



COMUNE di SAN MAURO CASTELVERDE

Città Metropolitana di Palermo

Piazza Municipio 11 - c.a.p. 90010 – cod. fisc.: 02917610822 - Tel. 0921/674083 - Fax: 0921/674386

PROT. N. 414 DEL 21/01/2015

Ai Responsabili di settore
All'Economo Comunale
e p.c.
Al Sig. Sindaco
Alla Giunta Municipale
Al revisore unico dei conti
SEDE

DIRETTIVA n. 1/2016

OGGETTO: Indicazioni per gli affidamenti di appalti di lavori, beni e servizi a seguito dell'entrata in vigore della legge n.208 del 28.12.2015, (legge di stabilità 2016).

La legge di stabilità 2016 ha apportato importanti innovazioni al quadro normativo in materia di centralizzazione degli acquisti dei comuni e in materia di strumenti ed obblighi di *e-procurement* (art. 1, commi 494-517). Si ritiene, pertanto, opportuno, fornire alcune indicazioni operative, sulla base di una lettura coordinata del sistema normativo vigente.

In via preliminare, si richiama l'attenzione sul comma 505 della legge di stabilità che ha introdotto l'obbligo in capo a tutte le amministrazioni pubbliche di approvare, entro il mese di ottobre di ciascun anno, il programma biennale e i suoi aggiornamenti annuali degli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato superiore ad 1 milione di euro, prevedendo precisi obblighi di comunicazione e di pubblicazione. La violazione dell'obbligo di predisposizione del programma e/o degli aggiornamenti, ovvero degli obblighi di comunicazione e pubblicazione sono valutabili ai fini della responsabilità disciplinare e amministrativa dei dirigenti, nonché ai fini dell'attribuzione del salario accessorio collegato alla performance. La norma dispone che *"le acquisizioni non comprese nel programma e nei suoi aggiornamenti non possono ricevere alcuna forma di finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni"*, ad eccezione di quelle imposte da eventi imprevedibili o calamitosi, o dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari. La norma, inoltre, prevede un nuovo obbligo di comunicazione al Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori di tutti i contratti stipulati in attuazione del programma, nonché dei contratti in corso per la fornitura di beni o servizi di importo superiore ad 1 milione di euro. Per gli acquisti di beni e servizi di importo unitario stimato inferiore ad 1 milione di euro, la norma fa salva la previsione dell'art. 271 del regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici (approvato con DPR n. 207/2010), che prevede la **mera facoltà** di approvare un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi. Occorre segnalare però che l'Avcp nella determinazione del 6 novembre 2013 n. 5 ha affermato che *"benchè facoltativa, la programmazione non è solo momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi del buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa"*, sottolineando che *"l'importanza della fase di programmazione appare con maggiore evidenza ove si consideri che dalle attività di vigilanza dell'Autorità è emerso che negli appalti di servizi e forniture, la carenza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti genera criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa"*. Ne consegue che l'adozione del programma annuale degli acquisti si pone come utile strumento anche per facilitare le verifiche sugli obiettivi di *performance*, anche in un'ottica di implementazione delle misure anticorruzione e di monitoraggio della loro applicazione.

Entrando nel merito delle modalità di acquisizione, va, in primo luogo, ricordato che dal 1° novembre 2015 è entrato in vigore l'obbligo di centralizzazione degli appalti di cui al comma 3-bis dell'art. 33 del codice dei contratti pubblici. La norma, nella versione introdotta dall'art. 9, comma 4 del d.l. n. 66/2014, convertito dalla legge n. 89/2014, ha "superato" l'originario (e più volte rinviato) obbligo di far ricorso per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture ad una centrale unica di committenza, disponendo che l'acquisizione avvenga tramite una delle seguenti **opzioni alternative**:

- nell'ambito delle *unioni di comuni*, ove esistenti;
- mediante la costituzione di un apposito *accordo consortile* tra i comuni (in pratica, una convenzione ex art. 30 Tuel), avvalendosi dell'ufficio comune appositamente costituito o di un ufficio del comune individuato come capofila;
- ricorrendo ad un *soggetto aggregatore*;
- ricorrendo alle *province* (in Sicilia, il riferimento è ai Liberi consorzi di comuni di cui alle ll.rr. 8/2014 e 14/2015);
- utilizzando, in alternativa e soltanto per l'acquisto di beni e servizi, gli *strumenti elettronici* gestiti da Consip o da altro soggetto aggregatore di riferimento.

