



Autorità Nazionale Anticorruzione

Determinazione n. 11 del 23 settembre 2015

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

Relazione AIR

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

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

Nonostante questo primo intervento regolatorio, l'applicazione della disposizione *de qua* ha portato all'attenzione dell'Autorità ulteriori dubbi interpretativi su una serie di tematiche concernenti i diversi aspetti di seguito trattati. Ciò beninteso, a normativa vigente, pur essendo *in fieri*, come è noto, un processo di riforma della disciplina degli appalti pubblici, che involgerà anche la tematica in argomento. Ciò in forza delle previsioni contenute nel disegno di legge recante la delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (approvato al Senato con atto n. S1678) attualmente all'esame della Camera (atto n. C 3194).

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

Nel contempo, è da considerare che i continui rinvii dell'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 33, comma 3-*bis*, se da un lato costituiscono un indice delle difficoltà applicative della norma, dall'altro, hanno determinato maggiore incertezza sul reale assetto normativo di riferimento.

Dopo i citati numerosi rinvii, recentemente, è intervenuto, peraltro, l'art. 1, comma 169 della legge 13 luglio 2015, n. 107, prevedendo che «All'articolo 23-ter, comma1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, e successive modificazioni, le parole: «1° settembre 2015» sono sostituite dalle seguenti: «1° novembre 2015»».

L'intervento regolatorio, allo stato, si è reso, comunque, necessario, per fornire ulteriori chiarimenti e orientamenti interpretativi ai soggetti destinatari della nuova disciplina, in materia di acquisti aggregati/centralizzati, in ragione delle numerose richieste in tal senso pervenute all'Autorità e al fine di garantire la corretta ed uniforme applicazione delle disposizioni di riferimento e l'opportuno coordinamento con quelle già vigenti in tema di *spending review*.

A tal fine, l'architettura dell'atto di regolazione, dopo un generale inquadramento normativo, è articolata in base alle diverse criticità emerse dalla prassi applicativa, affrontate per tematiche di carattere generale riguardanti: l'obbligo dei Comuni in rapporto ai soggetti aggregatori e al mercato elettronico, la disciplina degli acquisti in economia, l'ambito soggettivo – con particolare riguardo alle società *in house* dei comuni e alle regioni a statuto speciale –, l'ambito oggettivo – trattando anche i rapporti di tipo concessorio, ivi compresa la finanza di progetto, il rapporto con le forme di aggregazione preesistenti (Convenzioni, consorzi e unioni di comuni), le modalità organizzative, concentrando particolare attenzione su nomina e funzioni del responsabile unico del procedimento, da ultimo, le deroghe alla nuova disciplina e la possibilità di proroga dei contratti in essere fino all'entrata a regime delle nuove modalità di acquisto aggregate.

Nonostante i chiarimenti forniti, restano aperte alcune problematiche che il quadro normativo di sistema non affronta. Ci si riferisce, in particolare:

- alla necessità di regolamentare la natura giuridica di alcune forme aggregative non strutturate né come soggetti di diritto, dotati di personalità, né come veri e propri centri di imputazione. Ciò che determina potenziali difficoltà in ordine alla gestione di eventuali contenziosi nonché agli obblighi risarcitori che ne potrebbero conseguire, all'esercizio delle funzioni di vigilanza dell'Autorità e al puntuale adempimento degli obblighi amministrativi previsti in materia di affidamenti (CIG, pagamento contributo, comunicazione dati, ecc.);
- all'opportunità di normare, quindi, le modalità organizzative delle figure aggregative meno strutturate, garantendo, nel contempo l'efficacia dei moduli associativi che potrebbe essere vanificata dal fatto che l'adempimento richiesto può ritenersi, al momento soddisfatto, anche con la sola aggregazione di due piccoli comuni, spesso privi di *know how* adeguato e di strutture sufficientemente attrezzate per un'efficiente gestione delle procedure poste in essere.

