

## Appalti pubblici

# La centralizzazione degli appalti, la *spending review* e l'autonomia organizzativa locale

di Francesca Di Lascio

È ormai diffusa la convinzione che la centralizzazione delle procedure di appalto sia in grado di favorire la riduzione e il controllo delle risorse impiegate dalle amministrazioni per gli acquisti di beni e servizi. Questo processo è perseguito anche mediante la diffusione delle centrali di committenza, previste da norme promozionali europee e nazionali. Recentemente, tuttavia, le esigenze di contenimento e di riduzione della spesa pubblica hanno giustificato l'imposizione della centralizzazione per i piccoli comuni rendendola, nel diritto interno, una scelta pressoché obbligata per la gestione della funzione negoziale nella sua interezza. Si può dire, quindi, che in ambito europeo la disciplina delle centrali di committenza mira prevalentemente all'obiettivo di promuovere la concorrenza tra le imprese e che, invece, nel diritto italiano appare preponderante la finalità di limitare la spesa pubblica, ciò anche al prezzo di condizionare fortemente il potere di autorganizzazione degli enti locali.

## Premessa

Gli appalti pubblici rappresentano una leva fondamentale delle politiche economiche e di bilancio statali (1): la spesa per beni e servizi interessa, infatti, un considerevole quantitativo di risorse pubbliche ed è spesso inclusa tra gli ambiti sottoposti a procedure di controllo sui costi degli apparati amministrativi (2).

La tendenza indicata è ancora più evidente in questa fase storica, dove la crisi economico-finanziaria ha imposto in Europa ingenti e improcrastinabili sforzi di riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica. In particolare, il coinvolgimento dei debiti sovrani ha comportato una forte riduzione delle risorse stanziare per sostenere le politiche anticicliche di ripresa economica. Questo ha costretto i governi europei maggiormente coinvolti ad applicare tagli ai programmi di spesa e di investimento e, al contempo, a varare riforme volte a ridurre le risorse impiegate per garantire il funzionamento delle pubbliche amministrazioni (3).

Con riferimento al sistema italiano, già nel corso della XV legislatura il Governo si era impegnato di fronte alle istituzioni europee nell'adottare politiche e processi volti alla creazione di condizioni strutturali utili alla crescita e alla risoluzione delle difficoltà economiche e finanziarie (4). A ciò devono ag-

giungersi, più di recente, gli obblighi derivanti dall'approvazione del *Fiscal compact*, che impone il rispetto di nuove regole vincolanti in relazione al pareggio di bilancio, alla garanzia di un certo limite di deficit strutturale e ad una significativa riduzione del debito pubblico (5).

## Note:

(1) Come evidenziato nella segnalazione AVCP, 4 luglio 2013, n. 2, p. 9 (reperibile su [www.avcp.it](http://www.avcp.it)).

(2) Lo sottolineano, ad esempio, G.L. Albano - M. Sparro, *Flexible Strategies for Centralized Public Procurement*, in *Rev. Ec. In.*, 2010, vol. 1, n. 2 (reperibile in [www.rei.unipg.it](http://www.rei.unipg.it)), 1-2.

(3) A riguardo, G. Napolitano, *Crisi economica e ruolo del diritto amministrativo*, 4, relazione discussa al XIX Congreso Iberoamericano de profesores de derecho administrativo "Crisis económica y crisis del estado del bienestar. El papel del derecho administrativo", Madrid, 18-20 ottobre 2012 (reperibile in [http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/\\_docs/ponenias/Napolitano.%20Crisi%20economica%20e%20ruolo%20del%20diritto%20amministrativo.pdf](http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/_docs/ponenias/Napolitano.%20Crisi%20economica%20e%20ruolo%20del%20diritto%20amministrativo.pdf)). Per un quadro delle misure adottate da altri Paesi europei, lo stesso Autore rinvia al dossier da lui curato *La crisi del debito sovrano e le misure di "riduzione dello Stato"*, in *questa Rivista*, 2010, 12, 1303 ss.

(4) In proposito, vedi la lettera del Presidente del Consiglio indirizzata all'Unione Europea del 26 ottobre 2011 e il conseguente Report *Addressing Italy's high-debt/low-growth challenge* del 29 novembre 2011, con cui il Commissario europeo agli Affari economici, in collaborazione con la Banca Centrale Europea, aveva provveduto ad una valutazione della situazione italiana.

(5) A riguardo, vedi G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, e R. Pe-  
(segue)

## Opinioni

# Contratti pubblici

È in questo contesto che devono essere lette le misure e gli strumenti contenuti (principalmente ma non solo) nei due decreti sulla *spending review* adottati dal Governo Monti e che possono essere discusse le previsioni che questi provvedimenti dedicano agli acquisti pubblici (6). Tale settore, infatti, è stato individuato come uno degli ambiti di intervento dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 maggio 2012, definita sulla base dei risultati evidenziati nel rapporto "Elementi per una revisione della spesa pubblica" (7). Nel documento si è stimata, in particolare, la sussistenza di una quota di spesa "aggredibile", attraverso il processo di *spending review*, di circa 295 miliardi di euro di cui ben 135 relativi all'approvvigionamento di beni e servizi (8).

In questo contesto, la centralizzazione delle procedure di appalto è da tempo indicata quale processo in grado di favorire efficacemente non solo la riduzione ma anche il controllo della risorse pubbliche impiegate (9). Gli argomenti a sostegno di tale affermazione sono numerosi. Tra i più significativi si segnala la realizzazione di economie di scala quale conseguenza del più ampio volume dell'oggetto di appalto, da cui discende sia la riduzione di prezzo dei beni acquistati, sia l'offerta di servizi a costi minori (10). Ma la centralizzazione ha anche la capacità di ridurre il numero di entità organizzative coinvolte nell'esercizio della funzione amministrativa e, così facendo, porta a diminuire il costo del controllo sulla regolarità formale delle procedure nonché ad accrescere l'efficacia dei controlli interni. I centri di responsabilità, infatti, sono più chiaramente individuati e questo può favorire anche la prevenzione di fenomeni corruttivi e di malamministrazione (11). Infine, la centralizzazione può essere veicolo di stimolo per l'innovazione delle imprese che partecipano alle procedure e, nel complesso, per i relativi mercati di riferimento (12). Le decisioni assunte dalle centrali di committenza, infatti, determinando i livelli di qualità e di prezzo con riferimento ad ampie categorie merceologiche, sono in grado di indirizzare, in questi comparti, anche le scelte effettuate da amministrazioni non aggregate (13).

### Note:

(segue nota 5)

rez, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact*, in questa Rivista, 2012, 5, 461 ss. e 469 ss.

(6) Si fa qui riferimento al d.l. n. 52/2012 (convertito nella l. n. 94/2012) e al d.l. n. 95/2012 (convertito nella l. n. 135/2012), su cui si vedano, rispettivamente, AA.VV., *Le nuove misure di controllo della spesa pubblica*, in questa Rivista, 2012, 10, 917 ss.,

(in particolare, M. Di Folco, *Gli acquisti pubblici e gli appalti*, p. 923 e ss.) e AA.VV., *Il decreto «spending review»*, in questa Rivista, 2012, 12, 1161 e ss. Una ricostruzione sintetica di tutti i provvedimenti dedicati dal Governo Monti a tale processo è contenuta in G. Mazzantini, *La lunga strada della spending review*, in A.VV., *Il decreto «spending review»*, cit., 1163 e ss.

(7) La direttiva, recante "Indirizzi operativi ai fini del contenimento della spesa pubblica" (G.U. n. 170 del 23 luglio 2012), ha previsto la necessità di una riduzione delle uscite per un ammontare di 4,2 miliardi di euro in relazione all'anno 2012 e il concorso, a tale obiettivo, di tutte le amministrazioni pubbliche. Nel settore degli appalti pubblici, il provvedimento ha fatto riferimento, in particolare, alla «riduzione in termini monetari della spesa per acquisto di beni e servizi anche...attraverso una più adeguata utilizzazione delle procedure espletate dalle centrali di acquisto».

(8) Vedi pp. 20-21 del c.d. Rapporto Giarda (in [www.camera.it/temiap/Revisione\\_spesa\\_Rapporto%20Giarda%208%20maggio%202012.pdf](http://www.camera.it/temiap/Revisione_spesa_Rapporto%20Giarda%208%20maggio%202012.pdf)). Un dettaglio della ripartizione di spesa tra i livelli di governo è contenuto nella tabella n. 9. Fa riferimento ai dati riportati anche M. Macri, *Il nuovo sistema di acquisti di beni e servizi*, in questa Rivista, 2012, 12, 1167.

(9) In proposito si veda, ad esempio, L. Fiorentino, *Le spese di funzionamento delle pubbliche amministrazioni*, in questa Rivista, 2013, 4, in specie 353 e 355.

(10) Vedi in proposito OECD, *Centralised purchasing systems in the European Union*, Sigma papers, 2010, 47, OECD Publishing (in [www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasing-systems-in-the-european-union\\_5kgkgqv703xw-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasing-systems-in-the-european-union_5kgkgqv703xw-en)), pp. 17-19. Ma anche nel citato Rapporto Giarda si è sostenuto che «le procedure di acquisto della pubblica amministrazione possono essere profondamente innovate al fine di portare a prezzi di acquisto relativamente uniformi sul territorio» (p. 5).

(11) In generale, appare significativo l'ampliamento dei possibili strumenti applicabili nell'ambito delle procedure di aggiudicazione disposto dalle direttive comunitarie e dal Codice degli appalti, tra cui vi sono le centrali di committenza: viene così favorita una maggiore apertura concorrenziale e una più ampia flessibilità operativa in relazione ai singoli settori di interesse. Vedi A. Vanucci, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G. D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 294. Sul tema più in generale, vedi i recenti scritti di G. M. Racca, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B. G. Mattarella - M. Pelissero (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 125 e ss.; F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, 177 e ss.; M.A. Sandulli - A. Cancrini, *I contratti pubblici*, in F. Merloni - L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 437 e ss.

(12) Lo sostiene G. M. Racca, *Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance*, paper discusso alla *IV International Public Procurement Conference, 2010*, Corea, par. 1 (in [www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/18TransparencyAccountabilityinProcurement/Paper18-13.pdf](http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/18TransparencyAccountabilityinProcurement/Paper18-13.pdf)).

(13) Vedi ancora G. Racca, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Fofo Tar*, 2010, 7-8, 1744. Una più ampia discussione sugli argomenti in favore della centralizzazione degli acquisti pubblici è contenuta in OECD, *Centralised and Decentralised Public Procurement*, Sigma Papers, 2000, 29, OECD Publishing (in <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60w5dxr1-en>) (si vedano, in specie, 6-7). In merito, vedi anche N. Dimitri - F. Dini - G. Piga, *When Should Procurement Be Centralized?*, in N. Dimitri - G. Piga - G. Spagnolo (a cura di), *Handbook of Procurement: Auctions, Contracting, Electronic Platforms and Other Current Trends*, Cambridge, 2006, 47 e ss.

Il ricorso a forme di centralizzazione, tuttavia, se male concepito (come accaduto in Italia nella prima fase di introduzione del sistema Consip) (14), può stimolare la formazione di intese restrittive della concorrenza nonché contribuire a generare effetti distorsivi sull'attività delle piccole e medie imprese (15). Queste conclusioni, che tendono maggiormente a verificarsi laddove le procedure di aggregazione impongono alle imprese di possedere una organizzazione nazionale o, addirittura, multinazionale oppure, ancora, richiedono requisiti di capacità non necessari, possono essere evitate se, nella costruzione del sistema di centralizzazione, si tiene conto delle differenti condizioni di mercato di ciascun settore interessato. In tal modo, nel complesso, il sistema opera in modo da perseguire adeguati livelli di concorrenza tra le imprese (16).