L'Anac ha fornito indicazioni operative sull'attuazione dell'obbligo in questione, con particolare riferimento al raggio applicativo, allo strumento della convenzione e all'accredimento dell'ufficio e del rup nell'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, con determinazioni n. 3 e n. 11 del 2015 e con i comunicati del Presidente del 10.11.2015 e del 9.12.2015. Il Dpcm 11.11.2014 (G.U. n. 15 del 20.1.2015) ha, invece, chiarito che quello dei soggetti aggregatori costituisce uno dei possibili modelli di acquisizione dei beni e servizi, e che l'approvvigionamento tramite tali soggetti è alternativo alle altre forme previste dal comma 3-bis dell'art. 33 (cfr. art. 1, comma 3).

A decorrere dal 1° gennaio 2016, fermi restando gli obblighi di far ricorso agli strumenti di *e-procurement*, tutti i comuni (indipendentemente dalla soglia demografica) *"possono procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro"*: così dispone il comma 3 dell'art. 23-ter del d.l. n. 90/2014, convertito dalla legge n. 124/2014, come modificato dall'art. 1, comma 501 della legge n. 228/2015. Pertanto, l'obbligo di acquisizione tramite uno degli strumenti di cui all'art. 33, comma 3-bis del codice non si applica a nessuno dei contratti di valore inferiore a 40.000 euro.

Occorre, tuttavia, procedere ad un coordinamento di quest'ultima previsione normativa con quella prevista dal comma 3-bis dell'art. 33 del codice che prevede in via generale come strumento alternativo alle forme obbligatorie di centralizzazione degli acquisti il ricorso *"agli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip Spa o da altro soggetto aggregatore di riferimento"*. In pratica, i comuni possono sempre procedere, anche per acquisti sopra la soglia dei 40.000 euro, in via autonoma all'acquisizione di beni e servizi (non all'appalto di lavori) avvalendosi degli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip Spa e dalle centrali regionali: l'utilizzo degli strumenti elettronici esonera i comuni dall'obbligo di far ricorso agli strumenti di centralizzazione degli acquisti; il comma 501 della legge di stabilità ha, di fatto, valore innovativo solo per l'affidamento di lavori, consentendo ai comuni di procedere autonomamente (senza far ricorso agli strumenti di centralizzazione) nelle ipotesi di appalti inferiori alla soglia di 40.000 euro. Questa lettura è coerente con l'*incipit* del comma 3 dell'art. 23-ter del d.l. 90/2014 aggiunto dalla legge di stabilità 2016, secondo cui è fatto salvo quanto previsto *"dall'art. 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n.488, l'articolo 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n.296, e l'articolo 9, comma 3 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66"*; in pratica, i comuni pur potendo procedere autonomamente agli appalti di importo inferiore a 40.000 euro debbono, comunque, rispettare tutta la normativa in materia di acquisti elettronici, che pone obblighi di ricorso al Mepa, obblighi di approvvigionamento tramite le convenzioni Consip o delle centrali regionali e, nel caso di mera facoltà di utilizzare tali strumenti, obblighi di raffronto dei parametri prezzo-qualità.

Su tali obblighi e facoltà ha inciso la legge di stabilità 2016.

E' bene precisare che il Comune, adeguandosi all'obbligo di centralizzazione di cui all'art. 33, comma 3-bis, del Codice, ha istituito presso l'unione dei comuni Valdemone la Centrale unica di committenza di cui al comma 1 dell'art. 33, cit., stabilendo, tenuto conto dell'alternatività dei moduli organizzatori previsti dalla legge, inoltre si precisa che l'istituzione dell'ufficio unico di gara non esclude la facoltà dei Comuni aderenti, per le procedure che debbono essere gestite in forma centralizzata, di ricorrere ad un soggetto aggregatore o la possibilità per ciascun comune di gestire quelle procedure consentite da disposizioni di legge anche sopravvenute, tra le quali rientrano certamente le ipotesi di cui al comma 501 della legge di stabilità 2016 (affidamenti inferiori a 40.000 euro), nonché gli appalti nei settori di cui all'allegato II B del Codice, come precisato nella determinazione dell'Anac n. 11/2015.

