

Schema di Determinazione

“Rapporto tra Stazione Unica Appaltante e Centrale Unica di Committenza – Problematiche connesse al rimborso delle spese di funzionamento della Centrale Unica di Committenza ed all’ambito territoriale di operatività della stessa”

1. Ragioni dell’intervento dell’Autorità

- a) Una prima ragione dell’intervento di regolazione è da ravvisarsi nell’ormai prossima entrata in vigore della disposizione di cui all’art. 33, comma 3-*bis* del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito Codice dei contratti); entrata in vigore che l’art. 23, comma 5, legge n. 214 del 2011, come prorogato dall’art. 3, comma 1-bis, legge n. 15 del 2013 ha previsto a partire dal 30 giugno 2014. Inoltre, si è tenuto conto di alcuni quesiti pervenuti al riguardo, soprattutto su istanza di enti locali, con cui sono stati chiesti chiarimenti in ordine ai rapporti tra i due distinti istituti della Centrale Unica di Committenza e della Stazione Unica Appaltante e, quindi, circa la relazione sussistente tra l’adempimento dell’obbligo prescritto dall’art. 33, comma 3-*bis* del Codice e l’adesione alla SUA laddove istituita. In particolare è stato posto all’attenzione dell’Autorità la questione concernente la possibilità, per i Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, di affidare, convenzionandosi tra loro, le funzioni di centrali di committenza alla SUA, già individuata nel Provveditorato, (anche con un’unica convenzione), adempiendo, così, all’obbligo di cui all’art. 33, comma 3-*bis* del Codice. In tal modo si produrrebbe il duplice effetto di soddisfare, contemporaneamente, le finalità per cui, ai sensi dell’art. 13 della L. n. 136/2010, è istituita la SUA, vale a dire per assicurare la trasparenza, la regolarità e l’economicità della gestione dei contratti pubblici e prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose nonché le finalità di contenimento della spesa pubblica, sottese alla disposizione di cui al comma 3-*bis* dell’art. 33 del Codice dei contratti.
- b) Altri due temi, direttamente connessi al funzionamento di Centrali Uniche di Committenza, costituite ai sensi dell’art. 33, comma 3-*bis* del Codice dei contratti, sono rappresentati dagli oneri di funzionamento e dall’ambito territoriale di operatività. Anche al riguardo l’Autorità è stata sollecitata ad intervenire da associazioni di categorie e da Istituzioni che hanno segnalato il caso di una Centrale Unica di committenza, operante su tutto il territorio dello Stato, che ha dato avvio alla prassi di

inserire nei bandi di gara un'apposita clausola con cui viene prescritto all'aggiudicatario il pagamento di una somma pari all'1,5% dell'importo aggiudicato, da corrispondersi a pena di revoca dell'aggiudicazione.

2. Quadro normativo di riferimento

Al fine di affrontare le tematiche esposte, è opportuno richiamare, preliminarmente, le disposizioni normative sulla cui base può essere fornita la relativa soluzione.

Rileva innanzitutto l'art. 33 del Codice, a tenore del quale:

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

2. (...omissis...).

3. Le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b), c), f), non possono affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. Tuttavia le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché a centrali di committenza.

3-bis. I Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici. In alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

Rileva, altresì, l'art. 3, comma 25 del Codice, secondo cui: *“Le «amministrazioni aggiudicatrici» sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”;*

ed inoltre, il comma 34, del medesimo art. 3, a tenore del quale: *“La «centrale di committenza» è un'amministrazione aggiudicatrice che:*

- acquista forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori, o

- aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori”

Rileva, infine, l'art. 2, del DPCM 30 giugno 2011 (emanato in attuazione dell'art. 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136), secondo cui:

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

2. La SUA ha natura giuridica di centrale di committenza di cui all'articolo 3, comma 34, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e cura, per conto degli enti aderenti, l'aggiudicazione di contratti pubblici per la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi e l'acquisizione di forniture, ai sensi dell'articolo 33 del medesimo decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, svolgendo tale attività in ambito regionale, provinciale ed interprovinciale, comunale ed intercomunale”

3. Rapporto tra Stazione Unica Appaltante e Centrale Unica di Committenza

La Stazione Unica Appaltante ha la natura di centrale di committenza; tale, infatti è la definizione che ne dà l'art. 2, comma 1 del DPCM 30 giugno 2011, emanato in attuazione dell'art. 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136. Come tale rientra nella definizione che di centrale di committenza fornisce il Codice dei contratti, all'art. 3, comma 34.