2. Le osservazioni pervenute e le scelte operate dall'Autorità.

2.1 Ambito soggettivo

I principali temi di interesse che hanno stimolato la presentazione di contributi da parte di pubbliche amministrazioni e associazioni di categoria hanno riguardato l'ambito soggettivo di applicazione della norma e, in particolare, la disciplina cui assoggettare le società *in house* dei comuni interessati dalla medesima. Al riguardo, le osservazioni pervenute, tutte volte ad evidenziare le difficoltà connesse alla diretta applicazione dell'obbligo di cui al comma 3-*bis* dell'art. 33 del Codice alle suddette società *in house*, sono state attentamente vagliate, alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, come di seguito ricostruito.

Tradizionalmente si è sempre ritenuto che l'impresa pubblica, in generale, restava disciplinata tendenzialmente dal diritto privato per i profili esterni, restando invece prevalente il diritto pubblico in quelli interni; ugualmente, alla società pubblica, e all'impresa pubblica nel momento in cui avesse assunto la forma di società, si è ritenuta applicabile la disciplina del diritto societario. L'elaborazione giurisprudenziale comunitaria, e quella interna sotto l'influsso della prima, hanno messo in discussione tale schema classico, con la conseguenza che, per l'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza, sugli aiuti di Stato e sulla trasparenza dei rapporti finanziari tra gli Stati e le loro imprese, le imprese pubbliche sono trattate come le imprese private, per

l'applicazione delle norme sulle amministrazioni aggiudicatrici e sulla selezione dei contraenti della p.a., le imprese pubbliche sono equiparate alle amministrazioni pubbliche.

Ciò *a fortiori* se si tratta di società *in house*, con riferimento alle quali, il recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza del 25 novembre 2013, n. 26283), in ragione delle peculiarità che le connotano rispetto al generale istituto della società pubblica, ha operato un vero e proprio *revirement* in materia di giurisdizione contabile della Corte dei Conti in ordine ai danni arrecati al patrimonio delle società pubbliche. Infatti, anche la società a partecipazione pubblica viene ritenuta un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto sia dai soci sia dagli organi sociali, titolare di un proprio patrimonio non riferibile a chi ne detenga le partecipazioni, con la conseguenza che il danno prodotto a tale patrimonio non può dirsi arrecato alla pubblica amministrazione socia. Per le società *in house*, invece, tale impostazione risulta, ora superata, ammettendosi la riferibilità all'ente di appartenenza del danno arrecato al patrimonio della società. Ciò sul presupposto che le società *in house* *“hanno della società solo la forma esteriore ma, come s'è visto, costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi”*, ragione per cui gli organi delle società *in house* *“essendo preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico”*.

A ciò si aggiunga, inoltre, che l'affidamento *in house* è soggetto ai limiti prescritti dall'art. 3-bis, comma 6 del d.l. n. 138/2011 e recentemente attenuati dalla legge di stabilità 2014 (l. n. 147/2013)¹, che ha soppresso il previsto assoggettamento delle società affidatarie *in house* al patto di stabilità interno, prevedendo che le stesse siano soggette, oltre che all'applicazione del d.lgs. n. 163/2006, ai vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante ai sensi dell'articolo 18, comma 2-bis², del decreto-legge n. 112 del 2008.

Secondo quest'ultima norma i divieti e i limiti posti a carico delle amministrazioni controllanti si applicano anche alle società strumentali, a quelle volte a soddisfare interessi generali non aventi carattere industriale o commerciale³.

Per quanto riguarda, invece, le società *in house* che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, la medesima disposizione stabilisce che l'ente locale controllante determini modalità e

¹ La L. 27 dicembre 2013, n. 147 ha disposto (con l'art. 1, comma 550) che le presenti modifiche si applicano alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Sono esclusi gli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché le società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e le loro controllate.

² Nella versione sostituita dall'art. 1, comma 557 della l. n. 147/2013.

³ La norma del comma 2-bis dell'art. 18 del d.l. 112/2008, nella parte richiamata, testualmente recita: *«Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Si applicano, altresì, le disposizioni che stabiliscono, a carico delle rispettive pubbliche amministrazioni locali, obblighi di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, attraverso misure di estensione al personale dei soggetti medesimi della vigente normativa in materia di vincoli alla retribuzione individuale e alla retribuzione accessoria. (...omissis...)»*.

applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, da adottarsi con provvedimenti delle stesse società⁴.