Nel diritto italiano, la centralizzazione dei processi di acquisto è stata perseguita anche attraverso la disciplina e la promozione delle centrali di committenza (17). La diffusione di tale modello organizzativo rappresenta una risposta sia alle richiamate esigenze di contenimento della spesa pubblica, sia alle (ormai non più contingenti) politiche di razionalizzazione organizzativa e di semplificazione procedurale (18).

La figura è stata prevista per la prima volta dalla l. n. 488/1999 (legge finanziaria 2000), che ha avviato il funzionamento del sistema Consip. È stata poi regolata a livello comunitario e, infine, generalizzata dal d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. Codice dei contratti) nonché, quasi contestualmente, da alcune leggi finanziarie. A seguito della riforma costituzionale del 2001, l'utilizzo delle centrali è stato influenzato dal principio di leale collaborazione tra livelli di governo, che ha ispirato il processo di attuazione del Sistema a rete previsto dalla l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007). In una seconda fase, tuttavia, sono prevalse le esigenze statali di contenimento e riduzione della spesa pubblica: l'opzione per modelli di centralizzazione degli acquisti pubblici è divenuta, in particolare per i piccoli comuni, una scelta pressoché obbligata per la gestione della funzione negoziale nella sua interezza. Il d.l. n. 201/2011 (c.d. decreto "salva Italia") ha, infatti, introdotto una peculiare forma di accentramento per la gestione delle procedure ad evidenza pubblica negli enti locali di minori dimensioni, al fine di operare una riduzione dei costi derivanti dalla frammentazione della fase procedimentale fra un numero ingente di stazioni appaltanti.

Per comprendere la reale portata di questo vincolo e porre in evidenza i problemi applicativi derivanti dalla sua introduzione è necessario, innanzitutto,

rintracciare le norme europee e nazionali sulle centrali di committenza che possono condizionarne l'applicabilità e che sono di riferimento per le istituzioni territoriali coinvolte (19). In secondo luogo, la previsione di cui al citato decreto del 2011 sarà contestualizzata nell'ambito delle altre norme che, negli ultimi anni, hanno introdotto nuovi obblighi associativi per gli enti locali finalizzati ad ottimizzare l'organizzazione e il funzionamento. Saranno poi esposti i principali problemi emersi con l'adozione della previsione in esame, in merito ai

---

#### Note:

(14) Per una ricostruzione del modello organizzativo adottato per gli acquisti pubblici dalla fine del 1800 all'avvio del sistema Consip, vedi S. Zuccolotto - L. Minganti, *Evoluzione storica del processo di acquisto della pubblica amministrazione*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, 47 e ss. Con specifico riferimento all'evoluzione di tale modello nel settore sanitario, si veda G. M. Racca, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in A. Pioggia - M. Dugato - G. M. Racca - S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008, 264 e ss.

(15) Vedi G. Napolitano - M. Abbrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 96. Il problema è ora espressamente considerato anche nel diritto europeo. Si veda, in specie il punto 59 delle premesse della nuova direttiva europea sugli appalti pubblici COM(2011)0896, che sostituirà la direttiva 2004/18/CE, laddove, nel testo approvato il 15 gennaio scorso, si precisa che «l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI».

(16) In proposito, R. Cavallo Perin - M. G. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 350-351. È in questa direzione che muove la previsione di cui all'art. 1, c. 2, del d.l. n. 95/2012, che ha modificato l'art. 1, c. 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006 a mente del quale, sulla scia di quanto già previsto dall'art. 13, c. 5, della l. n. 180/2011 (c.d. Statuto delle imprese), «i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese» e, dunque, sono «illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale». Il principio di proporzionalità dei requisiti economico - finanziari nelle procedure di gara viene così ribadito e rafforzato, essendo ora necessario motivare adeguatamente anche la sola fissazione di un certo livello di fatturato.

(17) Si tratta, invero, di una delle possibili modalità con cui può essere attuata la centralizzazione delle procedure di appalto che, per esempio, può fondarsi anche su accordi quadro, sull'organizzazione di gruppi di acquisto, sulla stipulazione di convenzioni dedicate. Vedi OECD, *Centralised and Decentralised Public Procurement*, cit., 7.

(18) Vedi R. Tomei - V. D. Sciancalepore, *Centrali di committenza (dir. amm.)*, in *Dig. Disc. Pubbl., agg.*, Tomo I, Torino, 2000, 177.

(19) Non saranno, quindi, considerati i numerosi provvedimenti che regolano il sistema Consip, né sarà indagata la relazione che intercorre tra quest'ultimo e le diverse categorie di amministrazioni di volta in volta vincolate a farvi ricorso, a meno che non si tratti di disposizioni che coinvolgono anche i piccoli comuni.

## Opinioni

# Contratti pubblici

quali la Corte dei conti ha fornito alcune rilevanti chiavi interpretative.

### Le centrali di committenza nel diritto comunitario e nazionale

Nel diritto europeo, il primo riferimento normativo organico in materia di centrali di committenza si deve alla direttiva 18/2004/CE del 30 aprile 2004. Questo provvedimento non ha introdotto tale strumento ex novo ma ne ha disciplinato l'uso, così legittimando un modulo organizzativo già utilizzato in diversi Stati membri e grazie al quale si erano ottenuti «un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica» (20).

Il provvedimento definisce la centrale di committenza come «un'amministrazione aggiudicatrice che: acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici» (21). Dunque, in modo non dissimile dall'impostazione poi ripresa dal d.lgs. n. 163/2006, alle centrali di committenza è riconosciuta la natura di amministrazioni aggiudicatrici.

Inoltre, l'ipotesi dell'acquisto diretto di forniture e servizi destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici è chiaramente distinta da quella dell'aggiudicazione diretta di appalti o dalla conclusione di accordi quadro in favore delle medesime amministrazioni. Le due funzioni non sono antitetiche e possono coesistere: gli Stati membri hanno, a riguardo, piena discrezionalità sia nel decidere, a monte, se utilizzare o meno una centrale di committenza, sia in merito alla definizione concreta del relativo modello giuridico e dei compiti alla stessa assegnati (22). In generale, quindi, la funzione di acquisto può essere strutturata con l'istituzione di una o più centrali, può essere esercitata con gli altri mezzi previsti dalla direttiva richiamata o, ancora, la centralizzazione delle procedure di acquisto può avvenire, contestualmente, con l'uso di più strumenti tra quelli consentiti (23). Ciò che rileva, tuttavia, è che, nel caso in cui si ricorra al modello organizzativo in esame, il suo operato può essere legittimo rispetto ai contenuti delle disposizioni comunitarie soltanto se queste, a loro volta, sono state rispettate dalla centrale di committenza nello svolgimento delle proprie attività (24).

La nuova direttiva appalti non innova circa i due modi indicati di esercizio delle attività di centralizzazione delle committenze, che sono però considerate quali attività svolte su base permanente dalle centrali, a differenza delle nuove attività di committenza ausiliarie (25).

#### Note:

(20) Così il considerando 15 della direttiva. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, il modello Consip era stato disciplinato già dalla l. n. 488/1999. Sui modelli di centralizzazione adottati in Europa, vedi il paper OECD, *Centralised purchasing systems in the European Union*, cit. Più in generale, vedi *Public Procurement Network, The comparative survey on the national public procurement system across the PPN*, 2010 (reperibile in [www.publicprocurementnetwork.org](http://www.publicprocurementnetwork.org)), che descrive i modi di organizzazione e funzionamento delle centrali di committenza nei numerosi Paesi esaminati (27 Stati membri e 4 Stati non europei), quando istituite. Sulle centrali di committenza, come delineate dalla Dir. 18/2004/CE e dal d.lgs. n. 163/2006 (su cui *infra*), anche con riferimento alla disciplina del sistema Consip, vedi L. Fiorentino, *Le centrali di committenza*, in L. Fiorentino - C. Lacava (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, *Quaderno Gior. dir. amm.*, Milano, 2004, 9, 63 e ss.; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 172 - 178; Id., *Le centrali di committenza*, in R. Garofoli - M. A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 261 e ss.; Id., *Le centrali di committenza*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, tomo II, 607 e ss.; G. Morbidelli - M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in M.P. Chiti - G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte spec., tomo I, 435 - 437; C. Iaione, *L'ambito oggettivo e soggettivo (artt. 3; 28-33; 14-15; 53)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 204 ss.; C. Acocella, *Art. 33 - Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 470 e ss. Per un inquadramento di questo modello organizzativo nell'ambito delle tendenze che hanno modificato il tradizionale sistema degli appalti pubblici, vedi G. della Cananea, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Milano, 2007, in particolare 384 e 396-403. Dello stesso Autore vedi, in precedenza, Id. (a cura di), *I mercati dell'amministrazione. Le nuove procedure per l'acquisto di beni e servizi*, Milano, 2005.

(21) Art. 1, par. 10, della direttiva 2004/18/CE.

(22) Art. 11 della direttiva 2004/18/CE.

(23) Il considerando 16 della direttiva 2004/18/CE, infatti, richiama anche gli accordi quadro, i sistemi dinamici di acquisizione, le aste elettroniche e il dialogo competitivo. La nuova direttiva europea sugli appalti pubblici, pur lasciando impregiudicata la discrezionalità degli Stati membri circa le procedure da impiegare, esprime una preferenza per quelle negoziate e per il dialogo competitivo, più funzionali nel garantire la concorrenza, anche con gare transfrontaliere. Vedi in merito il punto 42 delle premesse a mente del quale «È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, .... È opportuno ...ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti».

(24) Vedi ancora l'art. 11 della Dir. 2004/18/CE. A riguardo, si rinvia a S. Troels Poulsen, P. Stig Jakobsen, S. Evers Kalsmose - Hjelmborg (a cura di), *EU Public procurement law*, II ed., 2012, Copenhagen, in specie 134-135 e 229-230, dove è illustrata la *Decision of the Complaints Board for Public Procurement*, 29 settembre 2003, *Unicomputer v Greve Kommune*, con cui è stato dichiarato illegittimo l'acquisto di beni informatici da parte di una centrale che non aveva seguito le procedure comunitarie.

(25) Vedi, in proposito, le nozioni di cui all'art. 2, c. 1, nn. 14-15-16 e il successivo art. 37 della direttiva, nel testo approvato il 15 gennaio scorso.

Il legislatore italiano ha recepito il modello in esame nell'ambito della più ampia disciplina dei contratti pubblici, similmente a quanto avvenuto, ad esempio, nel sistema francese (26). La definizione accolta nel Codice dei contratti è pressoché identica a quella contenuta nella direttiva 2004/18/CE, anche con riferimento ai modelli di centrale ivi previsti (27). Sono poi fornite alcune precisazioni in merito alla possibilità che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possano acquisire lavori, servizi e forniture ricorrendo alle centrali, anche costituendo appositi consorzi o associazioni: per gli enti territoriali il d.lgs. n. 163/2006 ha confermato, quindi, il carattere opzionale del ricorso alla centralizzazione delle procedure di appalto (28).

