



LA CORTE DEI CONTI
Sezione Regionale di Controllo per la Liguria

composta dai seguenti magistrati:

Dott. Ennio COLASANTI	Presidente
Dott. Alessandro BENIGNI	Primo Referendario (relatore)
Dott. Donato CENTRONE	Referendario
Dott. Claudio GUERRINI	Referendario

nell' adunanza del 10 novembre 2014 ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE.

- vista la lett. prot. n. 89 del 10 ottobre 2014, con la quale il Presidente del Consiglio delle Autonomie locali ha trasmesso alla Sezione la richiesta di parere formulata dal Comune di Loano in data 30 settembre 2014, ai sensi dell'art. 7⁸ L. 5 giugno 2003, n. 131;
- vista l'ordinanza presidenziale n. 70/2014, che ha deferito la questione all'esame collegiale della Sezione;
- udito nelle camere di consiglio del 22 ottobre e del 10 novembre 2014 il magistrato relatore Dott. Alessandro Benigni;

FATTO

Con istanza in data 30 settembre 2014, trasmessa dal Presidente del Consiglio delle Autonomie Locali della Liguria con nota n. 89 del 10 ottobre 2014 ed assunta al protocollo della Segreteria della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Liguria il 14 ottobre con il n. 0002842 - 14.10.2014 - SC _ LIG - T85

– A, il Sindaco del Comune di Loano ha inviato al Consiglio delle Autonomie Locali una richiesta di parere inerente all’impatto derivante dall’ applicazione degli artt. 9 d.l. n. 66/2014 – 23 d.l. n. 90/2014 sulle procedure di affidamento di servizi e di acquisto di beni e forniture.

In particolare l’Ente chiede se:

a) sia da escludersi l’applicabilità del ricorso alle centrali di committenza nelle ipotesi previste dall’art. 125₁₁ d. lgs. 163/2006 e nelle ipotesi di cottimo fiduciario sotto i 40.000,00= euro, in considerazione che in tali casi la normativa consente di non intraprendere la procedura concorsuale;

b) sia possibile acquistare beni e servizi al di fuori del MEPA qualora il ricorso all’esterno persegua l’obiettivo del contenimento della spesa pubblica;

c) sia possibile, qualora si debba organizzare un evento con un determinato artista curato in esclusiva da un’agenzia di spettacoli non iscritta al MEPA, procedere all’affidamento diretto previsto dall’art. 57 d. lgs. 163/2006, senza ricorrere al mercato elettronico;

d) sia ammissibile una collaborazione diretta con associazioni di promozione culturale o sportiva, che non possono iscriversi al MEPA, con il pagamento di una prestazione di servizi in occasione di manifestazioni ed eventi inseriti nel calendario istituzionale.

DIRITTO

1. Sull’ammissibilità della richiesta di parere

La richiesta di parere è da considerarsi ammissibile sotto il profilo soggettivo e procedurale, in quanto è stata sottoscritta dall’organo legittimato a rappresentare l’Amministrazione ed è stata trasmessa tramite il Consiglio delle Autonomie Locali della Liguria, nel rispetto, cioè, delle formalità previste dall’art. 7₈ l. 5.06.2003 n. 131.

Una valutazione positiva, in punto di ammissibilità, va espressa con riguardo anche al profilo oggettivo. Il quesito appare infatti riconducibile alla materia della contabilità pubblica poiché attiene all'interpretazione di disposizioni legislative a carattere vincolistico, introdotte per un impiego più razionale delle risorse pubbliche a disposizione.

2. La questione di merito. La giurisprudenza di controllo

L'art. 33₃ bis d. lgs.12.04.2006 n. 163, introdotto dall'art. 23 ter d.l. 24.06.2014, n. 90, conv. in l. 11.08.2014 n. 114, prevede che <<i>Comuni non capoluoghi di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'art. 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 7 aprile 2014 n. 56. 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>>.

L'art. 125₁₁ d. lgs. 163/2006 specifica che <<Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento>>.

L'art. 1_{449, 450} l. 27.12.2006 n. 296 indica che <<449. Nel rispetto del sistema delle convenzioni di cui agli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999 n. 488 e successive modificazioni, e 58 della legge 23 dicembre 2000 n. 388, tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del presente articolo, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo - qualità come limiti massimi per la stipulazione

dei contratti. Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni quadro stipulate da Consip S.p.A.

450. Dal 1 luglio 2007, le amministrazioni statali centrali e periferiche per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207. Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti dal comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328>>.