Alla SUA, pertanto, in quanto centrale di committenza, si applica anche la disposizione di cui all'art. 33, comma 3, del Codice, in base al quale le funzioni di stazione appaltante, per i lavori, possono essere affidate ai Provveditorati interregionali per le opere pubbliche (già servizi integrati infrastrutture e trasporti – SIIT), il che, quindi, consente di affidare a questi ultimi anche le funzioni della SUA.

Ciò è confermato dallo stesso art. 2, comma 1, del DPCM 30 giugno 2011, che riconosce la possibilità, a tutti i soggetti legittimati a costituire la SUA (le Amministrazioni dello Stato, le regioni, gli enti locali, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, ecc.), di avvalersi del disposto di cui al citato comma 3, dell'art. 33 e quindi di affidare al Provveditorato le funzioni della SUA.

A ciò si aggiunga che i soggetti legittimati ad affidare le funzioni di stazione appaltante ai Provveditorati, per quanto riguarda i lavori, sono tutte le “Amministrazioni aggiudicatrici” – come espressamente prevede l'art. 33, comma 3, secondo periodo del Codice – e nel novero di “Amministrazione aggiudicatrice”, ai sensi dell'art. 3, comma 25 del Codice, sono ricompresi, tra gli altri, gli enti pubblici territoriali e le loro associazioni, unioni e consorzi.

Alla luce delle disposizioni normative richiamate, non può certamente revocarsi in dubbio, quindi, la possibilità per i comuni di avvalersi dei Provveditorati al fine di dar vita alla Stazione Unica Appaltante di cui all'art. 13 della L. n. 136/2010.

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

La norma nel disporre l'obbligo, per i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti, ricadenti in ciascuna Provincia, di acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso ad un'unica centrale di committenza, nell'ambito delle unioni di comuni ovvero facendo ricorso ad un apposito accordo consortile, non fa altro che prescrivere in termini di doverosità, per una limitata categoria di stazioni appaltanti – che sono per l'appunto i Comuni sopra citati –, ciò che il comma 1 dell'art. 33 cit. descrive in termini di possibilità. Esso, infatti, prevede che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi.

La norma del comma 3-bis, tuttavia, richiede, in più, un ulteriore elemento: l'acquisto mediante un'unica centrale di committenza deve avvenire da parte di più comuni, nell'ambito di un'unione di comuni ovvero costituendo apposito accordo consortile (anche mediante stipula di apposita convenzione).

Il comma 3, dello stesso art. 33, a sua volta, non fa altro che specificare una modalità attuativa della possibilità contenuta nel comma 1, vale a dire: nei lavori, il “ricorso” alla stazione appaltante può avvenire anche conferendo le relative funzioni, ai Provveditorati.

Abilitati a ricorrere ai Provveditorati sono solo le amministrazioni aggiudicatrici, nella cui definizione – fornita dall’art. 3, comma 25 del Codice – rientrano, in ogni caso, anche i comuni, e tra essi non possono non ricomprendersi anche i comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti nonché le associazioni, unioni e i consorzi costituiti dagli stessi.

Ciò induce a ritenere che, sicuramente per i lavori, si possa adempiere alla previsione di cui al citato art. 33, comma 3-bis, attraverso il conferimento da parte di un’unione di comuni o di un accordo consortile tra più comuni delle funzioni di stazione appaltante al Provveditorato, eventualmente già individuato anche come soggetto svolgente le funzioni di SUA. D’altra parte la stessa disposizione in commento prevede che i comuni, nell’ambito dell’unione o attraverso la costituzione di apposito accordo consortile (anche mediante stipula di apposita convenzione), si avvalgano dei “competenti uffici”: tali possono ritenersi sia gli uffici di uno dei comuni, individuato quale capo-fila sia il Provveditorato, al quale la competenza deriva dal più volte richiamato comma 3.

4. Problematiche connesse al rimborso delle spese di funzionamento della Centrale Unica di Committenza ed all’ambito territoriale di operatività della stessa.

Con specifico riferimento alla prescrizione di quei bandi di gara, pubblicati da Centrali Uniche di committenza, con cui viene richiesto all’aggiudicatario il pagamento – pena la revoca dell’aggiudicazione – di un corrispettivo, fissato in una percentuale dell’importo di aggiudicazione, si osserva che una previsione di tal fatta si pone, evidentemente, in contrasto con diverse disposizioni e principi in materia di affidamento di appalti pubblici.

