

# Competenze e soggettività della stazione appaltante unica nelle procedure di acquisto

di Stefano Usai

“ L'ANAC, con le comunicazioni del 10 novembre e del 2 dicembre 2015, ha fornito alcune precisazioni di tipo pratico operativo per andare incontro alle problematiche poste ai comuni non capoluogo che sono costretti, per ora, a costituire un modulo organizzativo che consenta al RUP di ottenere il CIG da parte dell'ANAC. ”

## 1. Premessa

L'ANAC (e a l'ANCI) recentemente hanno fornito preziose informazioni in relazione alla centralizzazione delle procedure di gara in adempimento a quanto previsto – come noto – nel comma 3-bis dell'articolo 33 del codice dei contratti.

Si tratta, come si vedrà, di precisazioni anche di tipo pratico operativo per venire incontro alle tante problematiche poste ai comuni non capoluogo che, confidando sull'ennesima proroga della scadenza del termine di adempimento (fissata al 1° novembre 2015), sono costretti, nell'odierno, ad affrettarsi con la costituzione di un modulo organizzativo che consenta al RUP di ottenere il CIG da parte dell'ANAC.

Nelle recenti comunicazioni dell'ANAC – rispettivamente del 10 novembre e del 2 dicembre – vengono in considerazione, in particolare, gli uffici (di un ente individuato quale capofila) che attraverso un “accordo consortile” (più concretamente una convenzione ai sensi dell'articolo 30 del decreto legislativo 267/2000) possano svolgere in nome e per conto degli enti richiedenti la gara i vari adempimenti connessi.

Nello stesso ambito si situa anche un recente parere dell'ANCI circa la costituzione – secondo le stesse modalità operative appena sintetizzate – di una “cen-

trale unica (comunale o intercomunale) di committenza”.

A parere di scrive, l'espressione “centrale unica di committenza” appare foriero di equivoci per la sostanziale differenza tra un soggetto aggregatore (se centrale di committenza qualificata dall'ANAC ai sensi del d.l. 66/2014 e conversione) ed una struttura che può essere o dell'unione dei comuni – costituita con la compartecipazione dei comuni aderenti – o riferita ad un ente capofila come individuato, nel caso non insista una unione, attraverso una convenzione. Realtà, queste ultime, predisposte solo per espletare procedure di gara i cui effetti finali (l'acquisizione della commessa) riguarderà il solo ente richiedente che dispone – e non è un dettaglio – della copertura finanziaria.

## 2. Le comunicazioni dell'ANAC

Nella comunicazione del 10 novembre, l'autorità anticorruzione, ribadisce l'obbligo previsto dal comma 3-bis (riportato quasi fedelmente) di cui all'articolo 33 del codice dei contratti secondo cui i comuni non capoluogo di provincia (ferme restando le eccezioni note fino per acquisti fino a 40 mila euro per i comuni non capoluogo di provincia con più di 10 mila abita-

ti) "procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i Comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle Province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle Province, ai sensi della legge n. 7 aprile 2014, n. 56".

Il comunicato in argomento era diretto a rammentare le conseguenze nel caso in cui, il RUP, cercasse di procedere con una gara tradizionale senza acquisire il CIG (magari con la riserva mentale di regolarizzare successivamente) o, addirittura, giungesse a certificare l'adempimento dichiarando il falso (o anche nel caso in cui a fine ottobre avesse fatto incetta di CIG). Conseguenza come noto, che determina la nullità insanabile del contratto (e/o dell'affidamento comunque intervenuto) con tutto ciò che deriva.

In questo senso, infatti, sempre nella comunicazione in argomento si legge che "il mancato rilascio del codice identificativo di gara, comporta, (...), quale sanzione accessoria espressamente prevista dalla legge n. 136/2010 in tema di lotta alla criminalità organizzata, la nullità assoluta dei contratti stipulati per violazione della disposizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari".

Ancora in questi giorni, il RUP può o dichiarare che l'ente tenuto ha assolto l'adempimento o in alternativa non potrebbe procedere oppure - nel caso di ente non capoluogo di regione a statuto speciale - dichiarare che (se avvenuto) la regione non ha ancora recepimento le prescrizioni di cui al comma 3-bis come consentito dall'articolo 50-bis della legge 114/2014 e, pertanto, continuare ad ottenere il CIG ed a bandire gare tradizionali.