L'art. 57₂ d. lgs. 163/2006 consente la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara << qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato>>.

Il secondo e il quarto quesito formulato dal Comune di Loano sono già stati oggetto di approfondimento da parte delle Sezioni Regionali di controllo.

C.d.C. Sez. contr. Marche 27.11.2012 n. 169 e 25.03.2013 n.17, C.d.C. Sez. contr. Lombardia 26.03.2013 n. 112 e C.d.C. Sez. contr. Piemonte 23.05.2013 n. 211 ritengono che sussista un obbligo di ricorso ad un mercato elettronico, sia esso quello della pubblica amministrazione, ovvero quello realizzato direttamente dalla stazione appaltante o dalle centrali di committenza, al fine di garantire la tracciabilità dell'intera procedura di acquisto ed una maggiore trasparenza della stessa, con conseguente riduzione dei margini di discrezionalità dell'affidamento e la possibilità,

da parte di imprese concorrenti che riescano ad offrire prezzi più convenienti, di aderire ai medesimi mercati. La Sezione piemontese, peraltro, ha specificato come tale obbligo venga meno nell'ipotesi di indisponibilità o inidoneità dei beni presenti su tali mercati a soddisfare le esigenze dell'ente locale richiedente.

C.d.C. Sez. contr. Toscana 30.05.2013 n. 151 e C.d.C. Sez. contr. Emilia Romagna 17.12.2013 n. 286 specificano che i principi generali di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa, perseguiti dalle disposizioni sopra richiamate, consentono di mitigare l'obbligo di ricorrere ai mercati elettronici ogni qualvolta il ricorso all'esterno persegua la *ratio* di contenimento della spesa pubblica insita nelle varie norme.

3. La valutazione della Sezione sulle questioni sottoposte

La richiesta di parere concerne distintamente cinque quesiti relativi, *lato sensu*, ai limiti di derogabilità alle procedure elettroniche, o comunque concorrenziali, per l'acquisto di beni e servizi da parte degli enti locali.

Con il primo quesito, in particolare, si chiede se l'art. 23 ter d.l. 24.06.2014, n. 90, conv. in l. 11.08.2014 n. 114, che ha introdotto l'art. 33_{3 bis} d. lgs. 163/2006, escluda <<l'applicabilità del ricorso alle centrali di committenza nelle ipotesi di una procedura di affidamento diretto in base all'art. 125 comma 11 del codice dei contratti e nelle ipotesi di cottimo fiduciario sotto i 40.000,00= euro, atteso che in tali casi la normativa ammette la non attivazione della procedura concorsuale>>. In altre parole, il Comune intende sapere se sia possibile anche in questi casi ricorrere alle centrali di committenza – che in ipotesi dovrebbero assicurare risparmi di non minima entità avendo la possibilità di fare ordini di rilevante entità - anche nelle fattispecie in cui l'ordinamento consente l'acquisizione mediante amministrazione

diretta per ragioni di semplificazione e di celerità, stante il ridotto importo della medesima.

La risposta è positiva.

L'ordinamento privilegia gli strumenti delle centrali di committenza e delle procedure selettive nel presupposto, imposto anche dal diritto comunitario, che la massima concorrenzialità consenta i migliori risparmi di spesa, contemperando però tale esigenza con il principio di efficienza dell'azione amministrativa in quanto – come è facile arguire – il ricorso a tali procedure implica sicuri costi temporali e procedurali incompatibili con l'agere quotidiano di un ufficio pubblico. Questa è la ragione per cui gli acquisti sotto i quarantamila euro possono essere fatti direttamente dall'Ufficio economale senza attivazione di procedure concorrenziali. Nulla osta, pertanto, all'adozione delle procedure più garantistiche e al ricorso alle centrali di committenza ove l'ente locale, nel caso specifico, ritenga maggiormente opportuno intraprendere questa seconda strada.

Con il secondo e il quarto quesito, che possono essere affrontati congiuntamente, il Comune di Loano chiede se sia possibile acquistare beni e servizi al di fuori del MEPA (Mercato Elettronico delle Pubbliche Amministrazioni), eventualmente anche solo limitatamente alle spese economali.

La questione è più complessa della precedente.