Entrando nel merito, si evidenzia che, in via generale, il legislatore non ha posto in capo ai comuni alcun obbligo di approvvigionamento tramite le convenzioni di cui all'art. 26 della L. 488/1999; l'art. 1, comma 449 della l. 296/06 ha chiarito che in capo ai comuni sussiste esclusivamente l'obbligo di utilizzare i parametri prezzo-qualità delle convenzioni attive come prezzo massimo di riferimento: l'art. 1, comma 1, del d.l. 95/2012 commina la sanzione di nullità ai contratti stipulati in violazione di tale obbligo di comparazione, rafforzando l'apparato sanzionatorio originario che prevedeva in caso di violazione dell'obbligo la responsabilità amministrativa e disciplinare. Il comma 3-bis dell'art. 26 dispone che *"i provvedimenti con cui le amministrazioni pubbliche deliberano di procedere in modo autonomo a singoli acquisti di beni e servizi"* sono trasmessi all'ufficio competente al controllo di gestione e, in caso di mancata attivazione di tale controllo (oggi obbligatorio, dopo il D.L. 174/2012), al servizio di controllo interno; infine, è previsto che *"il dipendente che ha sottoscritto il contratto allega allo stesso una apposita dichiarazione con la quale attesta il rispetto delle disposizioni di cui al comma 3"*: la dichiarazione deve essere resa ai sensi e per gli effetti dell'art. 47 del d.P.R. 445/2000 e deve attestare che si è provveduto a verificare i parametri di prezzo-qualità previsti dalle convenzioni Consip attive, utilizzandoli come base di raffronto per la autonoma contrattazione. La legge di stabilità 2016 ha innovato tale disciplina.

In primo luogo, le convenzioni di cui i comuni debbono fare riferimento, anche in un'ottica di confronto prezzo-qualità, non sono soltanto quelle stipulate da Consip, in quanto ad esse si aggiungono quelle che possono stipulare i soggetti aggregatori per l'ambito territoriale di competenza (comma 499, lett. a). Sul punto, si segnala che con deliberazione n.58 del 23.7.2015 l'Anac ha individuato i soggetti aggregatori di cui all'art. 9, comma 2, del d.l. n. 66/2014, indicando per la Sicilia la Centrale unica di committenza regionale.

D'altra parte, il comma 499, lett. d), ha incluso anche gli enti locali tra le pubbliche amministrazioni che hanno l'obbligo di far ricorso alle convenzioni di cui all'art. 26 della legge n. 488/1999 stipulate da Consip o dai soggetti aggregatori per quelle categorie di beni e servizi ed in relazione a determinate soglie economiche individuate annualmente con DPCM.

Da ciò consegue, pertanto, l'ampliamento del campo di verifica della sussistenza di convenzioni attive (anche in ambito regionale) ai fini almeno del raffronto dei parametri prezzo/qualità, nonché l'individuazione di uno specifico obbligo in capo ai comuni di approvvigionamento tramite le convenzioni per tutti i beni e servizi indicati nei DPCM di cui all'art. 9, comma 3, del d.l. n. 66/2014. In presenza di tale obbligo, il comune può procedere ad acquisti autonomi solo *"qualora il bene o servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali"*, e *"a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti"* (così, il comma 510).

Si segnala, infine, che i commi 496 e 497 della legge di stabilità, modificando rispettivamente l'art. 2, comma 573, della legge n. 244/2007 e il comma 225, dell'art. 2 della legge n. 191/2009, hanno previsto che tutte le stazioni appaltanti di cui all'art. 33, comma 3 del codice dei contratti (e non più soltanto i soggetti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 25 del codice) possono far ricorso alle convenzioni Consip Spa, con il conseguente obbligo di procedere al rispetto dei parametri prezzo-qualità; quindi anche l'ufficio associato costituito per adempiere all'obbligo di centralizzazione degli acquisti (la cosiddetta Cuc) è tenuto a tenere conto come prezzo di riferimento di quello dei beni comparabili desunto da convenzioni attive.