Sono fatte salve, evidentemente, le limitate alternative telematiche e/o virtuali previste dal comma in commento secondo cui "in alternativa, gli stessi Comuni possono acquisire beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento".

### 3. La comunicazione dell'ANAC del 2 dicembre

Con la più recente comunicazione del 2 dicembre, l'Authority fornisce ulteriori indicazioni meno generali richiamando alcuni obblighi dei comuni non capoluogo che, attraverso l'accordo consortile (convenzione) istituiscono un ufficio unico per espletare le gare riconducendolo invece che all'ente unione dei comuni all'ente capofila.

Ci si sofferma - nella comunicazione - pertanto, su una specifica possibile alternativa se l'ente non è in unione e - con altri - valuti di utilizzare "uno schema organizzativo di carattere convenzionale con la scelta di un ente che funge da capofila".

“ I comuni non capoluogo, attraverso l'accordo consortile (convenzione), istituiscono un ufficio unico per espletare le gare riconducendolo invece che all'ente unione dei comuni all'ente capofila

Questa ipotesi risulta chiaramente (si fa per dire) richiamata nell'inciso iniziale del comma 3-bis in commento, laddove viene puntualizzato che i "comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di (...), ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle

province".

In sostanza la questione dovrebbe essere letta, tralasciando l'ipotesi unione e nel caso in cui questa non sia stata costituita, nel senso che singoli comuni non capoluogo possono, attraverso una convenzione individuare un ufficio competente (e/o anche rivolgersi, secondo lo stesso schema, ad un ufficio competente della provincia).

In questo caso, di una convenzione per individuare un ufficio - all'interno dei comuni aderenti - che effettui le gare, deve essere individuato un ente capofila a cui fa capo l'ufficio competente che non si caratterizzerebbe per essere un soggetto giuridico autonomo.

In questo modo pertanto o l'ufficio in parola è riconducibile all'unione o ad un comune capofila oppure alla provincia. L'idea di un ufficio autonomo e avulso da queste ipotesi non esiste in natura né potrebbe operare.

Nella comunicazione in argomento sembra, a chi scrive, che la terminologia utilizzata per richiamare gli obbli-

ghi e gli aspetti operativi sia mutata (non solo rispetto alla comunicazione del 10 novembre).

Il riferimento all'ambito dell'unione dei comuni (nella norma e ripetuto nella comunicazione del 10 novembre), trova una più chiara declinazione – nella comunicazione del 2 dicembre – nell'inciso secondo cui i comuni non capoluogo **“devono espletare le procedure di acquisizione di lavori servizi e forniture, attraverso le unioni di comuni”**.

Sotto si riporta la tabella (tab. 1) con a confronto l'inciso della comunicazione meno recente (simile pur non identico alla norma) e l'inciso della comunicazione del 2 dicembre.

Tabella 1

Dalla comunicazione ANAC del 10.11.2015	Dalla comunicazione ANAC del 2.12.2015
I comuni non capoluogo <i>“procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i Comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle Province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle Province, ai sensi della legge n. 7 aprile 2014, n. 56”</i>	<i>“dal 1° novembre i Comuni non capoluogo di provincia devono espletare le procedure di acquisizione di lavori servizi e forniture, attraverso le unioni di comuni, sottoscrivendo accordi consortili e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, ovvero ricorrendo agli strumenti elettronici di acquisto gestiti dalla Consip o da altro soggetto aggregatore di riferimento”</i> .

Dall'inciso della comunicazione più recente si possono dedurre anche ulteriori considerazioni (che poi, evidentemente, richiederanno futura controprova).

In primo luogo, il riferimento all'unione dei comuni, come in realtà a sommosso avviso si dovrebbe leggere anche la norma, **sembra richiamare una sorta di primigenia dell'unione dei comuni nel senso che se esiste l'unione dei comuni gli enti associati hanno l'obbligo di costituire la stazione unica (e si sottolinea stazione appaltante unica e non centrale unica e più avanti si dirà il perché) in seno all'unione. Tale obbligo, proprio secondo l'ANAC – anche nella determinazione n. 11/2015 – non sarebbe affatto rinvenibile nella norma.** La questione deve essere ripresa anche alla luce di quanto indicato nella bozza della legge delega al Governo per il recepimento del codice degli appalti. Nel testo approvato dalla Camera il 17 novembre emerge che il Governo viene inviato a definire delle *“forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, a*

*livello di unione dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti”*.