Pertanto, tenuto conto del quadro normativo in materia e, nel contempo, ritenute condivisibili le difficoltà applicative espresse, soprattutto nella parte in cui sono stati sollevati problemi operativi, in particolare per quanto riguarda l'erogazione di servizi locali di rilevanza economica ma anche relativamente ai servizi strumentali, la determinazione dell'Autorità ha optato, nella consapevolezza della non univocità del quadro normativo di riferimento, per una soluzione che possa coinvolgere le società *in house*, soprattutto strumentali e per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di competenza dei comuni non capoluogo di provincia, nell'aggregazione non in forma obbligatoria ma facoltativa. A tal fine si è ritenuto di invitare i comuni non capoluogo di provincia a porre in essere, nell'ambito della loro autonomia organizzativa, ogni misura idonea ad un adeguato coinvolgimento delle società *in house* nelle soluzioni aggregative imposte dalla norma *de qua*.

Ciò sul presupposto che una lettura "estensiva" dei soggetti per i quali ritenere applicabile l'obbligo previsto dall'art. 33, comma 3-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 non sarebbe confortata:

a) dal dato letterale della norma, che si riferisce unicamente ai Comuni non capoluogo, laddove, peraltro le altre disposizioni in tema di obbligo di centralizzazione/aggregazione degli acquisti richiamano la nozione di amministrazioni pubbliche individuate dall'art.1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001. Mentre laddove il legislatore ha voluto estendere i suddetti obblighi, per alcune categorie merceologiche ha fatto espresso riferimento anche alle società inserite nell'elenco ISTAT (art.1, comma 7, DL 95/2012), che in ogni caso non esaurisce la totalità delle società *in house*;

b) dal fatto che lo stesso comma 3-*bis* dell'art. 33 non costituisce sufficiente base normativa, in assenza di un esplicito riferimento ad enti controllati da o collegati ai comuni *de quibus* ;

c) sul piano operativo l'applicazione della norma difficilmente potrebbe avvenire per tutti i casi in cui alle società affidatarie dirette di servizi pubblici locali partecipino sia comuni capoluogo che comuni non capoluogo, ciò soprattutto rispetto ai c.d. "servizi a rete" (ad es. trasporto pubblico locale, gestione del ciclo integrato dei rifiuti, ecc.), essendo inipotesizzabile distinguere il regime giuridico cui assoggettare gli acquisti delle società in tal modo partecipate.

2.2 Ambito oggettivo di applicazione

Relativamente all'ambito oggettivo di applicazione l'aspetto di maggiore interesse e attenzione, anche da parte degli operatori del mercato, è costituito dalle difficoltà applicative che la centralizzazione comporta se riferita anche agli affidamenti di concessioni di lavori, ivi compreso il modulo del *project financing*, in ragione della specificità degli stessi e della necessità di un raccordo

⁴ La norma del comma 2-*bis* dell'art. 18 del d.l. 112/2008, nella parte richiamata, testualmente recita: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, comma 7, del presente decreto, le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica sono escluse dall'applicazione diretta dei vincoli previsti dal presente articolo. Per queste società, l'ente locale controllante, nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo, stabilisce modalità e applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, che verranno adottate con propri provvedimenti».

molto stretto che la gestione di un rapporto concessorio impone all'eventuale pluralità di enti concedenti.

Ciononostante, la determinazione, preso atto anche dell'auspicio, da taluni manifestato, in tal senso, evidenzia come occorra effettuare un bilanciamento tra le difficoltà (connesse all'aggregazione, soprattutto nei lavori, alla gestione della procedura, alla gestione del piano) e i vantaggi che possono derivare dalla centralizzazione in termini di programmazione, progettazione, mancata duplicazione degli interventi, riduzione dei costi, anche nell'ambito delle concessioni di lavori e del *project financing*.