Sintetizzando, non sussiste un obbligo generalizzato in capo ai comuni (e alla Cuc) di far ricorso alle convenzioni stipulate da Consip o dai soggetti aggregatori, non un obbligo procedimentale di verificarne i parametri di prezzo-qualità, utilizzandoli come base di raffronto per la autonoma contrattazione; il comma 507 prevede una procedura per l'individuazione e la pubblicazione sul sito del MEF dei valori delle caratteristiche essenziali e i relativi prezzi delle prestazioni oggetto delle convenzioni, i quali costituiscono i parametri prezzo-qualità utili ai fini del raffronto. In relazione a specifiche categorie di beni e servizi indicate nei DPCM di cui all'art. 9, comma 3 del d.l. n. 66/2014 (ad oggi non emanati), sussiste – invece – un obbligo di far ricorso alle convenzioni attive, da cui si potrà derogare soltanto con autorizzazione resa dall'organo amministrativo di vertice, da trasmettere alla Corte dei conti, indicando l'assenza nel bene oggetto della convenzione di caratteristiche essenziali che lo rendono idoneo al soddisfacimento del bisogno dell'amministrazione.

Per gli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria, il comma 450 dell'art. 1 della legge n. 296/2006 (come modificato dall'art. 7, comma 2 del d.l. 52/2012), dispone che le pubbliche amministrazioni (*"le altre amministrazioni"* diverse da quelle statali centrali e periferiche, dice la norma) "sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi dell'articolo 328 del regolamento di cui al d.P.R. 5.10.2010, n.207 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure". La norma, dunque, per tutti gli acquisti sotto soglia introduce un **obbligo procedimentale**, onerando le amministrazioni ad acquistare i beni sul MEPA o su altri mercati elettronici. La violazione di tale obbligo è sanzionata con la nullità del contratto dall'art. 1, comma 1 del d.l. 95/2012, il quale prevede anche la responsabilità disciplinare del dipendente e quella amministrativo-contabile.

Il comma 502 della legge di stabilità ha modificato la disposizione in esame, prevedendo che l'obbligo di far ricorso al Mepa scatta quando l'importo del bene o servizio è pari o superiore a 1000 euro. Ne consegue che dal 1° gennaio 2016 per tutti gli acquisti inferiori a 1000 euro non vi è più l'obbligo di far ricorso agli strumenti elettronici; tuttavia, ad avviso dello scrivente, non viene meno l'obbligo del raffronto con i parametri prezzo-qualità di eventuali convenzioni attive, né quello dei prezzi di riferimento pubblicati dall'Anac, e di cui si dirà diffusamente più avanti.

Sulla base dei più recenti e concordati approdi ermeneutici della Corte dei Conti, si ritiene che *"il novellato comma 450 della legge 296/2006 codifichi in capo a tutte le amministrazioni di cui all'art.1 del d.lgs 165/2001 (ivi inclusi gli enti locali) un obbligo generalizzato di ricorso ai mercati elettronici e/o agli strumenti telematici ivi previsti, nel caso di acquisti al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria, non ammettendo deroghe di sorta, né in termini di densità demografica, né in termini di peculiari fattispecie di acquisto, né in ragione della decisione di procedere ad acquisti in*

economia" (cfr. sez. Basilicata, deliberazione n. 67/2014/PAR, sez. Piemonte, deliberazione n. 211/2013/PAR, sez. Lombardia, deliberazione n. 112/2013/PAR).

In pratica, per tutti gli acquisti sotto soglia, e di importo almeno pari ad € 1.000, anche laddove l'ente legittimamente decida di far ricorso all'istituto dell'affidamento in economia, sia tramite cottimo fiduciario che tramite affidamento diretto, sussiste l'obbligo di ricorrere agli strumenti telematici di acquisizione di beni e servizi, a pena di nullità del contratto (cfr. Corte Conti, sez. Marche, deliberazione n. 17/2013/PAR).

