina si rinvia alla Relazione AIR) emerge chiaramente una tendenza ad una sempre maggiore accentuazione dell'assimilazione delle suddette società all'ente di appartenenza quanto al regime giuridico di riferimento, seppur con gli opportuni distinguo tra società *in house* che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica (che risentono di un regime più alleggerito sotto il profilo dell'attrazione alle disposizioni dettate per la p.a., tranne che per l'espesso assoggettamento al Codice dei contratti) e società *in house* che svolgono servizi strumentali all'attività dell'amministrazione (in ogni caso tenute al rispetto del Codice dei contratti ma sottoposte a vincoli più stringenti¹¹).

Nel contempo, tuttavia non si può tralasciare di considerare che lo stesso art. 4, comma 13, ultimo periodo, del d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135/2012, prevede che “*Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali?*”.

Come si vede il ricostruito quadro normativo, da un lato, sembrerebbe far propendere per una possibile assimilazione delle società, soprattutto quelle strumentali, ai comuni di riferimento e al conseguente obbligo di aggregazione imposto loro dall'art. 33, comma 3-*bis*, dall'altro non essendo le medesime società *in house* espressamente contemplate da nessuna norma in tema di aggregazione e obbligo di centralizzazione (eccezion fatta per alcune categorie merceologiche – energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile –, previste dall'art. 1, comma 7 del d.l. n. 95/2012), né nel citato 3-*bis*, non sembrano sussistere i presupposti per attrarle nell'obbligo di cui alla norma da ultimo citato.

Ciononostante, tenuto conto della *ratio* sottesa alla norma da ultimo citata – quella di riduzione dei centri di spesa anche al fine di contenimento della spesa pubblica –, le società strumentali o, nei casi consentiti dalla legge, quelle preposte allo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di competenza degli enti locali, in forza degli stringenti poteri di direttiva connessi all'*housing*, devono ritenersi assoggettate agli stessi vincoli di aggregazione dei comuni controllanti. Per quanto riguarda, invece, le società *in house* preposte all'erogazione dei servizi pubblici locali, ivi compresi quelli a rete, – gli enti locali interessati dalla disposizione in argomento, nell'ambito della loro autonomia organizzativa,

del ricorso al mercato, cui lo stesso art. 106, comma 2 del TFUE dà rilevanza: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Mentre l'art. 14, del medesimo Trattato, prevede che «...in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti»

¹¹ Ai sensi dell'art. 13, comma 1, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, e successive modificazioni (decreto Bersani): “Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale (...*omissis*...)”

devranno porre in essere ogni misura idonea ad un adeguato coinvolgimento delle medesime società nelle soluzioni aggregative imposte all'ente controllante. In ogni caso le società *in house* non possono acquisire lavori, beni e servizi per l'amministrazione che le controlla, in elusione alla normativa sull'obbligo di centralizzazione imposto ai comuni.

Alle società *in house* strumentali dei comuni non capoluogo di provincia nonché a quelle preposte allo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di competenza dei medesimi, stante il regime più stringente di operatività cui sono sottoposte dall'art. 13, comma 1, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, si applica lo stesso regime giuridico dei comuni controllanti, dettato dal comma 3-*bis* dell'art. 33 del Codice.

2.3.2 Regioni a statuto speciale

Altra tematica correlata all'ambito soggettivo di applicazione della norma in parola si è posta in relazione ai comuni non capoluogo di provincia delle Regioni a statuto speciale.

Sulla questione è di recente intervenuta la Corte Costituzionale che, con sentenza n. 220 del 3 luglio 2013, ha ritenuto «condivisibile l'interpretazione, ..., proposta in via principale dalla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia: infatti, alla luce del combinato disposto dell'art. 4, comma 5, e dell'art. 33 del d.lgs. n. 163 del 2006 (come modificato dalla norma impugnata), deve escludersi l'applicabilità di quest'ultima norma alle Regioni a statuto speciale» (cfr. punto 7.2. della parte in diritto della sentenza richiamata). Di talché è stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 4, del d.l. n. 201 del 2011 che ha introdotto il comma 3-*bis* all'art. 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (la cui portata, peraltro è stata attenuata dall'intervenuto art. 1 del d.l. n. 95 del 2012, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 135 del 2012, che ha introdotto l'alternativa del ricorso agli strumenti elettronici)».