In tale ottica, la determinazione contiene una specifica esortazione ai comuni di valutare la possibilità, e le connesse utilità, di porre in essere strutture specializzate nella gestione di gare per l'affidamento di concessioni e di *project financing*, in possesso di un *know how* adeguato alla gestione di simili procedure, anche avendo riguardo all'indicazione che si può ricavare dell'art. 37, comma 4 della direttiva 2014/24/UE. Quest'ultimo prevede, infatti, accanto alla possibilità di aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze anche quello per la fornitura di attività di committenza ausiliaria⁵, senza applicare le procedure della medesima direttiva. L'istituto della committenza ausiliaria risponde, infatti, all'esigenza di garantire la messa a disposizione di un *know how* che solo le stazioni appaltanti più strutturate e professionalizzate (quali sono le centrali di committenza) sono in grado di fornire alle amministrazioni aggiudicatrici di minori dimensioni (come, nel caso in esame, i comuni non capoluogo di provincia e non solo). In tal modo la costituzione di poche e specializzate centrali di committenza preposte proprio alla gestione di tali sistemi di affidamento potrebbero rilevarsi uno strumento utile ad incentivare il ricorso ai suddetti meccanismi, con conseguente efficientamento non solo delle singole procedure ma dell'intero sistema degli affidamenti pubblici di lavori, servizi e forniture.

2.3 *Modalità organizzative dei nuovi soggetti*

Il tema affrontato nella determinazione riguarda sostanzialmente la tematica dell'individuazione dell'unità organizzativa responsabile e del relativo responsabile unico del procedimento.

La questione è stata trattata tenendo conto sia dei principi di carattere generale, desumibili dal quadro normativo dettato in materia di contratti pubblici nonché dalle disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., sia della novità che il disposto di cui al comma 3-*bis* dell'art. 33 del Codice introduce nell'ordinamento, e del conseguente frazionamento del procedimento amministrativo che esso reca, inevitabilmente, con sé.

⁵ Ai sensi dell'art. 2 (recante le definizioni), comma 1, n. 15 della direttiva 2014/24/UE, le attività di «committenza ausiliaria» consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:

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

Proprio con riferimento a tale profilo, la determinazione, accogliendo i numerosi rilievi avanzati in sede di consultazione, nell'ottica di conciliare la legittimità delle procedure poste in esse con la praticabilità della centralizzazione e aggregazione degli acquisti, ha individuato il fulcro della soluzione avanzata su un'interpretazione sistematica, da una lato, delle norme recanti i principi di unicità del responsabile del procedimento per le diverse fasi dell'affidamento, del rapporto di servizio che deve legarlo all'amministrazione, della responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale in seno ad una unità organizzativa responsabile (la cui individuazione è rimessa alla legge, ai regolamenti o in difetto alle amministrazioni pubbliche mediante atti a carattere generale), infine, del necessario collegamento tra il responsabile del procedimento e l'unità organizzativa responsabile, e, dall'altro, il disposto dell'art. 33, comma 3-*bis* più volte richiamato.

Tale ultima disposizione assume un ruolo determinante nella misura in cui comporta l'affidamento del procedimento a distinte amministrazioni, dal che l'interpretazione proposta in determinazione è stata nel senso di ritenere che, in mancanza di apposite disposizioni speciali, ogni struttura amministrativa coinvolta dovrà individuare la propria unità organizzativa (in seno alla quale dovrà operare il relativo RUP) competente per la fase sub-procedimentale alla stessa affidata, d'altra parte, *ex lege*.

Pur riaffermando la salvezza dell'autonomia organizzativa degli enti locali in materia, per cui il miglior raccordo tra i diversi comuni per l'individuazione delle soluzioni più consone al caso concreto è rimesso ai moduli convenzionali dell'associazionismo locale (accordi consortili, associazioni tra comuni ecc.), la determinazione contiene, in modo non certamente esaustivo, un'analisi dei diversi casi che possono prospettarsi nella prassi applicativa. Si distinguono, in particolare, quelli in cui l'entità che svolge la gara possiede i connotati di una vera e propria struttura amministrativa, che assurge a centro autonomo di imputazione, distinta dai soggetti che alla medesima danno vita, da quelli in cui si dà luogo, semplicemente, alla creazione di un organo comune, e, nel contempo, distinguendo i casi in cui la gestione delle diverse fasi del procedimento sia diviso tra i singoli comuni (programmazione, progettazione, esecuzione) e la struttura svolgente funzioni di stazione appaltante (scelta del contraente), da quelli in cui l'intero processo sia gestito da quest'ultima.