Unica eccezione a tale obbligo incondizionato è rappresentata, secondo l'orientamento della Corte dei Conti, "dall'ipotesi di non reperibilità ovvero inidoneità dei beni o servizi rispetto alle necessità dell'ente locale procedente, e ciò previa prudente istruttoria e valutazione di tale evenienza ed adeguata motivazione della stessa nell'ambito della determinazione a contrattare" (cfr. sez. Marche, delibera n. 169/2013/PAR, sez. Lombardia, deliberazione n. 92/2013/PAR, sez. Basilicata, deliberazione n. 67/2014/PAR). Pertanto, nelle determinazioni a contrattare è assolutamente necessario evidenziare le specifiche caratteristiche tecniche del bene o della prestazione, dando atto e documentando di aver "consultato" il mercato elettronico e di aver accertato l'insussistenza di quei beni sui mercati disponibili, e –ove necessario- esplicitare la motivazione sulla non equipollenza/sostituibilità con altri beni/servizio presenti sul mercato elettronico; la giurisprudenza amministrativa ha di recente chiarito che la possibilità di acquistare fuori dal mercato elettronico a condizioni più vantaggiose è subordinata alla dimostrazione che il bene o servizio "sia pienamente comparabile per omogeneità di contenuti" (cfr. Con. Stato, sez. III, 24.5.2013, n. 2842). In assenza di tale completa istruttoria, l'acquisto di beni e servizi al di fuori dei mercati elettronici è nullo, e se ne terrà conto –non solo ai fini esecutivi e contabili, non potendo l'ufficio di ragioneria procedere al pagamento del corrispettivo, che va imputato direttamente al funzionario- ma anche ai fini disciplinari e della responsabilità erariale, con obbligo di avvio del procedimento disciplinare e di segnalazione della condotta e del responsabile alla Procura regionale della Corte dei Conti.

Prendendo spunto dal recente comunicato del Presidente dell'Anac 18.12.2015, pare opportuno richiamare ancora in questa sede **l'obbligo di procedere ad effettuare in capo al contraente individuato sul Mepa (con Oda o RdO) le verifiche previste dalla legge in relazione al possesso dei requisiti di ordine generale**, posto che anche in base all'art. 46 delle *Regole tecniche* aggiornate da Consip nel 2014 e al *Manuale d'uso del sistema di e-procurement delle amministrazioni* aggiornato nel novembre 2015 "il soggetto aggiudicatore è l'unico ed esclusivo responsabile dei controlli e delle verifiche nei confronti del fornitore aggiudicatario previste dalla normativa vigente", ivi compresi "i requisiti e presupposti previsti dal codice dei contratti pubblici", posto che l'acquisizione da parte di Consip delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti ex art. 38 del codice ed il loro rinnovo semestrale attiene solo alla fase di abilitazione e libera le pubbliche amministrazioni dall'acquisizione delle stesse ai fini della partecipazione alla gara e non anche ai fini dell'aggiudicazione.

La disciplina vincolistica qui riassunta, si completa nelle sue linee generali applicabili alla generalità di beni e servizi con le norme in materia di prezzi di riferimento. L'art. 9, comma 7 del d.l. n. 66/2014, come modificato dal comma 509 della legge di stabilità, attribuisce all'Anac la competenza di fornire, attraverso la banca nazionale dei contratti pubblici, un'elaborazione dei prezzi di riferimento alle condizioni di maggior efficienza di beni e servizi, tra quelli di maggiore impatto per la pubblica amministrazione in termini di costo, nonché di pubblicare sul proprio sito web i prezzi unitari corrisposti dalle amministrazioni pubbliche per gli acquisti di tali beni e servizi. La norma dispone che i prezzi pubblicati ed aggiornati entro il 1° ottobre di ogni anno "sono utilizzati per la programmazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione e costituiscono prezzo massimo di aggiudicazione... in tutti i casi in cui non è presente una convenzione stipulata ai sensi dell'art. 26 ... in ambito nazionale ovvero nell'ambito territoriale di riferimento".