Nel nostro ordinamento, le centrali di committenza sono state oggetto anche di altri provvedimenti settoriali che si sono occupati dell'ammissibilità di una loro costituzione a livello regionale e locale, dell'uso di questo strumento per la prevenzione della corruzione, del ruolo delle centrali nella fase di esecuzione del contratto e dello sviluppo degli strumenti di *e-procurement* e dei mercati elettronici.

Quanto al primo punto, posto che già l'intervento di generalizzazione della figura operato dal legislatore comunitario avrebbe legittimato gli enti pubblici non statali ad avvalersi delle centrali di committenza (29), la normativa statale ha eliminato ogni dubbio prevedendo (già alcuni mesi prima dell'adozione del Codice e, quindi, dell'espresso recepimento del disposto europeo) che le aggregazioni di enti locali (o, comunque, di enti decentrati di spesa) potessero espletare la funzione di centralizzazione della domanda in favore delle amministrazioni e degli enti regionali o locali con sede nel relativo territorio (30). Successivamente, la l. n. 296/2006 ha previsto, con norma di impulso, che le regioni potessero costituire, anche associandosi tra loro, centrali di committenza operanti sul modello delineato dal d.lgs. n. 163/2006 e aventi come destinatari le amministrazioni e gli enti con sede sul territorio regionale (31). Si tratta, come detto, di un intervento con carattere promozionale che ha formalizzato la facoltà di utilizzare uno strumento di cui le regioni già si avvalevano diffusamente (32). Nello stesso periodo è stata, inoltre, indirettamente legittimata la possibilità che le centrali regionali fossero costituite anche in forma di società per azioni: tali soggetti, infatti, sono stati esentati dai vincoli operativi introdotti, in generale, per le società pubbliche strumentali (33). Successivamente, l'art. 1, c. 457, della l. n. 296/2007 ha istituito un Sistema a rete operante sull'intero territorio nazionale, composto

dalle centrali di committenza regionali e dalla Consip. La concreta attuazione di questo modello collaborativo, finalizzato a perseguire l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e la realizzazione di sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici, è stata avviata celermente, ma non è stata portata a compimento (34).

#### Note:

(26) Sui caratteri delle centrali di committenza nel sistema francese, si veda O. Guézou, *Les centrales d'achat dans le nouveau code*, in *Act. Jur. Droit Ad.*, 2004, 7, 371 e ss.

(27) Art. 3, c. 34, del d.lgs. n. 163/2006.

(28) Art. 33 del d.lgs. n. 163/2006. In proposito, la giurisprudenza ha ritenuto imprescindibile la sussistenza di una inequivoca e chiara volontà dell'amministrazione di avvalersi del sistema Consip, scelta effettuata in luogo dell'indizione di una gara gestita direttamente dalla stessa amministrazione e di interesse per "il mercato locale di servizi, composto d'impresе di medie o piccole dimensioni" (Tar Puglia, Bari, sez. I, 6 maggio 2009, n. 1038). La volontà degli organi di indirizzo dell'ente deve, peraltro, dimostrare che l'adesione alle convenzioni Consip è il sistema più conveniente e opportuno cui far ricorso, il che potrebbe non accadere se con lo svolgimento di un tradizionale procedimento ad evidenza pubblica si ottengano consistenti risparmi di spesa: ciò a salvaguardia del principio di economicità delle scelte gestionali (Tar Puglia, Bari, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1800). In quest'ottica, le norme dell'ordinamento italiano non esonerano le amministrazioni aggiudicatrici dal considerare le condizioni contrattuali in un confronto comparativo con la possibilità della gara autonoma: l'acquisto centralizzato, infatti, (quando facoltativo) deve sempre rispondere al reale fabbisogno e alle esigenze oggettive dell'ente interessato (Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 5 novembre 2009, n. 1920). Pone attenzione a quest'ultimo aspetto B. Mameli, *Collegialità e trasparenza nelle gare CONSIP*, in *Urb. e app.*, 2004, 5, 602 e ss.

(29) Vedi R. Tomei - V. D. Sciancalepore, *Centrali di committenza (dir. amm.)*, cit., 186.

(30) In particolare, l'art. 1, c. 158, della l. n. 266/2005 ha assegnato alle centrali di committenza territoriali il compito di svolgere valutazioni in merito all'effettiva possibilità di utilizzare le convenzioni stipulate o gli acquisti effettuati dai singoli enti per il rispetto dei parametri di qualità e di prezzo imposti dalle convenzioni Consip.

(31) Vedi l'art. 1, c. 455, della l. n. 296/2006 la quale ha stabilito che le centrali regionali possono stipulare convenzioni di acquisto con i fornitori, cui poi accedono le amministrazioni interessate (similmente a quanto fa Consip), così prediligendo uno dei due modelli ammessi dalla direttiva comunitaria e dalle norme nazionali.

(32) A riguardo, sia consentito rinviare a F. Di Lascio, *Le centrali di committenza regionali*, in L. Fiorentino (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale*, Bologna, 2011, 135 e ss., e, prima ancora, a F. Di Lascio, *L'acquisto di beni e servizi nel vigente sistema delle competenze legislative*, in *questa Rivista*, 2006, 5, 475 e ss.

(33) L'art. 13, c. 1, del d. l. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani) ha, infatti, escluso dal suo campo di applicazione i «servizi di committenza e delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici».

(34) Lo sviluppo del sistema a rete è stato imputato alla Conferenza Stato-regioni che, nel quadro e nei limiti imposti dal patto di stabilità interno, avrebbe dovuto adottare, con cadenza an-

(segue)

## Opinioni

# Contratti pubblici

Con riferimento al secondo profilo considerato, l'art. 13 della l. n. 136/2010, nell'ambito del Piano straordinario contro le mafie, ha promosso «l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose». In sua attuazione è stato emanato il d.P.C.M. 30 giugno 2011, recante indicazioni operative sull'organizzazione e il funzionamento delle SUA (35). Il regolamento ha stabilito che le SUA hanno natura giuridica di centrale di committenza, ma non ha posto stringenti vincoli riguardo alla forma giuridica che queste devono assumere (36).

Con riferimento al terzo aspetto, sono di rilievo generale alcune disposizioni contenute nel d.P.R. n. 207/2010 (c.d. "Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti"). Ci si riferisce, in primo luogo, all'art. 274 del provvedimento il quale, nel prevedere la figura del responsabile del procedimento per gli acquisti tramite centrali di committenza, ha disposto che queste possano acquisire in via telematica dati, informazioni e documentazione in ordine alla fase di esecuzione del contratto, anche in rapporto alle modalità tecniche e procedurali per la qualificazione dei contraenti generali. Il successivo art. 312 ha stabilito, invece che, fermi gli obblighi vigenti in capo alle stazioni appaltanti, «le centrali di committenza possono svolgere attività di supervisione e controllo ... al fine di accertare la piena e corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali rese dall'affidatario a favore delle stazioni appaltanti». Ma, a conferma dell'importanza riconosciuta alla razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi in rapporto al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, le centrali di committenza sono state oggetto anche di disposizioni contenute nei provvedimenti della manovra finanziaria per il periodo 2012-2014. Tra le previsioni di maggiore impatto per gli enti locali, si segnala, innanzitutto, l'art. 11 del d.l. n. 98/2011 che ha previsto l'avvio, da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, di un piano volto all'ampliamento della quota di spesa per gli acquisti di beni e servizi gestiti attraverso il sistema a rete (37). Vi sono poi le disposizioni contenute nei due decreti sulla *spending review*, che hanno apportato diverse modifiche al sistema del *procurement* pubblico, alcune direttamente incidenti sul ruolo riconosciuto alle centrali di committenza. In proposito, si è già fatto cenno alla nomina del Commissario straordinario per la *spending review* ad opera del d.l. n. 52/2012, soggetto al quale era stata imputata, in un primo momento, la

### Note:

(segue nota 34)

nuale, specifici programmi di attività. Il primo atto adottato in tal senso è stato l'Accordo n. 11/CSR del 24 gennaio 2008, volto alla sua costituzione, cui ha fatto seguito l'Accordo n. 15/CSR del 24 gennaio 2008, istitutivo di un tavolo tecnico paritetico cui sono state conferite le funzioni istruttorie per la realizzazione del sistema a rete. Le disposizioni, come detto, sono rimaste sostanzialmente inattuato. Il cospicuo ritardo nell'attuazione del sistema a rete è stato rilevato anche dall'Avcp, nel "Censimento ed analisi dell'attività contrattuale svolta nel biennio 2007-2008 dalle Centrali di Committenza Regionali e verifica dello stato di attuazione del sistema a rete", approvato nell'adunanza del 27-28 gennaio 2010, 10. Un possibile riavvio del processo si era profilato con la previsione del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisti di beni e servizi ad opera dell'art. 2 del d.l. n. 52/2012, tra i cui poteri vi era anche la promozione dello sviluppo del sistema a rete (art. 5, c. 7-bis, introdotto dalla l. n. 94/2012 in sede di conversione). Tuttavia, l'art. 49-bis del d. l. n. 69/2013 (convertito dalla l. n. 98/2013), che ha ridisciplinato la figura abrogando le precedenti disposizioni, ha ommesso tale riferimento, assente peraltro anche dal programma di lavoro presentato dal nuovo Commissario, nominato il 4 ottobre 2013.

(35) Il modello delle SUA non è nuovo nel nostro ordinamento: ad esempio, la l. n. 26/2007 della Regione Calabria aveva già istituito un'autorità regionale con funzioni simili e non mancano all'attivo esperienze anche di livello infraregionale, come nel caso della SUA istituita dalla Provincia di Crotone o dalla Provincia di Caserta. Si tratta, però, di forme organizzative che non sempre presentano strette similitudini, quanto alle funzioni svolte, con il modello in esame.

(36) Piuttosto, potranno aversi centrali di committenza che non sono SUA, ad esempio perché preesistenti o perché costituite al di fuori delle disposizioni in esame (che, si ricorda, hanno carattere promozionale e non cogente). Spetta, dunque, ai soggetti interessati individuare il miglior modello strutturale attraverso cui dar vita al nuovo soggetto giuridico, nei limiti indicati dalle disposizioni specificamente riferite a taluni livelli territoriali o ad alcune categorie di amministrazioni. Il regolamento contiene, inoltre, disposizioni di interesse riguardo ai possibili compiti delle SUA, tra cui si segnala la previsione per cui le stesse devono occuparsi della gestione della procedura di gara, collaborando con gli enti aderenti, e possono procedere all'aggiudicazione dei contratti anche in relazione alla realizzazione di lavori pubblici e non soltanto con riguardo agli appalti di servizi e forniture. Inoltre, su richiesta delle Prefetture territorialmente competenti, le SUA devono fornire ogni dato e informazione utile a fini di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata. Così facendo, le prime possono ottenere da un solo referente le informazioni e i dati inerenti tutte le procedure ad evidenza pubblica svolte nel territorio regionale, con un evidente ausilio al sistema di prevenzione e repressione delle condotte illegali. In quest'ottica, la delibera Corte dei conti n. 89/2013, sez. contr. Basilicata, ha ritenuto che i fini di garanzia della trasparenza, regolarità ed economicità nella gestione dei contratti impongono, nel caso di un ente locale che abbia aderito alla SUA, che l'affidamento avvenga attraverso di essa anche per contratti sotto soglia, salvo diversamente disposto dalla convenzione che regola il rapporto tra i due soggetti.