La corte ha pertanto chiarito che l'art. 33 del Codice non si applica alle Regioni a statuto speciale.

Le statuizioni della Corte Costituzionale si fondano sul disposto dell'art. 4, comma 5 del Codice, a tenore del quale «Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione», laddove le Regioni a statuto speciale abbiano adeguato la propria legislazione attraverso norme di attuazione che rinviino al Codice dei contratti mediante un rinvio dinamico (come accaduto, per es., per la Regione Siciliana, con la legge 12 luglio 2011, n. 12, che all'art. 1, comma 1 recepisce le disposizioni del Codice e le sue modificazioni), le disposizioni del Codice dei contratti trovano applicazione con tutte le modifiche che le stesse subiscono nel tempo. Non si applicano, naturalmente, le disposizioni espressamente eccettuate.

In base al combinato disposto dell'art. 4, comma 5, e dell'art. 33 del d.lgs. n. 163 del 2006 e ss.mm.ii., è esclusa l'applicazione di quest'ultima norma alle Regioni a statuto speciale e di conseguenza l'obbligo di aggregazione/centralizzazione di cui al comma 3-*bis* del medesimo articolo.

2.4 *Ambito oggettivo di applicazione*

Sono pervenuti numerosi quesiti finalizzati ad ottenere chiarimenti in ordine all'esatta individuazione delle acquisizioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma.

Riguardo 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 definizione 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.

Devono, pertanto, 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.

Va comunque considerato che la disciplina giuridica di questi ultimi subirà diverse modifiche per effetto del recepimento della nuova direttiva e 2014/24/UE (si vedano, in particolare gli artt. 74 e ss.).

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 offrire congiuntamente determinati servizi.

Infatti, 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 concessionario 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.

Per quanto attiene ai lavori, invece, da 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).

Vero è, tuttavia, che il rinvio operato all'art. 33 è stato previsto in un momento storico in cui la sua formulazione non aveva ricevuto l'integrazione del comma 3-*bis*.

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 dell'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*.

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 dall'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 ausiliaria¹², 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

¹² Ai sensi dell'art. 2 (recante le definizioni), comma 1, n. 15 della direttiva 2014/24/UE, le attività di «committenza ausiliaria» consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:

- a) infrastrutture tecniche che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;
- b) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;
- c) preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata.

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.

L'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 33, comma 3-*bis* del Codice è riferito ai contratti di appalto pubblico di lavori (art. 3, comma 7), forniture (art. 3, comma 9) e servizi (art. 3, comma 10), ivi compresi i servizi tecnici, pienamente assoggettati alle disposizioni del Codice dei contratti.

Sono sottratti all'obbligo di acquisizione in forma aggregata gli appalti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice (artt. 19-26), tra cui i servizi dell'Allegato IIB. È sottratta, altresì, la concessione di servizi cui si applica solo l'art. 30 del Codice.

Per la concessione di lavori, pur esistendo un rinvio formale anche all'art. 33, operato dall'art. 142, comma 3, del Codice, tenuto conto del fatto che il comma 3-*bis* costituisce una sopravvenienza normativa rispetto al richiamato rinvio, nonché delle difficoltà applicative connesse alle specificità del modulo concessorio – anche se attivato sotto forma di *project financing* – i comuni non capoluogo di provincia devono valutare la possibilità di porre in essere strutture specializzate nella gestione delle suddette procedure, in possesso del *know how* tecnico più adeguato.

3. Forme di aggregazione preesistenti e prescrizioni del comma 3-*bis*

3.1 *Convenzioni, consorzi e unioni di comuni*

Numerose incertezze interpretative sono emerse con riferimento all'idoneità di forme di aggregazione preesistenti all'entrata in vigore del comma 3-*bis* a soddisfare l'obbligo introdotto dalla norma.

Al riguardo si osserva che, tra le forme associative previste dal d.lgs. n. 267/2000 – convenzioni, consorzi e unioni di comuni – le convenzioni sono quelle in cui il vincolo tra i comuni partecipanti è meno stretto, essendo limitato all'esercizio di funzioni (o servizi) in modo coordinato.

Il comma 3-*bis* fa espresso riferimento alle unioni di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 267/2000 e, più genericamente, agli accordi consortili tra i comuni. Invero l'espressione "accordi consortili" sembra sottendere un tipo di accordi che non si limitano alla figura del consorzio. In relazione allo schema di convenzione messo a disposizione dei comuni da parte dell'ANCI, è stato puntualizzato che «numerose 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 (quindi ai

sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 267/2000) bensì come 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».