L'art. 1⁴⁵⁰ l.296/2006 dispone che <<**fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti dal comma 449 del presente articolo**, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 [tra cui rientrano gli enti locali] per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328>>-

Il chiaro obbligo di ricorso ad un mercato elettronico (altro significato semantico non può assumere la locuzione <<sono tenuti>>), previsto dal comma 450, deve però tenere conto dell'espressa clausola di riserva prevista dalla disposizione che si pone in una evidente posizione di sussidiarietà rispetto alle <<**facoltà previst[e] dal comma 449 del presente articolo**>>, le quali ricomprendono la possibilità per gli enti locali di rivolgersi al libero mercato con il limite imperativo, soggetto alla eterointegrazione prevista dall'art. 1339 c.c., dello stesso prezzo - qualità/quantità previsto dal sistema delle convenzioni CONSIP e dei mercati elettronici. Tale interpretazione congiunta, oltre a coordinarsi sistematicamente con il principio generale di economicità dell'attività amministrativa, codificato nell'art. 1₁ l. 7.08.1990 n. 241, trova ulteriore conferma letterale nell'ultima parte dell'art. 1₄₄₉ l. cit. che espressamente stabilisce che i soli <<enti del Servizio sanitario nazionale sono **in ogni caso tenuti** ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, **le convenzioni quadro** stipulate da Consip S.p.A.>>.

Pertanto si può ritenere che i Comuni siano legittimati ad acquistare beni e servizi al di fuori del MEPA con il limite imperativo ed ablativo dell'assoluto rispetto dei limiti massimi di prezzo presenti sul mercato elettronico.

Con il terzo quesito il Comune di Loano chiede se sia possibile procedere all'affidamento diretto mediante trattativa privata senza pubblicazione di bando qualora si intenda organizzare un evento con un determinato artista curato in esclusiva da un'agenzia di spettacoli non iscritta al MEPA.

La risposta è ugualmente positiva.

In primo luogo si deve rilevare come la prestazione artistica non possa rientrare di per sé nella materia dell'appalto di servizi, costituendo una prestazione di opera professionale disciplinata dall'art. 2229 c.c. Non sussistono pertanto, *ab*

origine, le ragioni per l'applicazione del codice dei contratti pubblici alla fattispecie in esame.

Quand'anche si dovesse ritenere che la medesima possa rientrare tra gli appalti di servizi, essa deve essere ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 57₂ d. lgs. 163/2006 che consente la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara <<qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ... il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato>>. E' di tutta evidenza che l'infungibilità della prestazione artistica rende la medesima inidonea ad essere oggetto di procedure comparative o elettroniche (le quali, tra l'altro, possono essere utilizzate solo per acquistare beni e servizi tra cui certamente non può rientrare quella in questione).

Infine, con il quarto quesito l'Ente locale chiede se, in presenza di manifestazioni ed eventi inseriti nel calendario istituzionale, sia possibile la collaborazione diretta con associazioni di promozione culturale e sportiva che, in quanto tali, non possono iscriversi al MEPA, con il pagamento di una prestazione di servizi.

Anche in quest'ultimo caso la risposta è positiva, seppure con alcune precisazioni.

Il mero presupposto soggettivo, e cioè l'impossibilità di aderire al mercato elettronico non può essere da solo requisito sufficiente per derogare al medesimo, considerato che la ragione della sua istituzione risponde ad esigenze di carattere pubblicistico di trasparenza, imparzialità ed economicità che sono prevalenti rispetto a quelle del singolo soggetto associativo di collaborare con l'ente pubblico, quandanche tale volontà non sia supportata da finalità lucrative ma dal perseguimento di scopi ideali, che però assumono rilevanza economica, trattandosi di prestazioni fornite a titolo oneroso. Diverso è il caso in cui l'associazione sia in grado di fornire un servizio non rinvenibile sul mercato elettronico (ovvero, per

quanto detto sopra, rinvenibile ad un prezzo/qualità superiore): in questo caso non sembrano esservi preclusioni a consentire tale collaborazione diretta, purché appunto limitata a prestazioni non altrimenti rinvenibili sui mercati elettronici.

P.Q.M.

nelle esposte considerazioni è il parere della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Liguria sulle richieste avanzate dal Comune di Loano.

Copia della presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del Direttore della Segreteria, al Sindaco del Comune.

Così deliberato in Genova nelle camere di consiglio del 22 ottobre e del 10 novembre 2014.

Il Magistrato estensore

(Alessandro Benigni)

Il Presidente

(Ennio Colasanti)

Depositato in Segreteria il 10 novembre 2014

Il Funzionario Preposto

(Dott. Michele Bartolotta)