Così ricostruito il sistema, si evidenzia che ove l'Anac abbia provveduto a pubblicare il prezzo di riferimento di un bene o un servizio esso costituisce il prezzo massimo di aggiudicazione dei contratti, a pena di nullità degli stessi (allo stato risultano pubblicati sul sito dell'Autorità i prezzi di riferimento della carta in risme: cfr. comunicato del 29.9.2015); ove, invece, per un determinato bene o servizio esiste una convenzione di cui all'art. 26 della legge n. 488/1999 (Consip o di altri soggetti territorialmente competenti), e non si è in presenza di una ipotesi di obbligatorio approvvigionamento tramite convenzione (art. 9, comma 3 del d.l. n. 66/2014), il raffronto dei parametri prezzo-qualità va effettuato sulla base di quelli della convenzione e non dei prezzi di riferimento di Anac. Il comma 508 della legge di stabilità prevede che Anac, in mancanza di convenzioni attive e della elaborazione dei prezzi di riferimento, individui le modalità per "l'elaborazione adeguativa dei prezzi della precedente convenzione" stipulata da Consip, e tali prezzi costituiscono –per il periodo indicato da Anac- il prezzo massimo di aggiudicazione.

Quello fin qui delineato è il sistema vigente in materia di acquisti di tutte le tipologie di beni e servizi; sintetizzando, può affermarsi che nelle ipotesi di contratti sotto soglia (stipulati anche all'esito di procedure in economia), purché superiori a 1000 euro, sussiste l'obbligo di acquistare sul MEPA o su altri mercati elettronici di riferimento, con la sola eccezione della dimostrazione/attestazione della insussistenza o non comparabilità quali/quantitativa del bene da acquistare rispetto a quello presente sul mercato telematico; mentre, per gli acquisti sopra soglia, sussiste semplicemente l'obbligo di consultare le convenzioni attive sulla piattaforma *Acquisti in Rete* ovvero sottoscritte da soggetti aggregatori, aderendo alle stesse ovvero utilizzando i relativi parametri prezzo-qualità quale base per l'acquisto autonomo, senza avvalersi di strumenti di *e-procurement*. Va posta, inoltre, attenzione alla eventuale pubblicazione da parte di Anac di prezzi di riferimento di determinate categorie di beni: essi costituiscono il prezzo massimo di aggiudicazione dei contratti relativi all'acquisizione di tali beni, a pena di nullità degli stessi (sempre che non siano attive convenzioni). Gli acquisti effettuati fuori dal mercato elettronico o degli altri strumenti telematici debbono essere inviati al servizio di controllo interno, fino a quando non verrà attivato il controllo di gestione.

Il comma 13 dell'art. 1 del d.l. 95/2012 prevede che le amministrazioni che abbiano validamente stipulato in modo autonomo (quindi, fuori da circuito di *e-procurement*) un contratto per acquisto di beni e servizi "hanno diritto di recedere in qualsiasi tempo dal contratto...nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni stipulate da Consip spa...successivamente alla stipula del detto contratto siano migliorative rispetto a quelle del contratto stipulato e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica delle condizioni economiche tale da rispettare il limite di cui all'art. 26, comma 3 della legge n. 488/1999". Operativamente, il recesso si realizza tramite una formale comunicazione all'appaltatore, con preavviso non inferiore a 15 giorni e previo pagamento delle prestazioni già eseguite, oltre al decimo di quelle non eseguite. Tale diritto si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'art. 1339 c.c.; mentre è necessario prevederlo esplicitamente in tutti i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del d.l. 95/2012 al di fuori delle convenzioni Consip. La norma prevede che l'esercizio del recesso è obbligatorio, e che l'eventuale mancato esercizio va comunicato entro il 30 giugno di ogni anno alla Corte dei Conti, ai fini del controllo successivo sulla gestione del bilancio. Secondo la giurisprudenza amministrativa, esso consiste in un diritto potestativo iscricabile tra gli strumenti di autotutela di diritto privato, in quanto la norma "non attribuisce al soggetto pubblico il potere di intervenire ab extra sul rapporto stesso in forma e modalità autoritative ma riconosce una facoltà di matrice privatistica riconducibile al paradigma di cui agli artt. 1373 c.c. e 21-sexies della legge 241/90" (CdS, V, 22 maggio 2015, n.2562, CdS, VI, 17 marzo 2014, n.1312), con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario sulle eventuali controversie che ne derivano (Cass. Sez. Un., 28.11.2008, n.28345).