Milita a favore dell'interpretazione sopra richiamata, oltre all'applicazione dei correnti criteri ermeneutici, l'art. 2, comma 1, lettera b), del DPCM 11 novembre 2014 che prevede espressamente che possano presentare istanza per l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori le 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».

Analoga problematica interpretativa si è posta per i comuni facenti parte di unioni di comuni già costituite che intendano dare vita ad accordi consortili con alcuni comuni (anche non facenti parte dell'unione) al fine di adempiere all'obbligo di cui al comma 3-bis. In tal caso, tenuto conto del dato letterale della norma di cui al comma 3-bis che impone di procedere agli acquisti nell'ambito delle unioni di comuni "ove esistenti" ovvero ricorrendo alle altre forme di aggregazione, potrebbe apparire che alle unioni già costituite sia attribuita una sorta di prevalenza rispetto alle altre forme di aggregazione.

Sul punto, si rileva che, effettivamente, il legislatore sembrerebbe aver messo a disposizione dei comuni una pluralità di opzioni in modo da consentire la scelta della modalità, che in ragione della peculiare situazione del singolo Comune, meglio soddisfi le esigenze di *procurement* del Comune stesso. Il riferimento all'unione di comuni "ove esistenti" pare dettato dal rispetto dei generali principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa piuttosto che dall'intento di stabilire categoricamente il primato delle unioni rispetto alle altre modalità di aggregazione.

Sul tema, tuttavia, risulta determinante la previsione dell'art. 2, comma 28 della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria 2008). La norma appena richiamata prevede che: «Ai fini della semplificazione della varietà e della diversità delle forme associative comunali e del processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, ad ogni amministrazione comunale è consentita l'adesione ad una unica forma associativa per ciascuna di quelle previste dagli articoli 31, 32 e 33 del citato testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, fatte salve le disposizioni di legge in materia di organizzazione e gestione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti. Dopo il 1° gennaio 2010, se permane l'adesione multipla ogni atto adottato dall'associazione tra comuni è nullo ed è, altresì, nullo ogni atto attinente all'adesione o allo svolgimento di essa da parte dell'amministrazione comunale interessata. Il presente comma non si applica per l'adesione delle amministrazioni comunali ai consorzi istituiti o resi obbligatori da leggi nazionali e regionali».

Ai sensi del articolo 1, comma 130-bis, della legge 7 aprile 2014, n. 56, «Non si applica ai consorzi socio-assistenziali quanto previsto dal comma 28 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni».

Da una lettura di tipo sistematico del comma 3-bis dell'art. 33 del Codice e della disposizione della finanziaria 2008, sopra citata, è possibile ricavare la volontà del legislatore non solo di ovviare ad un diseconomico ricorso alle suddette forme aggregative ma anche di indurre i singoli comuni ad una stabilizzazione delle medesime, in modo da evitare un utilizzo di "moduli aggregativi di scopo" e dall'assetto variabile, per singoli affidamenti, che si rivelerebbero una formale attuazione del disposto normativo del Codice, con ciò vanificando gli effetti cui il previsto obbligo di centralizzazione della

domanda mira, in termini di specializzazione del *buyer* pubblico e di conseguente efficientamento del sistema.

Il riferimento del comma 3-*bis* all'unione di comuni "ove esistenti" non può intendersi come volto a stabilire un primato delle unioni rispetto alle altre modalità di aggregazione. A conferma di tale lettura risulta determinante la previsione dell'art. 2, comma 28 della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria 2008) che ad ogni amministrazione comunale consente l'adesione ad una unica forma associativa per ciascuna di quelle previste dagli articoli 31, 32 e 33. Ciò che comporta non solo di evitare un dispendioso utilizzo di "moduli aggregativi di scopo" ma altresì di favorire la specializzazione del *buyer* pubblico, con conseguente efficientamento del sistema.

3.2 *Utilizzo delle società in house quale organo operativo*

Quanto alla possibilità che le società interamente partecipate dai comuni possano ritenersi moduli operativi compatibili con la *ratio* del comma 3-*bis* dell'art. 33, per la gestione delle procedure di affidamento di contratti pubblici in modo centralizzato da parte dei comuni soggetti al relativo obbligo, si osserva quanto segue.