(37) A tal fine, si dispone la pubblicazione, con cadenza trimestrale, delle categorie merceologiche oggetto del piano sul sito "[www.acquistinretepa.it](http://www.acquistinretepa.it)" nonché il rafforzamento del ruolo di Consip nel supporto alla razionalizzazione dei processi di approvvigionamento (c. 1). È, inoltre, perseguita la finalità di incentivare gli acquisti in via telematica attraverso la messa a disposizione, del sistema informatico del Ministero dell'economia e delle finanze (c. 2). Ma la costruzione del sistema, come detto, è agli esordi e, dunque, l'operatività di queste norme non ha avuto decorrenza immediata.

definizione del livello di costo massimo per beni e servizi nonché il monitoraggio e coordinamento delle attività di acquisto (38). In secondo luogo, l'art. 7, c. 2, del primo decreto richiamato ha imposto alle amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 (tra cui vi sono anche gli enti locali), il ricorso al Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (Mepa) gestito da Consip o, in alternativa, ai mercati elettronici istituiti da altre centrali di committenza, per gli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria (39). Infine, il d.l. n. 95/2012, al fine di "massimizzare" gli effetti derivanti dagli acquisti centralizzati a livello statale e regionale (40), ha individuato alcune categorie merceologiche di beni tendenzialmente standardizzabili (e, come tali, suscettibili di incidere in modo particolare sul contenimento della spesa pubblica), per le quali ha sancito l'obbligo di ricorrere alle convenzioni o agli accordi quadro stipulati da Consip o dalle centrali regionali (41). La stessa disposizione ha ammesso che, in alternativa, l'acquisto possa avvenire con procedure autonome esperite mediante sistemi telematici resi disponibili dalle stesse stazioni appaltanti (42). Tale vincolo può essere derogato solo per gli affidamenti effettuati attraverso altre centrali o con procedure che prevedano corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle suddette convenzioni e accordi (43).

Gli enti territoriali si trovano, pertanto, ad essere destinatari di due disposizioni di non semplice coordinamento. In via generale, è data loro la facoltà di ricorrere alle convenzioni stipulate da Consip o dalle altre centrali o, in alternativa, di rispettare i parametri di prezzo e di qualità da queste indicati nella stipulazione dei contratti aggiudicati con procedure autonome (44). Ma questa previsione diventa un obbligo con riferimento alle procedure di acquisto che hanno ad oggetto le categorie di beni indicate dal d.l. n. 95/2012, il cui mancato rispetto espone i funzionari inadempimenti alle sanzioni previste dalla norma e al possibile intervento della magistratura contabile (45).

#### Note:

(38) Ai sensi degli artt. da 2 a 6 del d.l. n. 52/2012. La previsione, prima modificata dall'art. 1, c. 10, del d.l. n. 95/2012 (che aveva sancito l'obbligo delle centrali di comunicare al Commissario e alla Consip le informazioni inerenti i contratti quadro e le convenzioni stipulate), è stata abrogata dall'art. 49-bis, c. 9, del d.l. n. 69/2013 (convertito dalla l. n. 98/2013). Lo stesso decreto ha inciso anche sulla laconica previsione di cui al c. 11 del suddetto art. 1, secondo cui il Commissario avrebbe dovuto istituire un elenco delle centrali di committenza esistenti, avvalendosi di Consip del quale, tuttavia, non erano chiare né la finalità, né l'utilità.

(39) Così dopo la modifica all'art. 1, c. 450, della l. n. 296/2006. Per incentivare questa previsione l'art. 11, c. 1, del d.l. n. 52/2012 ha sancito anche la modifica dell'art. 11, c. 10-bis, lett. b, del d.lgs. n. 163/2006, inserendo gli acquisti effettuati con la modalità da ultimo indicata tra le ipotesi che permettono di non applicare il termine di 35 giorni ordinariamente previsto per l'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva. L'incentivazione dei sistemi elettronici di acquisto è molto avvertita a livello europeo: sul tema vedi la Comunicazione della commissione europea intitolata "A strategy for e-procurement" del 20 aprile 2012 (in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/e-procurement/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement/index_en.html)). In dottrina, vedi L. Fiorentino, *Gli acquisti on line, in questa Rivista*, 2002, 6, 585 e ss.; D. Colaccino, *Piano strategico per l'implementazione dell'e-procurement. Spunti di riflessione*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, 307 e ss.; F. Nucara, *Le aste elettroniche e gli altri strumenti per l'e-procurement pubblico*, in F. Saitta (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 679 e ss.; A. Masucci, *Le aste elettroniche e la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione*, in *questa Rivista*, 2013, 3, 317 e ss. Per un quadro dei volumi e delle dinamiche di spesa effettuate, a partire dal 2005, attraverso il Mepa, vedi F. Antellini Russo - R. Zampino, *Le acquisizioni di beni e servizi sotto soglia attraverso il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione*, Quaderni Consip, 2013, 1 (in [www.consip.it/on-line/Home/Pressroom/QuaderniConsip/QuaderniConsip2013.html](http://www.consip.it/on-line/Home/Pressroom/QuaderniConsip/QuaderniConsip2013.html)). Vedi, inoltre, la Relazione su "L'attività contrattuale delle amministrazioni statali attraverso il mercato elettronico; benefici in termini di costi nonché con riguardo alle tempistiche e alle esigenze di trasparenza delle relative procedure di acquisto" della Corte dei conti, Sez. centr. contr., (approvata con del. n. 3/2013/G), che espone gli esiti del controllo svolto sui modi del ricorso, da parte delle amministrazioni centrali, al mercato elettronico e agli altri strumenti informatici di acquisto nel periodo 2009 - 2011 e da cui emerge un generale apprezzamento nei confronti del sistema di e-procurement senza, tuttavia, che a ciò sia correlata una quantificazione dei risparmi di spesa effettivamente conseguiti.

(40) Vedi M. Macri, *Il nuovo sistema di acquisti di beni e servizi*, in *questa Rivista*, cit., 1169.

(41) Art. 1, c. 7, d.l. n. 95/2012.

(42) Si tratta di energia elettrica, gas, carburanti rete ed extra-rete, combustibili per riscaldamento e telefonia fissa e mobile.

(43) In questo caso, però, i contratti stipulati devono essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguare i corrispettivi in caso di intervenuta disponibilità di convenzioni che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico. Diversamente, la fattispecie rileva quale ipotesi di responsabilità disciplinare nonché ai fini del danno erariale. Peraltro, l'art. 1, c. 8, del d.l. n. 95/2012 ha previsto, più ampiamente, che i contratti stipulati in violazione di precetti richiamati sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa.

(44) Sulla legittimità di effettuare il giudizio di congruità coi parametri Consip dopo la scelta del contraente, vedi Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557, con nota di S. Ponzio, *La verifera congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip s.p.a. negli appalti pubblici di forniture e servizi*, in *Foro amm.- CdS*, 2009, 10, 2356 e ss., e di I. Pagani, *Appalti di forniture e "anomalia esterna" rispetto alle previsioni del Codice dei Contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2009, 5, 594 e ss. Per la configurazione del danno da perdita di chance nei confronti di una impresa in ragione del ricorso ad una convenzione Consip in assenza di un adeguato raffronto comparativo tra le condizioni ivi stabilite e quelle contenute nell'offerta della suddetta impresa, si veda invece Corte dei Conti, sez. giur. Lazio, sentenza 6 aprile 2011, n. 572.

(45) Sulla configurazione del danno erariale per mancata realizzazione di economie perseguibili attraverso l'adesione alle con-

(segue)

## Opinioni

# Contratti pubblici

La disciplina delle centrali di committenza, come si è visto, ha un tratto comune nel diritto europeo e in quello nazionale, rappresentato dalla finalità di accrescere l'efficacia dei processi pubblici di acquisto. Tuttavia, la stessa si connota per un profilo di specialità a seconda del contesto in cui è adottata: nel diritto europeo è evidente l'obiettivo di promuovere la concorrenza, mentre nel diritto interno è ormai preponderante la finalità di contenere e di ridurre la spesa pubblica, ciò, come si vedrà, anche a costo di limitare il potere di autorganizzazione degli enti locali.

### La centralizzazione obbligatoria degli appalti per i piccoli comuni

In questo contesto l'art. 23, c. 4, del d.l. n. 201/2011 ha previsto una nuova modalità di gestione accentrata degli appalti per i comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia. La disposizione indicata, aggiungendo il c. 3-bis all'art. 33 del d.lgs. n. 163/2006, ha stabilito che, a partire dal 31 dicembre 2013, le amministrazioni comunali indicate dovranno avvalersi di una centrale di committenza unica per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture (46).

Le modalità attraverso cui il processo deve svilupparsi sono due: i comuni possono avvalersi delle unioni dei comuni già esistenti oppure possono sottoscrivere un apposito accordo consortile, dando così vita ad un nuovo soggetto giuridico sulla base delle regole indicate dal Tuel. Queste possibilità devono essere integrate alla luce di quanto disposto dall'art. 1, c. 4, del d.l. n. 95/2012, che ha aggiunto un ulteriore periodo al già richiamato c. 3-bis ammettendo che, in alternativa al modello della centrale di committenza, i comuni possano avvalersi degli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di riferimento, possano aderire alle convenzioni stipulate da Consip o possano ricorrere al Mepa (47).

La complessità applicativa della previsione riportata appare con evidenza nel momento in cui la stessa viene collocata nel quadro degli altri interventi normativi volti a razionalizzare, a fini di contenimento della spesa pubblica, le procedure di *procurement* nel loro complesso nonché l'organizzazione degli enti territoriali di minore dimensione. A partire dal 2010, infatti, il legislatore ha introdotto diverse disposizioni atte, da un lato, a ridefinirne l'articolazione e il funzionamento, e dall'altro ad imporre forme di gestione associata obbligatoria delle funzioni e dei servizi,

Innanzitutto, l'art. 14, c. 28, del d.l. n. 78/2010 ha stabilito che i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti (o fino a 3.000 abitanti se appartenenti o appartenuti a comunità montane) debbano esercitare obbligatoriamente le funzioni fondamentali di cui all'elenco provvisorio contenuto nella l. n. 42/2009, associandosi nella forma dell'unione di comuni o a mezzo di convenzione. Successivamente, l'art. 19 del d.l. n. 95/2012, modificando il c. 27 del citato articolo, ha fornito un elenco definitivo delle richiamate funzioni, ribadendo al contempo l'obbligo della gestione associata. Lo stesso decreto ha chiarito che la disciplina applicabile alle unioni così costituite è quella di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 267/2000 (48), salvo poi fissare un limite minimo demografico in 10.000 abitanti, derogabile solo con norma regionale, e imporre il rispetto del territorio provinciale di riferimento (49). Similmente, anche per le convenzioni (nel complesso regolate ai sensi dell'art. 30 del suddetto decreto) viene imposta una durata minima triennale e, alla scadenza, i comuni interessati dovranno dimostrare «il conseguimento di significativi livelli di efficacia ed efficienza nella gestione». In caso contrario, la gestione delle funzioni fondamentali

#### Note:

(segue nota 45)

venzioni Consip o il ricorso al Mepa, vedi Corte conti, sez. giur. Lazio, 14 marzo 2013, n. 264, e Corte conti, sez. giur. Lazio, 31 gennaio 2013, n. 108. Vedi, inoltre, con riferimento alla violazione dell'art. 26, c. 3, della l.n. 488/1999 che ha determinato colpa grave del funzionario e danno erariale, Corte dei Conti, sez. giur. Valle d'Aosta, sentenza 23 novembre 2005, n. 14, con nota di G. Astegiano, *Acquisto di beni e servizi da parte degli enti territoriali e responsabilità del funzionario incaricato*, in *Foro amm.* CdS, 2005, 11, 3473 e ss.