La conciliazione dei diversi principi, sopra richiamati, con l'obbligo della centralizzazione/aggregazione, da un lato, e le sintetiche indicazioni operative dettate, dall'altro, si prefiggono lo scopo di agevolare un'uniforme applicazione della norma, fornendo le soluzioni più consone per le diverse categorie di ipotesi.

Le modalità di individuazione del RUP, incardinato presso i moduli convenzionali meno strutturati, è rimesso agli istituti ritenuti più consoni in materia di gestione del personale da parte dei diversi comuni (comando, anche part-time, distacco ecc.). Si tratta di aspetti di dettaglio sui quali la determinazione volutamente non è scesa, in ragione della forte differenziazione e mutevolezza delle situazioni che la prassi può ingenerare e dell'autonomia organizzativa che l'ordinamento riconosce agli enti locali anche in materia di appalti pubblici.

2.4 Rapporto con la disciplina del mercato elettronico e degli acquisti in economia.

Quanto al tema del rapporto della nuova disciplina con quella dettata in relazione al mercato elettronico, la determinazione ha posto l'accento sulla necessità di evitare qualunque equivoco, in cui taluno è caduto, che il disposto dell'art. 33, comma 3-*bis*, avesse esteso l'ambito di acquisto tramite mercato elettronico oltre la soglia di rilevanza comunitaria. In proposito è stato precisato che, sulla base della vigente normativa, la previsione del comma 3-*bis* non può essere sicuramente interpretata come estensione dell'utilizzo del mercato elettronico, in regime di facoltà, anche agli acquisti sopra soglia, in quanto ciò determinerebbe una palese violazione della normativa comunitaria di riferimento. Si deve, invece, attribuire alla norma del comma 3-*bis*, in parola, la valenza di una generale possibilità di ricorrere agli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento, come alternativa alle altre forme di acquisto centralizzato/aggregato da effettuarsi con i moduli associativi degli enti locali, sempre e comunque, beninteso, nel rispetto dei limiti di importo per cui il ricorso a tali sistemi è consentito dalla disciplina di riferimento.

In senso negativo si è, inoltre, fornito riscontro ai quesiti sollevati in ordine al supposto superamento dell'obbligo di ricorso al mercato elettronico – imposto dall' art. 1, comma 450, l. n. 296/2006 – da taluni ritenuto sostituito da un generale regime facoltativo, per ipotesi introdotto dal citato comma 3-*bis*.

L'interpretazione fornita con la determinazione ha tenuto conto della *ratio* sottesa alla norma da ultimo richiamata, la quale ha puramente e semplicemente considerato assolto l'obbligo di acquisti centralizzati nei casi in cui gli stessi avvengano o debbano avvenire mediante il ricorso ai diversi mercati elettronici messi a disposizione dalle diverse centrali di committenza.

Partendo sempre da un'esatta ricostruzione della reale intenzione del legislatore, e considerando che diversamente opinando sarebbe stato disatteso l'obbiettivo perseguito dall'obbligo imposto dal comma in parola, è stata esclusa, altresì, la permanenza di un regime speciale per gli acquisti in economia, così come dettato dall'art. 125 del Codice. In tale ottica si è specificato, pertanto come il quadro normativo che emerge da una lettura sistematica delle disposizioni del comma 3-*bis* e del comma 1 dell'art. 23-*ter*, comma 1, della legge n. 114/2014 (che per i soli comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti consente autonomi acquisti di importo inferiore a 40.000 euro) – tenuto conto delle esigenze di consolidamento dei conti pubblici e di contenimento della spesa pubblica, sottese all'introduzione e alle modifiche apportate al citato comma 3-*bis*⁶, e considerato, in particolare, il contenuto della modifica introdotta dall'art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni dalla l. 23 giugno 2014, n. 89 – induca a ritenere che per i comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti non possano trovare applicazione le disposizioni dell'art. 125 del Codice, relative agli acquisti in economia.