Esclusivamente ai fini di cui all'art. 33, comma 3-*bis*, anche società interamente pubbliche istituite quale soggetto operativo di associazioni di comuni o di accordi consortili tra i medesimi ovvero costituite dalle Unioni, in rapporto di stretta strumentalità rispetto all'associazione, all'unione e all'accordo consortile, in ordine all'affidamento di contratti pubblici per i comuni facenti parte delle suddette forme, possono ritenersi moduli operativi compatibili con la *ratio* del comma 3-*bis* dell'art. 33.

Esse possono rappresentare, infatti, lo strumento attraverso cui si individua l'ufficio dell'unione, dell'associazione o dell'accordo tra più comuni che curi i loro acquisti in modo centralizzato. Ciò che si impone come doveroso è che non diventino lo strumento per eludere la centralizzazione, non potendo il singolo comune facente parte dell'associazione, unione o consorzio commissionare singoli appalti alla eventuale società controllata in modo collettivo. Diversamente opinando si eluderebbe la forma aggregata dell'acquisto. Va da sé che l'utilizzo di un tale sistema operativo di affidamento centralizzato presuppone un'adeguata programmazione degli interventi e degli acquisti, da operarsi in seno allo strumento associativo, coinvolgendo l'eventuale società controllata dall'Unione, dall'associazione o attraverso l'accordo consortile in maniera congiunta da parte dei comuni.

Esclusivamente ai fini di cui all'art. 33, comma 3-*bis*, anche le società interamente pubbliche istituite quale soggetto operativo di associazioni di comuni o di accordi consortili tra i medesimi ovvero costituite dalle Unioni, in rapporto di stretta strumentalità rispetto all'associazione, all'unione e all'accordo consortile, possono svolgere le funzioni di relativo ufficio competente per l'espletamento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

4. Modalità organizzative dei nuovi soggetti

Per quanto concerne le modalità organizzative da adottare al fine di dare correttamente attuazione alla norma, tenuto conto delle criticità emerse dalla prassi, si rende necessario un inquadramento generale di sistema per, poi, affrontare nello specifico le ricadute applicative della nuova disposizione, soprattutto per quanto riguarda l'individuazione dell'unità organizzativa responsabile e del responsabile unico del procedimento.

Dal quadro normativo dettato in materia di contratti pubblici nonché dalle disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., emergono i seguenti principi di carattere generale:

1. il responsabile del procedimento deve essere unico per le diverse fasi dell'affidamento¹³;
2. il responsabile del procedimento deve essere un dipendente dell'amministrazione¹⁴;
3. la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale deve essere posta in seno ad una unità organizzativa responsabile (la cui individuazione è rimessa alla legge, ai regolamenti o in difetto alle amministrazioni pubbliche mediante atti a carattere generale)¹⁵;
4. deve sussistere un necessario collegamento tra il responsabile del procedimento e l'unità organizzativa responsabile¹⁶.

In via astratta il principio della nomina di un responsabile unico del procedimento, nei termini precisati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale¹⁷, e tenuto conto anche di quanto prevede più in

¹³ Ai sensi dell'art. 10, comma 1 del Codice «per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione»

¹⁴ Ai sensi dell'art. 10, comma 5, secondo periodo «per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo. In caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio»

¹⁵ Ai sensi dell'art. 4 della legge n. 241/90: «Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale.

Le disposizioni adottate ai sensi del comma 1 sono rese pubbliche secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti».

¹⁶ Ai sensi dell'art. 5 della legge n. 241/90 « Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale.

Fino a quando non sia effettuata l'assegnazione di cui al comma 1, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell'articolo 4.

L'unità organizzativa competente e il nominativo del responsabile del procedimento sono comunicati ai soggetti di cui all'articolo 7 e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse.»

¹⁷ Il principio relativo alla nomina di un responsabile unico è stato oggetto di attenzione da parte della Corte Costituzionale che, con la storica sentenza n. 401/2007, non ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2 del Codice, con riferimento all'art. 117, comma 4 Cost., stante la formulazione della norma che stabilisce una connessione tra l'organizzazione e i compiti nonché i requisiti del responsabile del procedimento, negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, la quale consente di interpretare la norma in senso conforme a Costituzione e ritenere che essa non sia invasiva della sfera di competenza legislativa residuale delle Regioni, collocandosi invece, in funzione strumentale, nell'ambito di procedimenti che appartengono alla competenza ripartita Stato-Regioni e seguendone, in conseguenza, le sorti.