In primo luogo non può non rilevarsi che in base all’art. 23 della Costituzione “*nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*”. Rispetto al caso di specie è sufficiente osservare come non sussista nessuna disposizione normativa, in generale, che abiliti una stazione appaltante, in generale, a richiedere alcuna commissione agli aggiudicatari delle proprie gare d’appalto. Ciò che determina, peraltro, un’ingiustificata traslazione di oneri relativi al funzionamento della pubblica amministrazione a carico di soggetti privati che già, contribuiscono – essendo destinatari di specifiche imposte – al funzionamento dell’apparato amministrativo, nel quale non può non ricomprendersi anche la gestione di procedure ad evidenza pubblica.

Al riguardo, si rileva come, peraltro, il criterio di commisurare l’importo del corrispettivo posto a carico dell’aggiudicatario all’importo di aggiudicazione dell’appalto non consente di attribuire al corrispettivo stesso, sotto il profilo della sua giustificazione causale, la natura di rimborso delle spese sostenute dalla stazione appaltante. Infatti, mentre queste ultime sono fisse, l’importo posto a carico dell’aggiudicatario dipende dalla percentuale del ribasso offerto in gara; l’assenza di un preciso rapporto di corrispettività, pertanto, non è conciliabile con la nozione di rimborso dei costi affrontati.

L’inserimento di una clausola che ponga a carico dell’aggiudicatario l’onere di rimborsare le spese della procedura – attribuendo all’inadempimento della medesima clausola il valore di “*rinuncia all’aggiudicazione*” – è contrario altresì alle disposizioni, peraltro di recente introduzione, in tema di tassatività delle clausole di esclusione di cui all’art. 46, comma 1-bis del Codice dei contratti.

Infatti, la clausola che attribuisce valore di rinuncia all’aggiudicazione all’omesso versamento del rimborso delle spese di gestione della procedura di gara, o di utilizzo di piattaforme elettroniche messe a disposizione dalla Centrale di committenza che espleta la gara, costituisce, di fatto, una clausola di esclusione che non trova copertura normativa nell’art. 46, comma 1-bis

cit., sia perché nessuna disposizione del Codice, di legge o di regolamento la prevede, sia perché non è riconducibile a nessuna delle altre categorie contemplate dalla disposizione da ultimo richiamata (incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, non integrità del plico, o più in generale violazione del principio di segretezza delle offerte, carenza di elementi essenziali).

D'altra parte, laddove il legislatore ha inteso disporre il pagamento di una contribuzione per la copertura dei costi relativi al funzionamento di un determinato organismo pubblico, pena l'esclusione delle offerte dalle procedure di evidenza pubblica, lo ha fatto espressamente, così come è accaduto per l'Autorità in base alla previsione di cui all'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

Da ultimo, occorre evidenziare che la promozione della centralizzazione degli acquisti, di cui costituisce una chiara attuazione l'art. 33, comma 3-bis del Codice, è fatta al fine di consolidare i conti pubblici, per garantire la stabilità economico-finanziaria del Paese, nonché di adottare misure dirette a favorire la crescita, come la stessa *Premessa* al d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (che ha introdotto la norma) evidenzia.

In tale ottica, quindi, la creazione di centrali di committenza, ivi comprese quelle istituite ai sensi del comma 3-bis dell'art. 33 del Codice, deve essere finalizzata esclusivamente ad un risparmio di spesa per le singole amministrazioni che ne beneficiano (sia in termini di diverso impiego delle risorse umane non più impegnate a gestire gare, sia in termini di maggiori sconti conseguibili grazie all'aggregazione della domanda e al maggior incentivo alla concorrenza) e il relativo funzionamento non può determinare un aggravio di costi per gli operatori, i quali tenderanno, presumibilmente, a traslarli sulla collettività, offrendo minor ribassi in gara, al fine di compensare il probabile "costo" posto a loro carico, laddove dovessero risultare, per l'appunto, aggiudicatari della medesima gara.

Con riferimento all'ambito territoriale di operatività della Centrale di committenza istituita ai sensi dell'art. 33, comma 3-bis del Codice dei contratti si rileva come la formulazione della norma sembra volta non tanto ad evitare che essa operi oltre i confini di ciascuna provincia ma che la stessa sia istituita almeno attraverso l'adesione di tutti i comuni, con popolazione superiore ai cinquemila abitanti, operanti nella stessa provincia.