Mi sembra che non vi sia più dubbio sulla scelta effettuata dal legislatore e la delega non potrà essere certo tradita. Il comma 3-bis dovrebbe pertanto subire un profondo mutamento non solo nella sua riscrittura. Inoltre, la differenza appare sostanziale rispetto ad altri testi poi modificati nei vari passaggi preparatori. A titolo esemplificativo si possono porre a confronto il testo “estivo” con quello ultimo sopra riportato (tab. 2).

Tabella 2

Testo pregresso della bozza di legge delega	Testo – sul tema – risultante dalla bozza approvata il 17 novembre 2015
v) contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera t), con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità e fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze prevedendo, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, un livello di aggregazione almeno regionale o di provincia autonoma e, per gli affidamenti di importo superiore a 100.000 euro e inferiore alle medesime soglie di rilevanza comunitaria, aggiudicati da comuni non capoluogo di provincia, livelli di aggregazione subprovinciali definendo a tal fine ambiti ottimali territorialmente omogenei e garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti;	dd) <i>contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di pubblicare nel proprio sito internet il resoconto finanziario al termine dell'esecuzione del contratto, nonché attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera bb), con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, salvaguardando l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea, e fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, a livello di unione dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti;</i>

Si può notare la sostanziale differenza. Nel primo caso, a fronte di una (davvero) inquietante previsione con una variegata articolazione, nell'ultimo testo (al momento) ogni ambiguità viene eliminata per un

chiara scelta di campo coerente con gli obblighi associativi (per il momento solo per i comuni al di sotto dei 5 mila abitanti e di possibile rinvio) verso l'unione dei comuni che non potrà che diventare centro di imputazione degli effetti giuridici della gara (e non della commessa/lavori acquisita/i a meno che non sia destinata a soddisfare proprio esigenze dell'ente unione).

#### 4. La questione della competenza e della responsabilità

Una delle preoccupazione che muove l'ANAC nella comunicazione del 2 dicembre è riferita al caso in cui i comuni non capoluogo di provincia *"optino per lo schema organizzativo di carattere convenzionale - che non prevede l'istituzione di un autonomo soggetto dotato di personalità giuridica per lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione"*.

In questo caso, secondo l'autorità anticorruzione potrebbero *"porsi problemi di competenza e di responsabilità, sia con riferimento agli adempimenti nei riguardi dell'Autorità, che più in generale nei rapporti con gli appaltatori, soprattutto in caso di contenzioso"*.

Pertanto, ribadito che *"il miglior raccordo tra le amministrazioni coinvolte nelle diverse fasi del medesimo procedimento di aggiudicazione per definire le modalità di conduzione dello stesso, deve essere realizzato nell'ambito delle convenzioni; infatti, l'atto con il quale i comuni si aggregano al fine di procedere congiuntamente all'aggiudicazione degli appalti è lo strumento più adatto"*, gli enti interessati vengono richiamati *"ad individuare la struttura o l'ufficio preposto alla gestione centralizzata della gara ma a formalizzare e regolamentare anche la disciplina che assicurerà il suo legittimo e corretto funzionamento, alla luce del quadro normativo di riferimento"*.

E quindi a *"provvedere ad una puntuale predeterminazione dei soggetti sui quali ricadranno sia gli obblighi informativi che la legittimazione attiva e passiva*

*in giudizio, riservando a tali finalità apposite clausole delle convenzioni"*.

Ora, pur legittime tali preoccupazioni, a sommosso parere, **le questioni "giuridiche" di imputazione e/o di legittimazione - che chiaramente devono essere esplicitate nella convenzione soprattutto per una chiara consapevolezza dei consigli comunali che devono deliberare - sono già chiare per norma.**

Nel senso che, nel caso in cui la stazione appaltante unica venisse **realizzata in unione di comuni è su questa che ricadono gli effetti giuridici (e, pertanto, le conseguenze) della procedura.** L'ente aderente è l'ente interessato alla commessa che in caso

“ Nel caso in cui la stazione appaltante unica venisse realizzata in unione di comuni è su questa che ricadono gli effetti giuridici (e, pertanto, le conseguenze) della procedura ”

di eventuale contenzioso sulla procedura verrà chiamato quale ente associato non come soggetto "responsabile". Il soggetto agente responsabile sarà il RUP (ed il dirigente/responsabile del servizio) che fa parte della stazione appaltante unica e **lavora in un ufficio dell'unione** a prescindere dall'ente con cui abbia stipulato un contratto di lavoro.