Quanto alla previsione del Codice dei contratti (art. 10, comma 1) secondo cui il Responsabile deve essere unico, con la stessa sentenza sopra citata la Corte ha avuto modo di affermare che la relativa questione di costituzionalità, con riferimento all'art. 117, comma 4 Cost., sulla base di quanto precisato in ordine all'organizzazione degli uffici preposti alla realizzazione delle opere pubbliche, non è fondata dal momento che la previsione di un responsabile unico dei relativi procedimenti non reca un vulnus alle competenze regionali. Competenze che, per quanto riguarda le modalità organizzative dell'attività del responsabile unico del procedimento, la Corte ha, peraltro, espressamente ribadito essere residuali delle Regioni ai sensi del quarto comma dell'art. 117 della Costituzione, (cfr. Cort. Cost. n. 43/2011).

generale la legge n. 241/90, circa l'obbligo di individuarlo, trova applicazione anche nei confronti dei comuni interessati dal comma 3-*bis* dell'art. 33 del Codice dei contratti.

Rileva, altresì, il principio di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive, ispirandosi, tra gli altri, al criterio di garantire l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso l'istituzione di apposite strutture per l'informazione ai cittadini e l'attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso.

È evidente, tuttavia, che la particolarità che introduce la disposizione di cui all'art. 33, comma 3-*bis* reca inevitabilmente con sé la necessità di una lettura sistematica delle norme, in cui assume un ruolo determinante la norma da ultimo richiamata che, infatti, comporta l'affidamento del procedimento a distinte amministrazioni. Ciò implica che, in mancanza di apposite disposizioni speciali, ogni struttura amministrativa coinvolta dovrà individuare la propria unità organizzativa (in seno alla quale dovrà operare il relativo RUP) competente per la fase sub-procedimentale alla stessa affidata *ex lege*.

Sul versante applicativo, dovrà, pertanto, essere fatta un'analisi dei diversi casi che possono prospettarsi, tenendo distinti i casi in cui l'entità che gestisce la gara possiede i connotati di una vera e propria struttura amministrativa, che assurge a centro autonomo di imputazione – distinta dai soggetti che alla medesima danno vita – dai casi in cui si dà luogo, semplicemente, alla creazione di un organo comune, e, nel contempo, distinguendo i casi in cui la gestione delle diverse fasi del procedimento sia diviso tra i singoli comuni (programmazione, progettazione, esecuzione) e la struttura svolgente funzioni di stazione appaltante (scelta del contraente), da quelli in cui l'intero processo sia gestito da quest'ultima.

Il miglior raccordo tra le diverse amministrazioni coinvolte nelle diverse fasi del medesimo procedimento, per definire le modalità di conduzione dello stesso, può, in generale avvenire attraverso gli accordi *ex art. 15* della legge n. 241/90, ma nel caso di specie, tale funzione sarà necessariamente assolta dai moduli convenzionali dell'associazionismo locale (accordi consortili, associazioni tra comuni ecc.), quali strumenti non solo volti ad individuare la struttura o l'ufficio preposto alla gestione centralizzata della gara ma a formalizzare e regolamentare anche la disciplina che assicurerà il suo legittimo e corretto funzionamento, alla luce del quadro normativo di riferimento.

Al riguardo è necessario premettere come l'individuazione del RUP debba essere differentemente modulata in rapporto al ruolo esercitato dalla struttura che svolge le attività di committenza (sia esso un comune capofila o una struttura dedicata); a tal fine, seppur non esaustivamente, possono essere individuate le seguenti diverse modalità:

- 1) soggetto che gestisce una singola gara su richiesta di uno specifico comune (ciò che è più frequente e probabile nell'ambito dei lavori, che sono centralizzabili ma più difficilmente aggregabili);

D'altra parte, la stessa legge 7 agosto 1990, n. 241, all'art. 29, comma 2-bis, specifica che attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della medesima legge concernenti, tra gli altri, l'obbligo per la pubblica amministrazione di individuare un responsabile del procedimento; precisando, al successivo comma 2-quater che «Le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela»

- 2) soggetto che gestisce le procedure riguardanti più o tutti i Comuni aderenti all'accordo (acquisto aggregato);
- 3) soggetto che gestisce la gara su richiesta di due o più comuni aggregando più interventi volti a soddisfare le esigenze di ognuno in un unico intervento, che risulterà programmato, progettato, affidato e realizzato per loro conto¹⁸.