(46) Il termine in questione era stato originariamente fissato al 31 marzo 2012. In un secondo momento, l'art. 29, c. 11-ter, del d. l. n. 216/2011 (convertito dalla l. n. 14/2012) ha disposto una proroga di dodici mesi ovvero sino al 31 marzo 2013. Da ultimo, l'art. 5-ter del d.l. n. 43/2013 (inserito in sede di conversione dalla l. n. 71/2013) ha stabilito che il termine in questione fosse ulteriormente differito al 31 dicembre 2013, facendo al contempo espressamente salvi i bandi e gli avvisi di gara pubblicati a far data dal 1 aprile 2013 e fino alla data di adozione della legge di conversione del medesimo decreto (24 giugno 2013). Una ulteriore proroga è stata recentemente profilata in sede di discussione della l. n. 147/2013 (c.d. legge di stabilità), che non ha invece inciso sul termine previsto.

(47) Ribadendo, così, una facoltà già desumibile dall'interpretazione di altri disposti normativi.

(48) Vedi l'art. 14, c. 28-bis, del d. l. n. 78/2010, come introdotto dall'art. 19, c. 1, lett. d, del d. l. n. 95/2012.

(49) Lo segnala N. Pignatelli, *La centrale di committenza unica dei piccoli comuni: la gestione obbligatoriamente associata delle gare ad evidenza pubblica*, in *Lexitalia*, 2012, 3. Alle regioni è, inoltre, imputata la delimitazione della dimensione territoriale ottimale per lo svolgimento delle funzioni fondamentali, previa concertazione con i comuni interessati (art. 14, c. 30, del d.l. n. 78/2010).

dovrà necessariamente avvenire attraverso la forma dell'unione (50). A questa previsione deve aggiungersi quella di cui all'art. 16, c. 1, del d.l. n. 138/2011, che ha disciplinato le "unioni speciali" dei comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti per i quali, in alternativa a quanto previsto dal suddetto art. 14 e «condizione di non pregiudicare l'applicazione», tutte le funzioni e i servizi pubblici spettanti sulla base della legislazione vigente possono essere esercitati con un'unione di comuni, regolata in via derogatoria dallo stesso provvedimento (51).

Nelle disposizioni richiamate, il legislatore statale ha espresso con evidenza un *favor*, tra le forme associative previste dal Tuel, per le convenzioni e per le unioni di comuni, orientamento che appare coerente con la già disposta soppressione dei consorzi di funzioni (52).

### I problemi posti dal nuovo sistema

L'art. 23, c. 4, del d.l. n. 201/2011 pone diversi limiti alle amministrazioni coinvolte: un limite dimensionale, laddove fa riferimento ai comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti; un limite territoriale, poiché richiama i comuni ricadenti nel territorio della medesima provincia; un limite oggettivo, imponendo l'attribuzione ad un'unica centrale di committenza della gestione della fase procedimentale di acquisizione di lavori, servizi e forniture; un limite strutturale, poiché ammette, sotto il profilo del modello giuridico, la sola opzione tra unioni di comuni e accordi consortili (*rectius*, convenzioni) per la costituzione della centrale (53).

Ciascuno di essi è suscettibile di porre almeno un problema interpretativo.

Il limite dimensionale non chiarisce se tutti i comuni ricadenti nell'area di una certa provincia debbano necessariamente associarsi e avvalersi della centrale unica di committenza oppure se questa possa essere costituita anche con adesione parziale dei medesimi comuni (54). Ci si chiede, inoltre, se, in quest'ultimo caso, la soglia dei 5.000 abitanti diviene elemento condizionante la legittimità dell'istituzione della stessa centrale oppure se taluni comuni possono associarsi e costituirla anche se non raggiungono tale soglia demografica bensì una soglia inferiore (55).

#### Note:

(50) In merito, sarebbe dovuto intervenire un decreto del Ministro dell'interno che, ad oggi, non risulta ancora adottato. Tuttavia, tale ritardo non è in grado di compromettere l'attuazione della norma richiamata, essendo questa legata ai risultati di una gestione che, per i comuni più virtuosi, si è attivata solo di recente e solo per alcune funzioni fondamentali. Il c. 31-ter dell'art. 14, infatti, ha previsto una scadenza differenziata per il ri-

spetto dell'obbligo associativo sancito, ammettendo che i comuni potessero darvi seguito entro il 1 gennaio 2013 con riferimento ad almeno tre delle funzioni fondamentali indicate e entro il 1 gennaio del 2014 per tutte le restanti. La considerazione svolta trova conferma indirettamente nel fatto che la sanzione per l'inadempimento indicata dal successivo c. 31-*quater*, che consiste nell'intervento del prefetto e nella successiva attivazione della procedura di cui all'art. 8 della l. n. 131/2003, decorre solo con riguardo ai termini testé indicati.

(51) Inizialmente, la disposizione aveva carattere obbligatorio ed era stata oggetto di alcune critiche da parte della dottrina, che ha parlato di "quasi-soppressione dei comuni con popolazione inferiore a 1.000 abitanti". Vedi G D'Auria, *Organizzazione amministrativa e costi della politica*, in *questa Rivista*, 2012, 1, 15. Successivamente, con le modifiche introdotte prima dall'art. 29, c. 11-*bis*, del d.l. n. 216/2011 e poi dall'art. 19, c. 2, del d. l. n. 95/2012, il legislatore ha opportunamente ritenuto di trasformare il tenore cogente della previsione in una opzione facoltativa. D'altro canto, i comuni di minori dimensioni sono già interessati dalla previsione più generale di cui all'art. 14, c. 28, nonché da quella di cui all'art. 23 del d.l. n. 201/2011.

(52) Vedi art. 2, c. 186, lett. e, l. n. 191/2009. A questa previsione si aggiungeva quella di cui all'art. 9, c. 1, del d.l. n. 95/2012 che prevedeva l'obbligo di soppressione o accorpamento (con riduzione degli oneri finanziari in misura non inferiore al venti per cento) di enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica esercenti funzioni fondamentali o funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 della Costituzione. Il c. 4, del citato articolo aveva previsto, altresì, che, in caso di mancata attuazione del precetto entro il termine previsto (peraltro già oggetto di proroga ad opera dell'art. 49, c. 1, del d. l. n. 69/2013) gli enti, le agenzie e gli organismi indicati fossero soppressi e fossero nulli gli atti da questi successivamente adottati. La disposizione riportata è stata dichiarata illegittima con la sentenza n. 236/2013 della Corte costituzionale, nella quale si è ritenuto che la soppressione, riguardando «in modo indistinto tutti gli enti strumentali che svolgono funzioni fondamentali o conferite di Province e Comuni senza che questi siano sufficientemente individuati», comportasse una incertezza in merito ai soggetti destinatari della norma, tale da porre a rischio lo svolgimento delle stesse funzioni fondamentali (punto 6.1 Cons. dir.). Infine, il c. 6 dell'art. 9 poneva il divieto di istituire enti, agenzie e altri organismi per l'esercizio delle medesime funzioni fondamentali. La *ratio legis* delle previsioni che il d. l. n. 95/2012 dedicava alla razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa locale andava rinvenuta non solo nella volontà di non incrementare la presenza di comuni e province in enti e organismi, bensì anche in quella di ridurre sensibilmente quelli esistenti (delibera Corte dei conti n. 74/2013, sez. contr. Lombardia). In questo contesto poteva essere letto anche il divieto di costituire società pubbliche da parte dei comuni come meno di 30.000 abitanti, previsto dall'art. 14, c. 32, del d.l. n. 78/2010, nonché la previsione di messa in liquidazione delle società già costituite o, in alternativa, la cessione delle relative partecipazioni. Le previsioni riportate sono state, però, tutte recentemente abrogate dall'art. 1, c. 561 e c. 562, lett. a, della l. n. 147/2013.

(53) Vedi in proposito N. Pignatelli, *La centrale di committenza unica dei piccoli comuni: la gestione obbligatoriamente associata delle gare ad evidenza pubblica*, cit.

(54) Il problema è evidenziato anche nel Rapporto ITACA "Le centrali di committenza per gli appalti dei piccoli comuni", 2013, 90 (in [www.itaca.org/documenti/news/ITACA%20-%20Rapporto%20PICCOLI%20COMUNI\\_100413.pdf](http://www.itaca.org/documenti/news/ITACA%20-%20Rapporto%20PICCOLI%20COMUNI_100413.pdf)).

(55) Secondo la Corte dei conti la disposizione di cui all'art. 23, c. 4, non pone limiti demografici (anche se li pongono altre norme che potrebbero influenzare singole ipotesi associative), poiché l'aggregazione porta comunque il risultato di conseguire economie di scala rispetto alla situazione di frammentazione pregressa. Tuttavia, in merito alla natura dell'atto con cui viene costituita la centrale di committenza nel caso in cui non vi sia il ricorso all'unione, la disposizione richiamata non va riferita alle

(segue)

## Opinioni

# Contratti pubblici

Dal limite territoriale, deriva un condizionamento prospettico, connesso al discusso processo di riduzione, soppressione e razionalizzazione delle amministrazioni provinciali. L'evoluzione ordinamentale in quest'ambito, infatti, potrebbe imporre di rivedere le formule associative inizialmente prescelte nei territori interessati dai piccoli comuni. Inoltre, potrebbe comportare, in alcuni casi, l'opzione per modelli aggregativi con un numero molto elevato di soggetti partecipanti nonché con dimensioni anche sensibilmente differenti (piccolissimi comuni e città metropolitane, ad esempio), con la conseguenza di produrre difficoltà di coordinamento (56).

Dal limite oggettivo consegue che, stando alla lettera della norma, non pare ammissibile la possibilità di costituire più centrali di committenza sul medesimo territorio provinciale. Ciò porta ad escludere che la gestione associata delle procedure di appalto avvenga tra comuni limitrofi ma siti in due diversi territori provinciali. In tal senso, questo limite risente del precedente, essendo in sé condizionabile a seconda della misura delle circoscrizioni provinciali esistenti. Si pone, inoltre, il problema di delineare il ruolo di ciascun comune in relazione all'unione cui lo stesso prende o prenderà parte, non solo in relazione alla gestione delle procedure di appalto ma anche per adempiere agli obblighi imposti dall'associazionismo doveroso di cui alle previsioni normative del 2010 e del 2011 (come aggiornate nel 2013) nonché con riferimento ad altre unioni "tradizionali" sorte sulla base dell'art. 32 del d.lgs. n. 267/2000 (57). Posto che il rispetto degli obblighi associativi previsti da una delle disposizioni intervenute non fa venire meno la necessità di dare esecuzione alle altre forme di vincolo, pare auspicabile l'individuazione di una sola forma associativa per soddisfare tutti gli obblighi di gestione associata: così facendo, i comuni interessati potrebbero ottimizzare gli assetti strutturali delle loro relazioni organizzative. Gli enti locali dovranno, peraltro, tenere presenti anche i limiti dimensionali imposti dalle diverse previsioni normative, quale ulteriore vincolo al disegno dei modelli aggregativi utili per rispondere al dettato legislativo sulle centrali di committenza (58).