Nell'ipotesi diversa (che, francamente, nell'inciso riportato nella

comunicazione del 2 dicembre sembra non essere stata richiamata) in cui comuni non aderenti ad una unione decidano attraverso una convenzione di affidarsi ad un unico ufficio individuato presso l'ente capofila **sotto il profilo dell'imputazione giuridica degli effetti della procedura (e connessi adempimenti e responsabilità) non cambia nulla nel senso che il RUP dell'ufficio unico (stazione appaltante unica costituita presso il comune capofila) opererà nella stesso modo del RUP costituito in unione.**

In questo caso, la legittimazione passiva/attiva sarà dell'ente capofila così come nel primo caso è dell'unione quale ente locale.

#### 5. Stazione appaltante unica e centrale unica di committenza

È piuttosto interessante anche il recente riscontro fornito dall'ANCI (pubblicato sul sito) relativamente alla questione di tre comuni che, costituita una "gestione

associata dell'ufficio tecnico", hanno richiesto l'accreditamento della "centrale unica".

L'ANAC non ha accolto la richiesta, pertanto i comuni interessati richiedevano se l'ufficio "per la gestione associata" poteva bandire delle gare e accedere alle vetrine virtuali.

L'ANCI ha fornito una risposta che rammenta le due ipotesi di cui si è parlato sopra chiarendo che i comuni non capoluogo possono:

- "stabilire convenzionalmente di istituire un ufficio comune operante come **centrale unica di committenza** per i comuni associati
- oppure designare uno di essi come ente capofila per la gestione associata delle acquisizioni di lavori, servizi e beni in base a quanto previsto dal cit. comma 3-bis".

Nel primo caso, secondo l'ANCI, (dovrebbe intendersi di stazione unica costituita in seno all'unione) "l'ufficio comune **rappresenta una mera articolazione organizzativa costituita presso uno degli enti associati(?) e funge quindi da CUC**".

Nell'altra ipotesi, di ufficio innestato in un ente capofila sarebbe "lo stesso ente capofila che assumerà tale ruolo".

Inoltre, "trattandosi di "ufficio comune" operante come **centrale unica di committenza** si ritiene che **iscrivibile alla Anagrafe unica delle stazioni appaltanti presso l'ANAC sia il Comune presso cui l'ufficio comune è istituito, mentre nell'altro caso sia lo stesso ente capofila che funge da CUC**".

Almeno a chi scrive, il riscontro non appare chiarissimo.

In primo non è chiaro perché se l'ufficio che si deve occupare delle procedure di gara dovrebbe costituire una "**mera articolazione organizzativa (...) presso uno degli enti associati**".

Ora, se la stazione unica è costituita **in seno all'unione** sarà realizzata una articolazione dell'unione magari con personale degli enti aderenti e, se l'unione non ha sede, presso uno dei comuni aderenti ma, **sempre a parere di chi scrive non potrà essere considerata una articolazione del comune X anche perché si ricadrebbe nell'altra ipotesi**.

Ma più di tutte, la questione terminologia è quella che non sembra – pur autorevole – appropriata. Evocare la centrale unica (e anche di committenza) determina una "ricaduta" ed ambiguità verso altro tipo di struttura che, non solo potrebbe esperire la gara **ma anche "rifornirsi di fornitori/prestatori"** (ovvero **costituire una propria vetrina come centrale di committenza**) per i comuni aderenti, portando quindi verso il concetto di soggetto aggregatore (e quindi di centrale unica qualificata dall'ANAC).

Appare più corretto, parlare di **stazione appaltante unica** (comunque distinta dalla SUA – che è proprio centrale di committenza – di cui all'art. 13 della legge 136/2010 a cui comunque i comuni non capoluogo possono aderire in adempimento ai precetti in argomento come sostenuto dall'ANAC) e quindi di struttura come centro unico di riferimento che fa capo o all'unione o al comune capofila, oppure alla provincia, che **espleta procedure di acquisto per enti che hanno perso tale prerogativa**.