Nel caso sub 1) l'individuazione del RUP da parte del singolo comune dovrà sicuramente avvenire per le fasi di propria competenza (progettazione ed esecuzione). In ossequio al principio di unicità del RUP per le diverse fasi, lo stesso potrà essere designato, in seno al modulo aggregativo per la gestione della gara, secondo le modalità più consone, in base all'ordinamento del personale, al caso e per il tempo necessario all'espletamento della medesima gara. In tale ipotesi il RUP dovrà profilarsi sui sistemi dell'Autorità anche come RUP del modulo aggregativo per cui gestisce la procedura di gara e in relazione ai relativi centri di costo, specificando di volta in volta per conto di quale soggetto (comune o modulo aggregativo) agisce.

In tal modo, il medesimo RUP curerà gli altri adempimenti di legge che riguardano l'acquisizione del CIG, le comunicazioni dell'art. 7 comma 8 del Codice. La verifica dei requisiti sul sistema AVCpass seguirà le regole di cui alla deliberazione n. 111/2012 e ss.ii.mm., e il versamento del contributo di gara all'Autorità sarà disposto dal modulo aggregativo che bandisce la gara.

Nell'ipotesi sub 2) venendo in rilievo un acquisto aggregato, secondo lo schema della convenzione o dell'accordo quadro (stipulati dall'entità che svolge attività di committenza in qualità di organismo di raccordo dei fabbisogni), cui aderiscono i singoli comuni, questi ultimi dovrebbero individuare un RUP ai sensi dell'art. 274¹⁹ del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, e tra questi, mediante accordo tra i diversi comuni, dovrebbe essere scelto e designato il RUP che presso l'organo comune o il comune capofila svolga le relative funzioni per la fase della procedura di gara. Nel caso in cui il modulo aggregativo prescelto sia strutturato quale autonomo centro di imputazione, il RUP sarà individuato, per la sola fase di gara, direttamente da quest'ultimo.

Successivamente alla gara i RUP dei singoli comuni individuati ex art. 274 d.P.R. n. 207/2010 seguono la fase esecutiva, laddove non sia obbligatoria la nomina di un direttore dell'esecuzione diverso dal RUP, in conformità alla normativa vigente.

Per quanto riguarda l'acquisizione del CIG, il sistema informatico dell'Autorità prevede già la possibilità di acquisire dei CIG derivati, al momento dell'adesione alla convenzione o all'accordo quadro, rispetto al CIG padre attribuito a questi ultimi e richiesto dal RUP che gestisce la fase di gara.

Per la comunicazione dei dati ex art. 7 comma 8 del Codice, i RUP comunicheranno i dati concernenti la fase di riferimento.

¹⁸ Si pensi al rifacimento di una strada che collega più centri abitati, ogni tratto della quale appartiene ai diversi comuni per conto dei quali l'unione, l'associazione o il consorzio dei medesimi procede alla realizzazione dell'intervento in tutte le sue fasi.

¹⁹ Ai sensi art. 274 del D.p.r. n. 207/2010: «Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori che effettuano acquisti facendo ricorso a centrali di committenza nominano per ciascuno dei detti acquisti un responsabile del procedimento, oltre all'eventuale direttore dell'esecuzione. Il responsabile del procedimento, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione ove nominato, assume specificamente in ordine al singolo acquisto i compiti di cura, controllo e vigilanza nella fase di esecuzione contrattuale nonché nella fase di verifica della conformità delle prestazioni. Le centrali di committenza, previa sottoscrizione di appositi protocolli di intesa per il collegamento informatico con l'Osservatorio, acquisiscono in via telematica dati, informazioni e documentazione in ordine alla fase di esecuzione del contratto, anche in relazione a quanto stabilito al riguardo nelle disposizioni di cui al titolo IV».

Anche in tal caso, la verifica dei requisiti sul sistema AVCpass seguirà le regole di cui alla deliberazione n. 111/2012 e ss.ii.mm., e il versamento del contributo di gara all'Autorità sarà disposto dal modulo aggregativo che bandisce la gara.