Infine, il limite strutturale fa sorgere ulteriori ordini di problemi correlati all'opzione prescelta tra quelle ammesse dall'art. 23, c. 4. Infatti, sebbene la disposizione non esprima una preferenza, neppure in via promozionale, tra le convenzioni ("accordi consortili") e le unioni, le prime sono suscettibili di porre alcune criticità di natura operativa. Innanzitutto, il ricorso alla convenzione per costituire la centrale richiede, quale passaggio imprescindibile, l'individuazione di un comune capofila. Ad esempio, in assenza di specifiche disposizioni in merito, l'individuazione del responsabile unico del procedimento (Rup), cui competono tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento, potrebbe avvenire all'interno della struttura organizzativa di tale ente (59).

duazione di un comune capofila. Ad esempio, in assenza di specifiche disposizioni in merito, l'individuazione del responsabile unico del procedimento (Rup), cui competono tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento, potrebbe avvenire all'interno della struttura organizzativa di tale ente (59).

### Note:

(segue nota 55)

convenzioni di cui all'art. 30 del Tuel, bensì "alla diversa ipotesi di coordinamento di funzioni e servizi pubblici" che richiede l'adozione di «un accordo negoziale avente causa pubblicistica, che ben può avere come contenuto la costituzione di un ufficio comune tra più enti locali, con il compito di acquistare congiuntamente con contratti di diritto privato beni e servizi in quantità nominale, al fine di conseguire sensibili risparmi di spesa» (delibera n. 44/2013, sez. contr. Regione Liguria). La questione non è, però, pacifica. Secondo un altro parere, infatti, l'interpretazione della nozione di "accordi consortili" deve essere esaminata alla luce dei principi generali in tema di risparmio di spesa che hanno ispirato la recente produzione normativa, in specie con riguardo alla preferenza accordata alla gestione accentrata delle funzioni locali. In tale ottica, la locuzione riportata deve essere intesa nel senso di accordi "di natura consortile" e non di accordi costitutivi di un consorzio: i comuni interessati possono quindi istituire la centrale di committenza tramite un accordo che ne regola l'attività e che abbia forma convenzionale. Stante il suo contenuto, non pare, perciò, che la disposizione di cui all'art. 30 del Tuel sia in contrasto con la nozione di cui all'art. 23, c. 4 (delibera n. 138/2013, sez. contr. Regione Lazio).

(56) In merito si ricorda che la l. n. 228/2012 aveva sospeso sino al 31 dicembre 2013 l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 23, c. 18 e 19, del d. l. n. 201/2011, al fine di consentire la riforma organica della rappresentanza locale e di garantire il conseguimento dei risparmi di spesa previsti dai due decreti sulla *spending review*. Quest'ultima disposizione è stata successivamente dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 220/2013 non in relazione al suo contenuto quanto alla sua disciplina a mezzo di decreto legge. In risposta a tale intervento, il 26 luglio scorso il Governo ha messo in discussione un nuovo disegno di legge, tutt'ora in discussione, con cui intende portare avanti il processo interrotto, nel rispetto del dettato della Corte costituzionale. I molti profili di dubbia costituzionalità della norma era stati evidenziati e discussi da parte della dottrina: vedi G. Vesperi, *Le nuove province*, in *questa Rivista*, 2012, 3, 276-277.

(57) Uno stesso comune, infatti, potrebbe già far parte di una unione in cui sono associati comuni limitrofi di diverse province oppure, al contrario, potrebbe decidere di associarsi ad una unione dopo aver già aderito ad un'altra che ha dato origine alla centrale di committenza unica sul proprio territorio provinciale. In questa seconda ipotesi, l'unione che ha portato all'istituzione della centrale potrebbe essere in grado di condizionare volontà associative successivamente emerse, ad esempio, imponendo ai medesimi comuni, associati in un primo momento solo per la gestione delle procedure di appalto, di associarsi anche per la gestione delle funzioni fondamentali o dei servizi e funzioni amministrative loro spettanti.

(58) Si pensi all'art. 14, c. 29, del d.l. n. 78/2010 secondo cui, nell'organizzazione delle funzioni fondamentali, non può essere deliberato di svolgere una stessa funzione attraverso più forme associative. L'art. 16, c. 4, del d.l. n. 138/2011, invece, ha previsto che le unioni facoltative istituite dai piccolissimi comuni devono, di norma, aggregare una popolazione residente complessiva nei territori interessati superiore a 5.000 abitanti oppure a 3.000 abitanti se le amministrazioni coinvolte appartengono (o sono appartenute) a comunità montane.

(59) Vedi l'art. 10 del Codice degli appalti e l'art. 9 del Regolamento di esecuzione.

Poi, le convenzioni non sono comprese nell'elenco Istat delle amministrazioni inserite nel conto economico consolidato di cui all'art. 1, c. 3, della l. n. 196/2009, requisito questo necessario affinché il Rup possa richiedere il Codice Identificativo Gara (Cig) rilasciato dall'Avcp prima della procedura di individuazione del contraente e ai fini della sua individuazione (60). Inoltre, è dubbio se la costituzione di una centrale a mezzo di convenzione garantisca alla stessa una propria soggettività giuridica, come accadrebbe invece con il ricorso alle unioni, che l'art. 3, c. 25, del Codice degli appalti include tra le amministrazioni aggiudicatrici in grado di «*acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorzandosi*» (61). Il riconoscimento di tale soggettività, se certamente assume rilevanza sotto il profilo organizzativo per la gestione della procedura di appalto, è dubbio se assuma significato anche sotto il profilo processuale con riferimento alla possibilità di riconoscere, alla centrale costituita in forma di unione, una legittimazione passiva (62). Un'altra questione riguarda la possibilità che i comuni interessati aderiscano ad una centrale già operante nel territorio provinciale o regionale di riferimento, in luogo di optare per la costituzione di una nuova centrale, ciò anche se si tratta di una forma giuridica non prevista dall'art. 23, c. 4 (ad esempio la società per azioni, l'agenzia o l'ufficio provinciale). In questa ipotesi, diviene però necessaria la sottoscrizione di una convenzione da parte delle amministrazioni coinvolte (63).

L'art. 23, inoltre, non chiarisce esplicitamente quale sia il soggetto cui compete istituire la centrale. A riguardo, possono profilarsi due ipotesi generali. Se esiste già una unione di comuni, spetta ai relativi organi dare l'impulso per l'avvio del processo di centralizzazione. In specie, in base alla disciplina di cui all'art. 32 del Tuel, sarà delegato a tale unione, oltre ai compiti già assegnati, anche l'esercizio delle funzioni di gestione degli appalti. Se, invece, l'unione non è ancora sorta, l'obbligo grava sui singoli comuni che dovranno, innanzitutto, sottoscrivere tra loro una convenzione attraverso la quale individuare un'amministrazione capofila cui rimettere il coordinamento complessivo degli adempimenti necessari. Successivamente, potranno deliberare di procedere del tutto in via convenzionale oppure potranno optare per la costituzione di un'unione. Le scelte degli enti locali coinvolti potrebbero risultare più complesse di quanto descritto se si tiene conto dell'obbligo di gestione associata delle funzioni fondamentali e della possibile costituzione di unioni speciali nei piccolissimi comuni. Prendiamo

in considerazione prima l'ipotesi ottimale. Alcuni comuni sotto i 1.000 abitanti potrebbero decidere di costituire un'unione speciale, affidandole tutte le funzioni e i servizi, ivi comprese le funzioni fondamentali e quelle della centrale di committenza. Ma le scelte associative non poggiano solo su ragioni di opportunità amministrativa, bensì anche su scelte di natura politica. L'influenza di questo fattore potrebbe fare sì che, estremizzando, gli stessi piccolissimi comuni optino per la sottoscrizione di una convenzione ex art. 30 del Tuel per la gestione delle funzioni fondamentali ma, nel medesimo ambito territoriale, costituiscano la centrale di committenza con una diversa convenzione oppure con una unione monofunzionale. Ciò comporterebbe la costruzione di un'organizzazione molto complessa, cer-

#### Note:

(60) Su cui il Rapporto ITACA "Le centrali di committenza per gli appalti dei piccoli comuni", cit., 87. Il Cig è stato introdotto dall'art. 3, c. 5, della l. n. 136/2010 a fini di tracciabilità dei flussi finanziari delle stazioni appaltanti nonché nell'ottica di permettere l'identificazione univoca delle gare, dei loro lotti e dei contratti stipulati da parte dell'Osservatorio sui contratti pubblici di cui all'art. 7 del Codice.

(61) Art. 33, c. 1, del Codice. In proposito, si veda N. Pignatelli, *La centrale di committenza unica dei piccoli comuni: la gestione obbligatoriamente associata delle gare ad evidenza pubblica*, cit., il quale evidenzia come, con la previsione in esame, tale facoltà si sia trasformata in un obbligo per i piccoli comuni.

(62) Ma la giurisprudenza propende per un'interpretazione di senso contrario, ritenendo che la centrale di committenza «*non costituisce centro esclusivo di imputazione dei rapporti intercorrenti con le imprese partecipanti alla gara*» poiché l'ente capofila agisce su delega degli altri associati solo ai fini dello svolgimento della procedura concorsuale, al termine della quale ogni comune deve «*adottare la deliberazione di recepimento e procedere alla formalizzazione del rapporto con l'aggiudicatario*». Pertanto, la «*centrale di committenza costituisce meramente un modulo organizzativo, vale a dire uno strumento di raccordo tra Amministrazioni privo di una propria individualità, e non un centro formale di imputazione autonomo, con la conseguenza che gli atti della procedura vanno imputati non solo alla "capofila", ma anche alle altre Amministrazioni che la compongono, le quali dovranno poi singolarmente formalizzare il rapporto con la ditta aggiudicatario, mediante la redazione di apposito contratto*» Vedi Tar Sicilia, Catania, sez. II, 10 febbraio 2009, n. 291, e, in accordo, Tar Sicilia, Reggio Calabria, sez. II, 7 aprile 2009, n. 682; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 3 giugno 2009, n. 1018 e Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2007, n. 1800. Di segno contrario, Tar Piemonte Torino, sez. II, 12 gennaio 2006, n. 57, secondo cui, in caso di procedura svolta da una unione di acquisto o centrale di committenza, l'attività di gara è posta in essere dalla sola amministrazione capofila, identificabile quale autorità emanante, essendo invece le altre amministrazioni partecipanti esclusivamente beneficiarie di fatto degli effetti della gara e del provvedimento di aggiudicazione.

(63) In merito, si deve considerare, peraltro, che già la costituzione di centrali di committenza a livello regionale ha dimostrato come non debba esserci, quale presupposto necessario per la legittimità dell'azione amministrativa, l'individuazione di una forma giuridica autonoma e, dunque, di una collocazione esterna della centrale rispetto all'organigramma dell'ente di riferimento. Sia consentito, in proposito, rinviare nuovamente all'analisi svolta in F. Di Lascio, *Le centrali di committenza regionali*, cit., in specie par. 4.

## Opinioni

# Contratti pubblici

tamente non ispirata ad un criterio di razionalizzazione degli apparati amministrativi.

Pertanto, in un'ottica di semplificazione organizzativa e al fine di non incorrere nella violazione del divieto di cui all'art. 14, c. 29, del d.l. n. 78/2010 (64) è importante chiarire se la gestione centralizzata degli appalti possa essere ricondotta o meno ad una delle funzioni fondamentali e, in specie, alla «*organizzazione generale dell'amministrazione, gestione finanziaria e contabile e controllo*» di cui all'art. 14, c. 27, lett. a, del citato decreto. In merito, sarebbe senza dubbio auspicabile un chiarimento espresso da parte del legislatore.