Esistono, tuttavia, discipline particolari che riguardano alcune **categorie di beni**.

Si fa, in primo luogo, riferimento ai beni indicati dal comma 7 dell'art.1 del d.l. 95/2012: energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile, sulla cui portata applicativa si è pronunciata Corte Conti, sez. Toscana, con delibera n. 151/2013/PAR.

Per l'acquisto di tali beni la norma, fermo restando l'art. 1, commi 449 e 450 della legge n. 296/2006, prevede – a prescindere dall'importo (quindi, anche sopra soglia e anche al di sotto dei 1.000 euro)- l'obbligo di utilizzare le convenzioni e gli accordi quadro messi a disposizione da Consip e dalle centrali di committenza regionali; in alternativa a tale obbligo, le amministrazioni possono esperire una autonoma procedura di acquisto "nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati". La norma pone una

prima questione relativa all'applicazione delle nuove condizioni cui il comma 510 della legge di stabilità 2016 subordina la possibilità di procedere autonomamente ad acquisti nei casi in cui la legge preveda un obbligo di approvvigionamento tramite le convenzioni di cui all'art. 26 della legge n. 488/1999. Una prima lettura, che valorizza la specialità della norma, porta ad escludere l'applicazione della speciale procedura di cui al comma 510 (autorizzazione motivata e comunicazione alla Corte dei conti), in quanto la disposizione, pur ponendo un obbligo di approvvigionamento tramite le convenzioni per i beni in questione, prevede già la facoltà in capo agli enti di procedere in via autonoma facendo ricorso, però, ai sistemi telematici di acquisto (tale lettura è avallata dalla richiamata pronuncia della Corte dei Conti della Toscana); una lettura sistematica che, invece, valorizza la funzione del comma 510 di rendere eccezionali le ipotesi di autonomo approvvigionamento nelle ipotesi di obbligo di far ricorso alle convenzioni di cui al citato art. 26, non può non deporre nel senso della necessità della previa autorizzazione dell'organo amministrativo di vertice per acquistare autonomamente, utilizzando i sistemi telematici di acquisizione, i beni rientranti nelle categorie merceologiche in questione: tale interpretazione, del resto, è coerente con il dato letterale della norma del 2012 che autorizza il ricorso ad autonome procedure "nel rispetto della normativa vigente", la quale – a seguito dell'entrata in vigore del comma 510 della legge di stabilità 2016 – subordina l'esperimento di autonome procedure di acquisizione, nei casi di obbligo di approvvigionamento tramite convenzioni, alla motivata autorizzazione preventiva e alla comunicazione alla Corte dei conti. Si sottolinea, ancora, che laddove si ritiene applicabile il richiamato comma 510, il ricorso a procedure di acquisizione autonome è possibile solo "qualora il bene o servizio oggetto della convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali", circostanza quest'ultima che, data la natura dei beni in questione, rende particolarmente difficile la mancata adesione alle convenzioni attive.

La norma, sul punto modificata dal comma 494 della legge di stabilità 2016, prevede, poi, che "è fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10% per le categorie merceologiche telefonia fissa e telefonia mobile e del 3% per le categorie merceologiche carburanti extra-rete, carburanti rete, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip Spa e dalle centrali di committenza regionali". La norma, come novellata, prevede comunque che tutti i contratti stipulati secondo tale modalità derogatoria debbono essere trasmessi all'Anac. Essi, inoltre, debbono essere sottoposti a condizione risolutiva nel caso in cui sopravvengano convenzioni che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico **in percentuale superiore al 10% rispetto ai contratti già stipulati**, con facoltà del contraente di adeguamento a tali migliori condizioni. In base alla richiamata novella, tale facoltà derogatoria non troverà applicazione dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2019.