Nell'ipotesi sub 3) non v'è dubbio come la riferibilità di tutte le fasi ad un unico centro decisionale e gestionale implichi la necessaria individuazione di un unico RUP da parte della struttura che gestisce la gara (che per sua stessa funzione difficilmente potrà essere un mero organo di una forma associativa non strutturata): in tale ipotesi il RUP sarà, di regola, individuato tra i dipendenti in servizio presso la medesima oppure, in caso di carenza in organico, potrebbe essere assegnato alla struttura un dipendente dei comuni interessati, previa intesa e nel rispetto del principio di rotazione e di competenza tecnica con riferimento agli acquisti che man mano si succedono nel tempo. Resta fermo che anche in tal caso il RUP dovrà profilarsi sui sistemi dell'Autorità anche come RUP del modulo aggregativo per cui gestisce la procedura di gara.

In tal modo individuato, egli, provvederà agli adempimenti relativi all'acquisizione del CIG nonché alla comunicazione dei dati ex art. 7 comma 8 del Codice.

La verifica dei requisiti sul sistema AVCpass e il versamento del contributo di gara seguiranno le regole sopra già richiamate.

I diversi moduli aggregativi dovranno, inoltre registrarsi presso l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA). Nel caso di soggetti con codice fiscale coincidente con quello di altro soggetto (si pensi al caso in cui più comuni individuino il soggetto aggregatore di riferimento in una struttura della Regione) potrebbe semplicemente essere individuato un altro centro di costo nell'ambito della pre-esistente iscrizione AUSA dell'ente titolare del codice fiscale.

Sarà cura di ciascun modulo aggregativo assicurare la trasparenza dei processi e dei finanziamenti per la gestione delle procedure di affidamento dallo stesso gestite.

In ragione della previsione del comma 3-*bis* dell'art. 33 del Codice ciascuna fase del procedimento di acquisto può risultare affidata a diverse amministrazioni: singolo comune e modulo associativo prescelto. In tal caso ogni struttura amministrativa coinvolta nel procedimento di acquisto, in quanto competente *ex lege* per la fase sub-procedimentale alla stessa affidata, dovrà individuare la propria unità organizzativa preposta alla gestione della relativa fase e procedere alla nomina del Responsabile della medesima, salvo l'ipotesi in cui tutte le diverse fasi procedurali siano gestite dal modulo associativo prescelto, nel qual caso quest'ultimo nominerà un unico responsabile dell'intero procedimento.

5. Derghe e proroghe dei contratti in essere

Con riferimento all'ambito di applicazione delle deroghe (quali appalti dei Comuni delle zone terremotate possono considerarsi esenti dall'obbligo di centralizzazione) e la possibilità di prorogare contratti in corso nelle more dell'adesione ad una convenzione in via di perfezionamento nonché riguardo alla possibilità di prevedere un'operatività graduale della centrale di committenza di nuova costituzione, si osserva quanto segue.

Il comma 2 dell'art. 23-ter del d.l. n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 114/2014, può essere interpretato nel senso di esentare dall'applicazioni del comma 3-bis tutte le acquisizioni di lavori, servizi e forniture dei comuni delle zone terremotate indipendentemente dal collegamento delle stesse con le attività inerenti la ricostruzione. Ciò, evidentemente, fino a che la ricostruzione non potrà dirsi terminata.

Quanto alla possibilità di fare ricorso ad una proroga tecnica dei contratti in scadenza, da più parti sollevata in termini di questione molto avvertita, si ritiene che, essendo intervenuto, da ultimo – ai sensi dell'art. 1, comma 169 della legge 13 luglio 2015, n. 107 – un ulteriore differimento, al 1° novembre 2015, per l'entrata in vigore della disposizione in argomento, la tematica della proroga dei contratti in essere non si ponga più in termini di attualità.

L'unica deroga ammessa al regime della centralizzazione/agggregazione prevista dal comma 3-bis dell'art. 33 è quella prevista dal comma 2 dell'art. 23-ter del d.l. 90/2014 convertito con modificazioni dalla l. n. 114/2014.

Stante l'ulteriore proroga del termine di applicazione della disposizione del comma 3-bis, che ha, di fatto, fornito più ampi margini di adeguamento alla novella normativa in parola, non si ritengono giustificate proroghe dei contratti in essere al fine di dare piena attuazione all'obbligo contemplato dalla citata disposizione.

Tutto ciò premesso e considerato

Determina

nei sensi di cui al considerato in diritto.

Approvata dal Consiglio nella seduta del 23 settembre 2015

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 Ottobre 2015

Il Segretario: Maria Esposito