Ulteriori considerazioni riguardano le conseguenze derivanti dall'inadempimento o dal ritardo degli enti locali nell'esecuzione della norma. In proposito, l'art. 23, c. 4, non prevede alcuna sanzione espressa (65). Ma occorre considerare che l'obbligo imposto riguarda solo le procedure di gara: la costituzione di una centrale di committenza non assorbe, infatti, del tutto le competenze dei comuni in materia di contratti pubblici, né ne dequota del tutto l'autonomia negoziale. Alla centrale, infatti, deve essere imputata «*l'acquisizione di lavori, servizi e forniture*» ovvero la gestione delle fasi che si snodano tra la pubblicazione del bando di gara e l'aggiudicazione definitiva. Restano, invece, in capo ai comuni la fase della programmazione dell'appalto, la scelta discrezionale dell'oggetto del bando nonché i compiti che attengono alla stipulazione del contratto, alla sua esecuzione e al suo adempimento. Semmai, disposta la centralizzazione delle funzioni riguardo al livello minimo richiesto dalla norma, ciò che gli enti locali possono fare è esercitare la propria autonomia regolamentare, ad esempio prevedendo una delega in favore della centrale anche per ulteriori aspetti della funzione negoziale (66). D'altro canto, l'art. 1, c. 4, del d.l. n. 95/2012 ha consentito ai comuni di ricorrere, quale ulteriore opzione, agli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza, ivi comprese le convenzioni Consip, nonché al Mepa. È, pertanto, applicabile alle medesime amministrazioni anche la previsione di cui al c. 3 dell'articolo citato (67), con deroga che trova applicazione solo quando non vi siano altre possibilità alternative tra quelle ammesse dalle norme (68).

Infine, nulla osta a che un comune ricorra al Mepa o a Consip anche laddove sia stata costituita una centrale di committenza nel proprio territorio di riferimento, specialmente con riferimento alle procedure in economia laddove garantiscano risparmi di spesa rispetto alle opzioni tradizionali. Con riferimento alla sua legittimità, d'altronde, la decisione di un co-

mune di non aderire alla centrale appare legittimata (sia pure implicitamente) dall'accrescimento delle opzioni di scelta ammesso dal d.l. n. 95/2012 (69).

### Le prime interpretazioni della Corte dei conti

Molti dei problemi discussi riguardano l'ambito oggettivo di applicazione del vincolo di centralizzazione, tema sul quale sono di interesse alcuni pareri espressi dalla magistratura contabile nell'esercizio della propria attività consultiva. La Corte dei conti si è soffermata, in particolare, sui margini di autonomia che residuano in capo ai comuni, in particolare con riferimento alle procedure in economia di amministrazione diretta e di cottimo fiduciario, fattispecie molto utilizzate dagli enti locali di minori dimensioni.

In proposito si è sostenuto che anche le acquisizioni

#### Note:

(64) A mente del quale non è possibile svolgere una stessa funzione fondamentale con più forme associative.

(65) La disposizione in esame si limita, come già accennato, a precisare che possono legittimamente essere portate a compimento le procedure avviate prima della data di scadenza indicata e lascia impregiudicata la validità delle gare già indette e aggiudicate.

(66) In proposito, un utile riferimento è dato dagli articoli 3 e 4 del d.P.C.M. 30 giugno 2011, attuativo della disciplina delle SUA, i quali elencano le attività e i servizi che devono essere svolti dalla stazione appaltante nonché il contenuto minimo che le convenzioni stipulate tra queste e l'ente locale devono avere.

(67) Secondo cui «*qualora la convenzione non sia ancora disponibile e in caso di motivata urgenza*» possono essere svolte procedure di acquisto autonome dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria, sottoposti a condizione risolutiva in caso di successiva disponibilità della convenzione.

(68) Si ricorda, in merito, che l'art. 1, c. 7, del d.l. n. 95/2012 ha imposto l'approvvigionamento attraverso Consip oppure attraverso le centrali di committenza regionali per alcune categorie merceologiche, ammettendo altresì la facoltà di esperire procedure di acquisizione autonome mediante i sistemi telematici di negoziazione resi disponibili dai predetti soggetti e quella di disporre affidamenti autonomi, se comportanti spese inferiori rispetto ai parametri fissati dalle centrali. I contratti così stipulati sono, però, sottoposti a condizione risolutiva per sopravvenuta disponibilità di convenzioni generali stipulate da Consip o dalle centrali che siano economicamente più vantaggiose, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il contraente accetti di adeguare i corrispettivi ai prezzi ivi indicati.

(69) A riguardo, tuttavia, pare porsi piuttosto una questione di opportunità della scelta dell'ente locale. Ciò che rileva, infatti, è l'importanza di una corretta gestione della fase di programmazione della procedura di acquisto e di definizione dell'oggetto del bando, poiché è qui che deve essere valutata l'opzione in grado di offrire la maggior convenienza. La Corte dei conti ha, però, sostenuto che le due attività si collocano su piani diversi e che l'acquisto di lavori servizi e forniture attraverso una centrale di committenza è «*attività strumentale rispetto alle funzioni fondamentali, ma non parrebbe rappresentare una funzione fondamentale essa stessa*» (delibera n. 138/2013, sez. contr. Lazio).

in economia attuate mediante procedura di cottimo fiduciario con indizione di una gara informale, devono rientrare tra le funzioni spettanti alle centrali di committenza se di importo superiore alla soglia comunitaria. Per contro, pur permanendo gli obblighi di rispettare i parametri indicati dalle convenzioni e dagli accordi Consip e di verificare la presenza dei beni o servizi da acquisire in economia sui cataloghi del Mepa, possono essere escluse dalla gestione centralizzata obbligatoria le acquisizioni in amministrazione diretta e con cottimo fiduciario per importi inferiori alla soglia comunitaria (70). È altresì ammessa la possibilità di procedere in autonomia nelle ipotesi eccezionali in cui l'ordinamento consenta il ricorso alla trattativa diretta senza pubblicazione di bando di gara, ai sensi dell'art. 57 del Codice (71). In questo caso, l'impossibilità di svolgere una qualunque selezione comparativa e, dunque, di generare economie di scala fa cadere «l'esigenza di ricorrere alla centrale di committenza» (72) ed è, quindi, sempre possibile procedere in autonomia in tali ipotesi eccezionali (73).

La validità dell'orientamento riportato è stata, peraltro, di recente accolta dal legislatore, che ha espressamente escluso dall'ambito di operatività del novellato art. 33, c. 3-bis, del Codice le ipotesi richiamate (74).

In secondo luogo, con riferimento, alla vincolatività delle convenzioni Consip e degli strumenti elettronici di acquisto, la Corte dei conti ha ritenuto che si tratti di una possibilità alternativa al ricorso alla centrale, fermo restando quanto previsto dal secondo decreto sulla *spending review* per alcune categorie merceologiche. Il ricorso ad un mercato elettronico (che non sia necessariamente il Mepa) è, invece, obbligatorio per gli enti locali nelle ipotesi di affidamento di importo inferiore alla soglia comunitaria, mentre è legittimo il ricorso al sistema di *e-procurement* realizzato dalla stessa stazione appaltante che ha indetto la procedura oppure dalla centrale di committenza cui la prima ha delegato lo svolgimento della gara (75).

Da quanto detto emerge una chiara volontà del legislatore nazionale di diffondere l'uso dei sistemi informatici di acquisto, tendenza ora pienamente accolta anche nel diritto europeo dalla nuova direttiva sugli appalti 2011/0438 (COD) (76). La sola eccezione ammissibile a questa regola trasversale è, infatti, quella permessa dal fallimento della richiesta di offerta (RdO), utilizzabile sul Mepa per negoziare prezzi e condizioni migliorative o specifiche dei beni e dei servizi presenti sui cataloghi *on line* in alternativa all'acquisizione con caratteristiche e condizioni con-

trattuali prefissate. Se, infatti, l'acquisto non può avvenire in nessuno dei modi previsti oppure se il bene o il servizio sono disponibili ma non sono idonei a soddisfare le necessità dell'ente interessato, questo potrà procedere in modo autonomo a condizione di motivare adeguatamente la determinazione a contrattare per non incorrere nelle responsabilità previste dalle disposizioni vigenti (77).

Così facendo, i principi di semplificazione e celerità tipici delle procedure in economia non subiscono un *vulnus* ma, al contrario, si conciliano con le finalità sottese sia agli strumenti di *e-procurement*, sia alle misure di *spending review*. Ciò che occorrerebbe, semmai, è una rivisitazione delle procedure tradizionali, che dovrebbero essere adeguate all'obbligo ormai generalizzato di ricorso al mercato elettronico per tutte le categorie merceologiche ivi presenti e in grado di soddisfare le esigenze del comune interessato all'acquisto (78).

#### Note:

(70) Vedi delibera n. 271/2012, sez. contr. Piemonte, che richiama l'art. 125, c. 3, del Codice. L'orientamento è ribadito dalla delibera n. 165/2013, sez. contr. Lombardia e dalla delibera n. 138/2013, sez. contr. Lazio.

(71) Che si riferisce a fattispecie le quali «rendono impossibile qualunque confronto economico...trattandosi di situazioni in cui la scelta necessitata conduce inevitabilmente alla preferenza per un determinato soggetto».

(72) Infatti, il «risparmio di spesa in termini di personale specializzato dedicato e di gestione organizzativa ... ha ragione di essere solo ove si realizzi la complessità di una gara o ... di una procedura negoziale intesa in senso lato» (delibera n. 138/2013, sez. contr. Lazio).

(73) Vedi la delibera n. 44/2013, sez. contr. Liguria. A parere di scrive, l'affermazione riportata non esclude la facoltà dell'ente locale di svolgere comunque la procedura con gli strumenti elettronici, a garanzia della trasparenza della procedura di scelta.

(74) Vedi l'art. 1, c. 343, della l. n. 147/2013.

(75) Vedi la delibera n. 89/2013, sez. contr. Lombardia. Il ricorso ai mercati elettronici è stato oggetto anche della delibera n. 92/2013, sez. contr. Lombardia, nella quale viene espresso l'orientamento per cui, essendo ammessa dall'art. 328, c. 4, lett. b, del Regolamento attuativo del Codice la possibilità di acquisto sotto soglia comunitaria ricorrendo anche alle procedure in economia (sia pure entro i limiti di prezzo e quantità previsti), questi dovranno essere obbligatoriamente effettuati all'interno dei mercati elettronici.

(76) Che all'art. 22, c. 1, impone l'obbligo di effettuare tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni con mezzi di comunicazione elettronici, salvo alcune deroghe tassativamente individuate. L'obbligo è ancora più esteso per le procedure di aggiudicazione svolte dalle centrali di committenza, che sono interamente sottoposte al regime di informatizzazione (art. 37, c. 3).

(77) Diversamente, ne conseguirà, si ricorda, la nullità del contratto stipulato ai sensi dell'art. 1, c. 1, del d.l. n. 95/2012. Sui temi richiamati si veda, di analogo tenore, la delibera n. 169/2012, sez. contr. Marche, il cui contenuto è richiamato, tra l'altro, dalla delibera da ultimo esaminata, e, più di recente, dalla delibera n. 165/2013, sez. contr. Lombardia.