In sintesi, per le categorie merceologiche in questione, a prescindere dall'importo del contratto, sussiste l'obbligo di approvvigionamento tramite le convenzioni di cui all'art. 26 della legge n. 488/1999. Tale obbligo può essere derogato facendo ricorso in via autonoma a strumenti di acquisizione telematica, senza alcun vincolo di prezzo, se non quello generale di non superare il parametro prezzo-qualità di cui alle convenzioni attive; oppure l'ente potrà procedere ad acquisire in via autonoma i beni facendo ricorso a procedure di evidenza pubblica, ma a condizione che il corrispettivo del contratto sia inferiore al prezzo della convenzione di almeno il 10% per i servizi di telefonia fissa e mobile ovvero del 3% per le altre categorie di beni; in tale seconda ipotesi, i contratti di fornitura debbono contenere una apposita condizione risolutiva che consentirà all'amministrazione di sciogliersi dal vincolo contrattuale nelle ipotesi in cui dovessero rendersi disponibili nuove convenzioni i cui corrispettivi siano inferiori di almeno il 10% rispetto a quello del contratto stipulato in deroga, ed il contraente non abbia ritenuto di volersi adeguare a tale nuovo prezzo.

Il comma 8 dell'art. 1 cit. sanziona la violazione delle disposizioni di cui al comma 7 con la nullità del contratto, la responsabilità disciplinare e quella amministrativo-contabile.

Si ritiene opportuno, infine, richiamare l'attenzione sulle risultanze dell'*indagine sugli affidamenti in deroga alle convenzioni Consip nei settori merceologici* in questione, pubblicate da Anac il 5 novembre 2015 e dalle quali emergono importanti suggerimenti operativi sulla corretta gestione delle convenzioni, soprattutto nel settore dell'energia elettrica.

I commi 512-517 della legge di stabilità 2016 hanno, infine, dettato una speciale disciplina per gli acquisti di **beni e servizi informatici e di connettività**, con la espressa finalità di garantirne l'ottimizzazione e la razionalizzazione.

La norma prevede che le amministrazioni pubbliche, in tale materia, provvedono "ai propri approvvigionamenti **esclusivamente tramite Consip Spa o i soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionale, per i beni e i servizi disponibili presso gli stessi soggetti**" (comma 512). Al fine di ottimizzare e razionalizzare gli acquisti, la legge attribuisce ad Agid la competenza a predisporre il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, che viene approvato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale "contiene per ciascuna amministrazione o categoria di amministrazioni, l'elenco dei beni e servizi informatici e di connettività e i relativi costi, suddivisi in spese da sostenere per innovazione e spese per la gestione corrente, individuando altresì i beni e servizi la cui acquisizione riveste particolare **rilevanza strategica**" (comma 513). Consip e i soggetti aggregatori programmano i loro acquisti di beni e servizi informatici proprio sulla base del Piano per l'informatica e "propongono alle amministrazioni iniziative e misure, anche organizzative e di processo, volte al contenimento della spesa" (comma 514). Il comma 516 dispone che le amministrazioni possono procedere, in tale settore, ad acquisti al di fuori delle indicate modalità "esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, qualora il bene o servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione ovvero in casi di necessità ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa", e con l'obbligo di comunicare gli approvvigionamenti in deroga all'Agid e all'Anac. Le ipotesi di deroga agli acquisti tramite convenzioni sono, dunque, riconducibili a 3 ipotesi: 1) l'indisponibilità del bene, 2) l'inidoneità dello stesso a soddisfare lo specifico fabbisogno, 3) i casi di necessità ed urgenza funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa; è sempre necessaria l'autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, ma non è prevista la sua trasmissione alla corte dei conti.

Il comma 517 dispone che la mancata osservanza delle disposizioni richiamate rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale, mentre non è comminata la sanzione di nullità dei contratti.

Si allega alla presente una tabella di sintesi.

San Mauro Castelverde, 21 gennaio 2016

Il Segretario comunale
f.to (Avv. Placido Leone)