⁶ Inserito dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante “Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici”, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 e successivamente modificato dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), poi dal d.l. 24 aprile 2014, n. 66, recante “Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale”, convertito con modificazioni dalla L. 23 giugno 2014, n. 89 ed ancora dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114. L'ultima modifica, quanto ai tempi di decorrenza dell'obbligo imposto ai comuni, si è avuta con il d.l. 31 dicembre 2014, n. 192 (decreto milleproroghe), convertito con modificazioni dalla legge 27 febbraio 2015, n. 11.

2.5 Forme di aggregazione preesistenti e utilizzo delle società *in house* quale modulo operativo.

Sul tema è emerso il dubbio (ingenerato dalla diffusa prassi) circa la possibilità di ricorrere liberamente ad una delle forme di associativismo locale per ottemperare al disposto di cui al comma 3-*bis*, tenuto conto della generica formulazione della norma, dando vita ad una di esse, pur in presenza di altra e diversa forma associativa cui il medesimo comune prenda, eventualmente, già parte. Al riguardo non si ricava alcuna indicazione dalla norma in commento, tuttavia una ricostruzione precisa del quadro normativo rivolto agli enti locali non ha potuto ignorare l'esistenza della previsione dell'art. 2, comma 28 della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria 2008), secondo cui: *«ai fini della semplificazione della varietà e della diversità delle forme associative comunali e del processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, ad ogni amministrazione comunale è consentita l'adesione ad una unica forma associativa per ciascuna di quelle previste dagli articoli 31, 32 e 33 del citato testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, fatte salve le disposizioni di legge in materia di organizzazione e gestione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti. Dopo il 1° gennaio 2010, se permane l'adesione multipla ogni atto adottato dall'associazione tra comuni è nullo ed è, altresì, nullo ogni atto attinente all'adesione o allo svolgimento di essa da parte dell'amministrazione comunale interessata. Il presente comma non si applica per l'adesione delle amministrazioni comunali ai consorzi istituiti o resi obbligatori da leggi nazionali e regionali»*. Ai sensi del articolo 1, comma 130-*bis*, della legge 7 aprile 2014, n. 56, *«Non si applica ai consorzi socio-assistenziali quanto previsto dal comma 28 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni»*.

Il richiamo alla disposizione *de qua*, oltre a non poter essere ignorato da un punto di vista del quadro normativo di sistema, è funzionale al rafforzamento di forme associative comunali e alla loro sempre maggiore strutturazione e stabilizzazione, pur essi auspicati con la determinazione adottata. Ciò al dichiarato fine sia di assicurare una sempre crescente specializzazione delle strutture sia di ovviare a tutti i problemi connessi con la gestione di gare da parte di soggetti mutevoli, rispetto ai quali potrebbe risultare impossibile ricondurre oneri e responsabilità della eventuale fase patologica, ovvero adempimenti connessi al monitoraggio dell'attività e alla vigilanza della stessa da parte dell'Autorità.

In connessione a tale tema, è stato trattato, altresì, quello relativo all'eventualità che le società *in house*, anche già esistenti, istituite quali soggetti operativi di associazioni di comuni o di accordi consortili tra i medesimi ovvero costituite dalle Unioni di comuni e in rapporto di stretta strumentalità rispetto ai medesimi, possano ritenersi moduli operativi compatibili con la *ratio* del comma 3-*bis* dell'art. 33, per la gestione delle procedure di affidamento di contratti pubblici in modo centralizzato da parte dei comuni soggetti al relativo obbligo. Sempre nell'ottica di incentivare la specializzazione delle competenze, si è ritenuto che tali società possano rappresentare lo strumento attraverso cui venga individuato l'ufficio dell'unione, dell'associazione o dell'accordo tra più comuni preposto alla cura dei relativi acquisti in luogo di un ufficio o organo comune diversamente individuato.