(78) Vedi la delibera n. 17/2013, sez. contr. Marche.

## Opinioni

# Contratti pubblici

### Considerazioni conclusive

Un giudizio complessivo sul nuovo sistema sarà possibile solo dopo la diffusa applicazione degli obblighi da esso sanciti. In termini generali, peraltro, la legittimità della previsione di centralizzazione obbligatoria per i piccoli comuni è stata recentemente confermata dalla sentenza n. 220/2013 della Corte costituzionale, che si è limitata a chiarirne la non applicabilità per le regioni a statuto speciale, salvandone al contempo l'impianto complessivo.

Tuttavia, l'analisi sin qui svolta conferma la necessità di una riorganizzazione complessiva del sistema amministrativo locale, resa ancora più impellente dalla crisi finanziaria (79). L'occasione rende, anzi, doveroso sviluppare alcune osservazioni di fondi sui modi con cui il legislatore statale sta conducendo tale processo.

Innanzitutto, è evidente come la tendenza di perseguire, con maggiore vigore negli ultimi anni, la riduzione e il contenimento della spesa pubblica incidendo sui diversi livelli di governo del sistema abbia comportato, con riguardo agli enti locali, una nuova spinta verso l'accentramento. L'accezione va qui intesa non come riallocazione di compiti e funzioni dalla periferia verso il centro, bensì come imposizione di forme di gestione associata delle funzioni che più connotano la configurazione delle identità locali, quali sono quelle fondamentali, e in specie nei comuni di dimensioni minori.

Inoltre, l'obiettivo di ridurre la frammentazione organizzativa e, con essa, di eliminare le conseguenti duplicazioni di spesa, ha portato ad una preferenza per forme di associazionismo basato su modelli giuridici "a costo zero" ossia in grado di non generare ulteriori costi economici a carico delle amministrazioni interessate. Da qui l'attenzione per le unioni che, seppure portano alla costituzione di un nuovo soggetto, permettono di avvalersi di uffici, strutture e personale già esistente, e le convenzioni che, al contrario, non hanno soggettività autonoma e sono organizzate sulla base del coordinamento promosso dal comune capofila.

La tendenza descritta viene, peraltro, indirettamente rafforzata dalle numerose disposizioni atte a ridurre, sopprimere e riorganizzare l'articolazione degli enti locali e delle regioni, sia con riferimento agli organi politici, sia con attenzione al loro funzionamento amministrativo. Tendenza solo parzialmente mitigata dalle abrogazioni disposte con la recente l. n. 174/2013 e che, come noto, incide sui soggetti giuridici esistenti ma condiziona anche il futuro, limitando fortemente l'articolazione dei

compiti locali in rapporto alla individuazione di soluzioni che ammettano il ricorso a soggetti esterni agli enti territoriali e mediante le quali possa essere garantita l'erogazione di funzioni in senso stretto e di servizi pubblici. Ne consegue una evidente contrazione dell'autonomia regolamentare riconosciuta dall'art. 117, c. 6, della Costituzione (80).

Questo *modus operandi* del legislatore nazionale, in linea di principio legittimo e ammesso con riferimento alla fissazione di condizioni operative in grado di garantire il risultato dell'azione amministrativa, in alcuni dei casi riportati pare essersi spinto oltre, sino ad imporre regole di dettaglio tali da rendere difficoltoso l'esercizio, se non pieno, quanto meno minimo dell'autonomia locale. Il principio di autodeterminazione degli enti locali risulta, infatti, compromesso di fronte alle esigenze di contenimento e riduzione della spesa pubblica, che sono la *ratio* giustificatrice per la fissazione di limiti e vincoli fondati su parametri trasversali quantitativi e predefiniti, adottati senza considerazione per le differenze, anche molto rilevanti, esistenti sul territorio (81), né sulla base di apposite analisi di impatto in grado di offrire una visione prognostica degli effetti derivanti dalle riforme introdotte.

Ciò di cui il legislatore non ha tenuto conto nel tradurre in interventi normativi le politiche richiamate

#### Note:

(79) Vedi F. Merloni, *Il sistema amministrativo italiano, le Regioni e la crisi finanziaria*, Reg., 2011, 4, 602. Anche L. Vandelli, *Crisi economica e trasformazione del governo locale*, in *Treccani Libro dell'anno del diritto* 2012, Roma, 310, ha ricordato come «Nel nostro Paese, la questione degli assetti territoriali dei comuni è al centro di un ricorrente dibattito; talora perseguendo ipotesi di un riordino territoriale che aggregasse i comuni minori in nuovi enti dalle dimensioni adeguate...senza conseguire, peraltro, alcun risultato significativo...in varie fasi, la soluzione...è stata ricercata, piuttosto che sul piano strutturale...su quello funzionale, attraverso forme di cooperazione e associazione che consentano ai comuni minori di operare comunque con dimensioni...adeguate alle funzioni».

(80) Vedi F. Merloni, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali*, Reg., 2008, 1, 103-104.

(81) Sulle criticità emergenti da queste disposizioni con riferimento alla riduzione dei costi della politica regionale e locale, vedi C. Tubertini, *Le misure di riduzione dei costi della politica e le autonomie territoriali*, in questa Rivista, 2013, 6, 669 e ss., e Id., *La razionalizzazione del sistema locale in Italia: verso quale modello?*, in *Ist. fed.*, 2012, 3, 695 e ss. (in specie 706-714), anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Vedi anche F. Politi, *Dall'Unione alla fusione dei Comuni: il quadro giuridico*, in *Ist. fed.*, *Quad.*, 2012, 1, 5 e ss. (in specie, pp. 32-35). Mette in luce le linee salienti dei processi di revisione e razionalizzazione degli enti locali in altri Paesi europei, G. Piperata, *I poteri locali: da sistema autonomo a modello razionale e sostenibile?*, in *Ist. fed.*, 2012, 3, 503 e ss., secondo cui «Razionalizzazione, revisione, sostenibilità sono le chiavi di lettura di una trasformazione in atto, alla base della quale vi è una precisa scelta a favore di principi e approcci al governo locale più efficientisti, quasi manageriali» (p. 519).

è che il contenimento della spesa è un obiettivo che può essere perseguito, senza generare costi amministrativi più o meno occulti, solo se le regole che vi tendono sono rette da alcuni criteri. Tra questi, in *primis*, sono fondamentali una considerazione unitaria della materia su cui si opera l'intervento e l'adozione di disposizioni organiche e complete ispirate al principio di adeguatezza (82). Non è una novità, peraltro, che la necessità indiscutibile di individuare una dimensione ottimale dei comuni richieda, per realizzare organismi validi dotati di necessari poteri giuridici e adeguati mezzi finanziari, un'attenta analisi giuridica, tecnica e finanziaria (83).

Ma l'esame sin qui condotto dimostra come la sequenza concitata di norme adottate a partire dal 2010, abbia inciso sui profili organizzativi della funzione negoziale con modalità che non denotano la volontà di riformare il sistema di *procurement* pubblico secondo una visione chiara e globale. Il sistema degli appalti deve, invece, essere concepito «*come un unico processo a partire dalla programmazione fino all'esecuzione e al pagamento del corrispettivo dovuto agli operatori economici*» (84).

In questo contesto, due possono essere le prospettive di ausilio per gli enti locali coinvolti dal processo di centralizzazione in atto. La prima riguarda il fatto che i comuni dovrebbero sfruttare il più possibile il margine di autonomia loro garantito dalla propria potestà regolamentare sulla materia, che può trovare alcuni rilevanti spazi lasciati liberi dalla laconicità della previsione di cui all'art. 23, c. 4. Alle centrali uniche di committenza possono, infatti, essere assegnati ruoli anche molto diversi prevedendo, ad esempio, che tale soggetto possa procedere solo alla sottoscrizione di accordi e convenzioni (sul modello Consip) cui poi gli enti aderenti accedono per procedere ad acquisti con prezzi concorrenziali oppure che possa indire procedure per l'affidamento di appalti in nome o per conto di uno o più comuni aderenti oppure, ancora, che svolga entrambe le funzioni (85). Appare evidente, dunque, l'importanza di adottare una disciplina regolamentare per la definizione puntuale dei profili funzionali, strutturali e organizzativi della centrale unica, che possa prendere spunto anche dall'elenco di funzioni e compiti previsti per le stazioni uniche appaltanti dal d.P.C.M. 30 giugno 2011. In secondo luogo, occorre ripensare la posizione delle regioni quali enti di livello sovramunicipale in grado di operare come cabine di regia nel settore degli acquisti. Particolarmente in questa fase di impoverimento o, quantomeno, di incertezza del ruolo delle province, da sempre enti di coordinamento della complessità associativa emergente dal li-

vello comunale, è necessario che le regioni assumano un ruolo di guida e riferimento in favore dei comuni per la costruzione del sistema a rete del *procurement* pubblico, ad oggi ancora inattuato. Con riferimento alla gestione delle procedure di appalto, ciò può accadere sia promuovendo l'accesso dei piccoli comuni ai sistemi regionali che consentono l'uso di piattaforme telematiche di acquisto, sia offrendo alle stesse amministrazioni suggerimenti e indicazioni circa le migliori opportunità di implementazione e organizzazione di tale funzione attraverso il trasferimento delle competenze che, a livello regionale, sono ormai acquisite da tempo e con risultati, in alcuni casi, estremamente positivi.

Non si può, tuttavia, sottacere che il ruolo delle regioni e degli enti locali nel completamento di un effettivo percorso di razionalizzazione dei processi di acquisto, può trovare pieno sviluppo solo con il sostegno del sistema a rete. È necessario, infatti, che tutte le amministrazioni possano operare sulla base di una strategia condivisa e di un approccio concertato, fondato anche sullo scambio di dati, informazioni e esperienze: solo in questo modo si pongono le basi affinché eventuali ulteriori interventi statali in materia si fondino su una preventiva negoziazione che ne garantisca e amplifichi l'efficacia. La strada che conduce a questo risultato è stata progettata dalla l. n. 296/2006 e i lavori per la sua realizzazione sono stati avviati dai primi accordi Stato-Regioni. Ciò che occorre, ora, è portare a compimento l'opera attraverso l'avvio delle azioni strategiche già nitidamente delineate dai diversi livelli di governo coinvolti.

---

#### Note:

(82) La cui rilevanza, in relazione ai principi di razionalità e proporzionalità, è evidenziata di recente da P. Forte, *Aggregazioni pubbliche locali*, Milano, 2011, 19-23.

(83) Lo sosteneva già M. Nigro, *Partecipazione e decentramento nella disciplina delle circoscrizioni comunali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1951, 1, 168 e ss., ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1262.

(84) Vedi la segnalazione Avcp, 4 luglio 2013, n. 2, 9.

(85) Vedi ancora la delibera Corte dei conti n. 271/2012, sez. contr., Piemonte. In questa direzione è orientata anche la nuova direttiva sugli appalti pubblici 2011/0438 (COD), che distingue tra "attività di centralizzazione delle committenze" (art. 2, c. 14), così intendendo le funzioni svolte su base permanente dalle centrali di committenza (ovvero quelle attualmente già previste), e "attività di committenza ausiliarie" (art. 2, c. 15), consistenti in attività di supporto alle prime quali la messa a disposizione di infrastrutture tecniche che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare gli appalti o di concludere accordi quadro, l'offerta di consulenza in merito allo svolgimento o alla progettazione delle procedure di aggiudicazione e la preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata.