

Novità Appalti:

- dl 52/2012
- dl 95/2012
- dl 179/2012

Per comprendere il dl 95/2012 e la sua strutturazione anche letterale, è necessario avere contezza della situazione giuridica e giurisprudenziale antecedente

Legge 488/1999
Art. 26. Acquisto di beni e servizi

3. Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101. La stipulazione di un contratto in violazione del presente comma è causa di responsabilità amministrativa; ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni e quello indicato nel contratto. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano ai comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti e ai comuni montani con popolazione fino a 5.000 abitanti

Legge 488/1999
Art. 26. Acquisto di beni e servizi

3-bis. I provvedimenti con cui le amministrazioni pubbliche deliberano di procedere in modo autonomo a singoli acquisti di beni e servizi sono trasmessi alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, per l'esercizio delle funzioni di sorveglianza e di controllo, anche ai sensi del comma 4. Il dipendente che ha sottoscritto il contratto allega allo stesso una apposita dichiarazione con la quale attesta, ai sensi e per gli effetti degli articoli 47 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modifiche, il rispetto delle disposizioni contenute nel comma 3

Corte Costituzionale 417/2005
Facoltà di utilizzo di Consip

Non può contestarsi la legittimità costituzionale della norma che consente agli enti autonomi di aderire alle convenzioni statali, trattandosi di previsione meramente facoltizzante. Ma anche l'obbligo imposto di adottare i prezzi delle convenzioni come base d'asta al ribasso per gli acquisti effettuati autonomamente, pur realizzando un'ingerenza non poco penetrante nell'autonomia degli enti quanto alla gestione della spesa, non supera i limiti di un principio di coordinamento adottato entro l'ambito della discrezionalità del legislatore statale

Viene richiamata la precedente sentenza n. 36 del 2004 nella quale, con riferimento a una fattispecie analoga, era stato affermato che la norma che consente agli enti autonomi di aderire alle convenzioni statali è legittima in quanto reca una **"previsione meramente facoltizzante"**.

Utilizzo dei parametri prezzo Consip

legittimo è l'obbligo imposto di adottare i prezzi delle convenzioni come base d'asta al ribasso per gli acquisti effettuati autonomamente poiché, pur realizzando un'ingerenza non poco penetrante nell'autonomia degli enti quanto alla gestione della spesa, non supera i limiti di un principio di coordinamento adottato entro l'ambito della discrezionalità del legislatore statale.

Corte Costituzionale 417/2005

- 1) Legittima la norma che prevede **la facoltà** di utilizzo Consip
- 2) Legittima la norma che prevede **l'obbligo** del riferimento ai prezzi Consip, se non si utilizza Consip

Alla luce di queste considerazioni vediamo
ora il dl 95/2012

Art. 1, comma 1, DL 95/2012

1. Successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, i contratti stipulati in violazione dell'*articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488* ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, dei detti strumenti di acquisto e quello indicato nel contratto. Le centrali di acquisto regionali, pur tenendo conto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., non sono soggette all'applicazione dell'*articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488*

Sanzioni dell'art. 1, comma 1, DL 95/2012

- sono nulli,
- costituiscono illecito disciplinare
- sono causa di responsabilità amministrativa
(deve comunque essere provato l'elemento psicologico, ossia l'imputabilità all'agente per colpa grave o dolo in quanto la circostanza che la legge qualifichi tale condotta come causativa di responsabilità erariale non è sufficiente a ritenere che si tratti di responsabilità sanzionatoria anziché risarcitoria)

Oggetto della sanzione dell'art. 1, comma 1, DL 95/2012

i contratti stipulati in violazione dell'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A.:

Art. 1, comma 1, DL 95/2012

Ma stipulati da chi? Posto che manca il soggetto!

Art. 1, comma 7, DL 95/2012

Le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica,

- gas,
- carburanti rete e carburanti extra-rete,
- combustibili per riscaldamento,
- telefonia fissa e telefonia mobile,
- sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A.

Unica Soluzione possibile in armonia con la Costituzione

La norma evidentemente pone un divieto, ferma restando la previgente disciplina che non viene affatto modificata giacchè il comma 1 si limita solo ad inserire della sanzioni per il mancato rispetto di quanto previsto la disciplina Consip.

Del resto se imponesse l'utilizzo di Consip a soggetti autonomi quali gli enti locali violerebbe tout court non solo la Costituzione (art. 117 e 119), ma altresì si porrebbe in contrasto evidente con la già esistente pronuncia della Corte Costituzionale. C.d. abuso legislativo

Abuso legislativo

In realtà proprio oggi abbiamo due chiari esempi di abuso legislativo:

- 1) Acquisizione sanante ove il legislatore ha riscritto una norma (art. 42 bis dpr 327/2001) che la consulta ha già ritenuto (in un *obiter*) incostituzionale per violazione dell'art. 117 (CEDU).
- 2) Disciplina dei servizi pubblici locali ove il legislatore ha riscritto una norma (art. 4 dl 95/2012) che la consulta aveva ritenuto incostituzionale l'anno prima.

Art. 1, comma 1, DL 95/2012 alla luce della Corte Costituzionale 417/2005

- 1) Legittima la norma che prevede **la facoltà** di utilizzo Consip
- 2) Legittima la norma che prevede **l'obbligo** del riferimento ai prezzi Consip, se non si utilizza Consip

Art. 1, comma 7, DL 95/2012

Prevede tre modi di operare:

Devi usare Consip

"sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296",

Però puoi farne a meno se usi il mercato elettronico: *ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione sul mercato elettronico e sul sistema dinamico di acquisizione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati".*

Però puoi farne a meno anche se non usi il mercato elettronico: *E' 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 a quelli indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali*

Art. 1, comma 7, DL 95/2012

In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai predetti corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico. La mancata osservanza delle disposizioni del presente comma rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale.

Clausola contrattuale

Art. 1, comma 7, DL 95/2012

"Il presente contratto in esecuzione dell'art. 1, comma 7 del dl 95 del 2012, convertito in legge 135 del 2012 è soggetto a condizione risolutiva secondo quanto previsto dall'art. 1353 c.c. deducendo quale evento futuro ed incerto l'avverarsi di condizioni economiche di maggior favore per la stazione appaltante derivante da convenzione Consip. La condizione si avvera nel caso in cui il contraente non dia la disponibilità a adeguare i suoi prezzi a quelli più convenienti di Consip".

**Clausola contrattuale
come condizione mista
Art. 1, comma 7, DL 95/2012**

Si presenta come una condizione mista poiché l'effetto risolutivo dipende in parte da un evento esterno (*maggior favore del prezzo Consip*) ma altresì anche dal mancato adeguamento a tale prezzo da parte dell'operatore economico originario (*viene attribuita all'operatore economico la possibilità di modificare il contenuto del contratto adeguandolo ai prezzi Consip*).

**Criticità della clausola contrattuale
Art. 1, comma 7, DL 95/2012**

Questo strumento si presta ad lacune criticità poiché nel diritto civile la presenza di una clausola di condizione risolutiva (art. 1353 c.c.) a differenza di una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) comporta che l'eventuale avveramento della condizione si riflette automaticamente sul contratto facendolo venir meno (in modo automatico) a prescindere da un apporto volitivo del soggetto nei cui interesse è stata posta. Nel caso di specie pare che la condizione si possa considerare avverata nel momento in cui l'operatore economico faccia sapere che non intende modificare le condizioni di contratto ai corrispettivi Consip così lasciando il contratto da quel momento privo di un referente negoziale (indubbiamente questo arresto così drastico laddove dovesse verificarsi la fattispecie comporterebbe un notevole vulnus alla gestione del servizio sotteso il negozio giuridico interrotto giacché i tempi di attivazione del servizio da parte di Consip potrebbero essere assai dilati).

Art. 1, comma 13, DL 95/2012

Occorre premettere che il contratto ha tra le parti forza di legge e che non può essere modificato se non per volontà delle medesime ovvero nei casi previsti dalla legge (art. 1372 c.c.)

Art. 1, comma 13, DL 95/2012

*Le amministrazioni pubbliche che abbiano validamente stipulato un contratto di fornitura o di servizi hanno diritto di recedere in qualsiasi tempo dal contratto, previa formale comunicazione all'appaltatore con preavviso non inferiore a quindici giorni e previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite, nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 successivamente alla stipula del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica, **proposta da Consip S.p.A.**, delle condizioni economiche tale da rispettare il limite di cui all'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488. Ogni patto contrario alla presente disposizione è nullo. Il diritto di recesso si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'articolo 1339 c.c., anche in deroga alle eventuali clausole difformi apposte dalle parti. Nel caso di mancato esercizio del detto diritto di recesso l'amministrazione pubblica ne dà comunicazione alla Corte dei conti, entro il 30 giugno di ogni anno, ai fini del controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20.*

Spacchettamento

Attribuzione *ex lege* di un diritto potestativo alla stazione appaltante subordinato ad alcune condizioni molto specifiche:

- esistenza di un contratto già stipulato e quindi in essere (si applica anche ai contratti da stipulare?)
- deve trattarsi di un contratto di fornitura o di servizi senza distinzione tra contratti ad esecuzione istantanea ovvero ad esecuzione periodica e continuativa previa formale comunicazione all'appaltatore con preavviso non inferiore a quindici giorni. Vale per entrambe le fattispecie?
- previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite
- nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 successivamente alla stipula del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato
- l'appaltatore non acconsenta ad una modifica, ***proposta da Consip S.p.A.***, delle condizioni economiche tale da rispettare il limite di cui all'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488.

Art. 1, comma 13, DL 95/2012

Le amministrazioni pubbliche che abbiano validamente stipulato un contratto.

*L'utilizzo del verbo "congiuntivo presente" nella lingua italiana impone che si applichi anche ai contratti da stipulare e non solo a quelli già stipulati in quanto il **congiuntivo presente** è la forma verbale della lingua italiana è generalmente usata per indicare eventi come non reali o non obiettivi e quindi ipotetici.*

Art. 1, comma 13, DL 95/2012

un contratto di fornitura o di servizi

Vale il limite delle prestazioni già effettuate per i contratti ad esecuzione periodica e continuativa.

Non può trovare applicazione per i contratti ad esecuzione istantanea già stipulati ove deve solo essere effettuata la prestazione posto che il contratto si è chiuso (la carta deve solo essere consegnata; il computer deve solo essere consegnato)

Art. 1, comma 13, DL 95/2012

Quando scatta il recesso?

nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 successivamente alla stipula del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato

Analisi economica del diritto

In sostanza è opportuno redigere un quadro economico di raffronto dal quale si evinca (come dato stimato) che il valore di un rapporto giuridico sia superiore od inferiore rispetto quello oggetto di raffronto

Art. 1, comma 13, DL 95/2012

*... e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica, **proposta da Consip S.p.A.**, delle condizioni economiche tale da rispettare il limite di cui all'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488.*

**Novità introdotte dall'art. 4 di
95/2012 come convertito in
legge 135/2012**

Con l'entrata in vigore del dl 95 del 2012 il legislatore ha inciso profondamente sulle modalità di gestione delle risorse finanziarie per l'affidamento a terzi di commesse pubbliche non necessariamente collegata alla natura imprenditoriale del soggetto affidatario.

Art. 4, comma 6,

A decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria. Gli enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile, che forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche. Sono escluse le associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, gli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, le organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49, le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, le associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, nonché le associazioni rappresentative, di coordinamento o di supporto degli enti territoriali e locali.

La frastagliata norma impone quindi il divieto di elargire contributi a carico delle finanze pubbliche ad enti di diritto privato che forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche laddove questi siano annoverabili tra enti non a scopo di lucro. Contestualmente introduce una deroga qualificata in relazione ad alcuni enti particolari e precisamente:

- le associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383,
- gli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266,
- le organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49,
- le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381,
- le associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289,
- le associazioni rappresentative, di coordinamento o di supporto degli enti territoriali e locali.

Palese incostituzionalità della norma

Indubbiamente posta l'equivalenza della natura in ossequio agli artt. 3 e 18, la norma si presta ad una cesura di sicura costituzionalità poiché o il divieto viene introdotto per tutte le associazioni senza scopo di lucro, ovvero non vale in termini generali per nessuna associazione senza scopo di lucro.

Indirettamente rimane esclusa dal divieto l'elargizione di contributi allorché i servizi siano invece posti in essere a beneficio della collettività in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 ultimo comma della Costituzione. La norma testualmente dispone invero che "***Gli enti di diritto privato che forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa,***" di talché ne rimangono esclusi i servizi a favore della cittadinanza.

Giuridicamente questa distinzione è rilevante in quanto sotto intende l'esistenza di un negozio giuridico contrattuale tra la stazione appaltante e l'appaltatore quale diretto destinatario del beneficio della prestazione, laddove invece il servizio sia reso direttamente alla collettività il beneficiario diretto è soggetto distinto così escludendosi ogni forma di rapporto giuridico negoziale.

Questa distinzione di ordine sistematico è stata tenuta in considerazione proprio dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato per distinguere i servizi pubblici dai rapporti negoziali rimarcando che le società per la gestione dei servizi pubblici si caratterizzano per il fatto che tendono a soddisfare direttamente le esigenze della collettività, mentre le società strumentali pongono in essere attività a beneficio diretto la pubblica amministrazione per il perseguimento dei propri fini istituzionali.

Ciò premesso è opportuno che la *ratio* della norma non venga comunque elusa attraverso un suo utilizzo formalmente corretto, ma sostanzialmente deviante. In altre parole l'ente pubblico potrà, a parere dello scrivente, continuare a stipulare convenzioni con qualsivoglia associazione di volontariato purchè l'oggetto della medesima non abbia come scopo quello di porre in essere dei servizi a diretto beneficio dell'ente così mascherando un affidamento di commessa pubblica in violazione dei principi del codice dei contratti. Pubblici. Queste convenzioni potranno essere affiancate da una risorsa economica pubblica che però non avrà certamente valore di contributo, ma più propriamente di rimborso spese (debitamente certificato) in ragione dei costi sostenuti dall'ente senza scopo di lucro.

Esempio

A titolo di mero esempio, se una associazione in attuazione del sentimento di solidarietà sociale che anima lo scopo ideale delle associazioni senza scopo di lucro decide di costituire una associazione che abbia come scopo l'insegnamento musicale e nello specifico quello di porre in essere dei corsi di chitarra per i bambini, l'ente potrebbe da un lato attribuire in comodato gratuito una stanza e dall'altro attribuire, sempre in comodato gratuito, alcuni strumenti.

Sarebbe invero scorretto che l'associazione, dopo aver avuto l'uso della stanza e magari l'uso delle chitarra riceva un contributo per pagare gli insegnanti di chitarra per le lezioni impartite ai bambini. In questo caso si evince con chiarezza che in realtà, se così fosse, l'associazione non avrebbe altra funzione che costituire un mero centro di imputazione di spesa per un'attività finanziata direttamente dall'ente pubblico violando non solo la norma testè oggetto di interpretazione, ma altresì il principio della selezioni del prestatore di servizi. E' pacifico che l'insegnante di chitarra, se viene remunerato ed il costo è a carico dell'ente pubblico, deve essere scelto in base ai canonici principi di economicità, ossia di correlazione tra l'utilità conseguita ed il costo della prestazione (detto in soldoni, sarebbe necessario avere dei preventivi sul costo orario di alcuni insegnanti per poi compararli). **Vedi art. 7, comma 6, d.lgs 165/2001.**

Sarebbe invece corretto che l'associazione abbia tra di loro alcuni associati che gratuitamente mettano a disposizione la loro arte per trasmetterla ai bambini. In questa modalità operativa emerge non solo l'utilità oggettiva della associazione, ma altresì si giustifica senza alcun dubbio l'elargizione di denaro pubblico che si pone quale elemento strumentale per fornire il substrato concreto all'iniziativa lodevole e meritevole dell'associazione (ossia una stanza e gli strumenti musicali).

Art. 4, comma 7,

dopo aver ribadito che *al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo, **si sottolinea che** è ammessa l'acquisizione in via diretta di beni e servizi tramite convenzioni realizzate ai sensi dell'articolo 30 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, dell'articolo 7 della legge 11 agosto 1991, n. 266, dell'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e dell'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381. Sono altresì ammesse le convenzioni siglate con le organizzazioni non governative per le acquisizioni di beni e servizi realizzate negli ambiti di attività previsti dalla legge 26 febbraio 1987, n. 49, e relativi regolamenti di attuazione.*

Sintesi

gli affidamenti di beni e servizi sono soggetti alla disciplina del d.lgs 163/2006 a prescindere dalla natura onerosa o gratuita dell'affidamento e a prescindere dalla natura del soggetto affidatario.

Costituisce deroga ex lege al principio l'affidamento di beni e servizi a questi soggetti giuridici:

- le associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383,
- gli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266,
- le organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49,
- le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381,
- le associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289,
- le associazioni rappresentative, di coordinamento o di supporto degli enti territoriali e locali.

Criticità

Il legislatore sembra non conoscere la distinzione tra appalto e convenzione.

Il legislatore con evidenza distingue immotivatamente tra associazioni senza scopo di lucro per le quali c'è deroga da quelle per le quali non c'è deroga posto che entrambe hanno pari dignità costituzionale

In ogni caso l'art. 19 della Direttiva 18/2004 è comunque espressamente violato (art. 52 del d. lgs. 163/2006)

Non si comprende il comma 8-bis secondo cui i commi 7 e 8 non si applicano alle procedure previste dall'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381.

**Novità introdotte dal dl 179/2012 in
tema di appalti pubblici**

Norma oggetto di conversione in legge

DI 179/2012 in fase di conversione

All'articolo 11 decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il comma 13 è sostituito dal seguente:
«13. Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata.»

La sottoscrizione in forma elettronica vale solo per gli appalti tout court ovvero può estendersi anche alle convenzioni disciplinate dalle leggi di settore?

- Legge 381/1991
- Legge 388/2000
- Legge 266/1991

DI 179/2012 in fase di conversione

All'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dopo il comma 2, è aggiunto in fine il seguente:

«2-bis. A fare data dal 1° gennaio 2013 gli accordi di cui al comma 1 sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, pena la nullità degli stessi.»

Art. 15 (Accordi fra pubbliche amministrazioni)

1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.
2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3.
- 2-bis. A fare data dal 1° gennaio 2013 gli accordi di cui al comma 1 sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, pena la nullità degli stessi.

Si riferisce testualmente agli accordi tra pubbliche amministrazioni e non agli accordi tra pubblica amministrazione e privati che rimangono disciplinati dall'art. 11 per il quale nulla si dice.

Art. 11 (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento)

2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, **per atto scritto**, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

In sintesi

Dal 1 gennaio 2013 i **contratti di appalto** a pena di nullità devono essere stipulati in forma elettronica a prescindere

- dal valore
- dalla procedura utilizzata

accordi amministrativi

Gli accordi amministrativi di cui all'art. 15 della legge 241/1990 stipulati tra pubbliche amministrazioni a pena di nullità devono essere stipulati in forma elettronica

accordi amministrativi verticali

Gli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della legge 241/1990 stipulati tra pubbliche amministrazioni e privati a pena di nullità devono essere stipulati in forma scritta

Convenzioni

Le convenzioni con gli enti senza scopo di lucro per lo svolgimento di attività di pubblico interesse a pena di nullità devono essere stipulati in forma scritta e non devono prevedere in alcun modo alcuna forma di corrispettivo ovvero di contributo a carico del bilancio dell'ente pubblico.
Pena nullità virtuale del rapporto giuridico.

Comunicazioni

(art. 8 dl 52/2012)

8. Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori sono tenuti a comunicare all'Osservatorio, per contratti di importo superiore a 50.000 euro:

- a) entro trenta giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva o di definizione della procedura negoziata, i dati concernenti il contenuto dei bandi, dei verbali di gara, i soggetti invitati, l'importo di aggiudicazione, il nominativo dell'affidatario e del progettista;
- b) limitatamente ai settori ordinari, entro sessanta giorni dalla data del loro compimento ed effettuazione, l'inizio, gli stati di avanzamento e l'ultimazione dei lavori, servizi, forniture, l'effettuazione del collaudo, l'importo finale.

Mercato Elettronico

Tre tipologie di mercato elettronico

La stazione appaltante può stabilire di procedere all'acquisto di beni e servizi attraverso il mercato elettronico:

1. realizzato dalla medesima stazione appaltante
2. attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze sulle proprie infrastrutture tecnologiche avvalendosi di Consip S.p.A.
3. attraverso il mercato elettronico realizzato dalle centrali di committenza di riferimento di cui all'articolo 33 del codice.

Il mercato elettronico consente acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica e telematica, nel rispetto delle disposizioni e dei principi organizzativi di seguito indicati. Le procedure telematiche di acquisto mediante il mercato elettronico vengono adottate e utilizzate dalle stazioni appaltanti nel rispetto dei principi di trasparenza e semplificazione delle procedure, di parità di trattamento e non discriminazione.

Il mercato elettronico si pone come strumento operativo che si affianca e non si sostituisce al sistema ordinario di affidamento che può trovare applicazione sotto soglia comunitaria.

In ragione di quanto previsto dall'art. 332 del dpr 207 del 2010 si evince chiaramente che il mercato elettronico non sostituisce gli affidamenti in economia ex art. 125 del codice dei contratti giacchè la norma sottolinea proprio che le indagini di mercato, effettuate dalla stazione appaltante, ai fini dell'affidamento in economia, possono avvenire anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico di cui all'articolo 328, proprio delle amministrazioni aggiudicatrici.

Ne consegue che se come declinazione del concetto **indagine di mercato** vi è il riferimento al mercato elettronico è palese che questo sistema si pone come strumento alternativo o di raffronto rispetto altra modalità operativa prevista dalla legge.

Va da sé che il riferimento al mercato elettronico costituisce un elemento funzionale alla verifica di congruità dell'acquisto in termini di economicità del medesimo.

**Modifiche introdotte dal dl 52/2012
convertito in legge 94/2012**

Art. 11 D.lgs 163/2006

(art. 11 dl 52/2012)

10. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.

10-bis. Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:

- a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
- b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60 **e nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del regolamento**

L'art. 11 comma 10 bis prevede che il termine dei 35 giorni di rispetto per stipulare il contratto non si applichi al mercato elettronico.

- Non si comprende il senso logico!
- Non si capisce quindi che senso abbia allora l'onere di comunicare ai controinteressati l'esito della procedura previsto dall'art. 328, comma 5, del dpr 207/2010.

Art. 328 dpr 2010

5. *La stazione appaltante procede nei confronti dell'esecutore alle verifiche circa il possesso dei requisiti previsti e della cauzione definitiva di cui all'articolo 113, del codice, e, nel caso siano stati consultati fornitori abilitati, a rendere noto ai controinteressati l'esito della procedura.*

Art. 7 dl 52/2012 come convertito in legge 94/2012

2. Fermi restando gli obblighi previsti al 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».**

Legge 296/2006

1. 450. Dal 1° luglio 2007, **le amministrazioni statali centrali e periferiche**, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, 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 previsti al 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

Fondamentale è il raffronto tra

L'art. 328 del dpr 207/2010 = **facoltà** di utilizzo del mercato elettronico nelle sue tre declinazioni

1. mercato proprio
2. Mepa
3. centrale di committenza

L'art. 7 dl 52/2012 = **obbligo** di utilizzo del mercato elettronico in una delle sue tre declinazioni

Tenuta costituzionale dell'art. 7 del dl 52/2012

La norma **non è** incostituzionale poiché rinviando all'art. 328 del dpr 207/2010 dispone che le stazioni appaltanti procedano all'acquisto di beni e servizi attraverso il mercato elettronico:

1. realizzato dalla medesima stazione appaltante
2. attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze sulle proprie infrastrutture tecnologiche avvalendosi di Consip S.p.A.
3. attraverso il mercato elettronico realizzato dalle centrali di committenza di riferimento di cui all'articolo 33 del codice.

In sintesi

Impone un vincolo di utilizzo di uno strumento di affidamento (c.d. elettronico).

Indubbiamente questo comporta che gli operatori per poter stipulare con la pa dovranno adeguarsi con aggravio di spese, tuttavia così è.

MEPA

Verifiche ex art. 38 d.lgs 163

Nelle linee guida emanante da "acquistiretepa.it" si legge testualmente che *per abilitarsi ad un bando PePa il fornitore **deve** possedere i seguenti requisiti: assenza di cause di esclusione ex art. 38 d.lgs 163/2006*. Ne consegue che *ex lege* la presenza dell'operatore economico postula (anche logicamente) l'avvenuta previa verifica delle autodichiarazioni funzionali all'iscrizione nel mercato elettronico.

Verifiche ex art. 38 d.lgs 163

Gli operatori del mercato elettronico del sito "acquistiretepa.it" sono già stati previamente sottoposti a controllo ex art. 38 d.lgs 163/2006; ergo la stazione appaltante potrà interagire direttamente con gli operatori economici prescindendo dalla verifica dei controlli medesimi, essendo questi già stati effettuati ai fini dell'ammissione a bando per il commercio elettronico.

Tuttavia dopo aver scelto il contraente dovrà comunque porre in essere i controlli di rito.

- Imprescindibile l'uso della firma digitale
- la presenza del mercato elettronico non fa venire meno in capo al responsabile del procedimento il ruolo di *dominus* della procedura e quindi del *modus operandi* legittimo ai fini dell'affidamento.

Art. 13 DI 53/2012

Per i contratti relativi agli acquisti di beni e servizi degli enti locali, ove i beni o i servizi da acquistare risultino disponibili mediante strumenti informatici di acquisto, non trova applicazione quanto previsto dall'articolo 40 della legge 8 giugno 1962, n. 604.

Danno alla concorrenza

La Corte dei Conti nel giudizio di responsabilità ritiene che il *quantum* del danno debba essere rinvenuto nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa, di talchè l'utile (10% valore contratto) rappresenta la misurazione di tale eccedenza.

A fronte dell'indirizzo ora evidenziato è opportuno dare conto di alcune pronunce, per altro anche recenti, nelle quali il giudice della responsabilità chiarisce che il danno alla concorrenza come ogni altro danno non può essere meramente allegato ma deve essere dimostrato

il danno alla concorrenza, non diversamente da qualunque altra tipologia di danno patrimoniale, non può ritenersi sussistente "in re ipsa" per il solo fatto, cioè, che sia stato illegittimamente pretermesso il confronto tra più offerte. Deve dirsi, piuttosto, che l'omissione della gara costituisce un indizio di danno, in quanto suscita il sospetto che il prezzo contrattuale non corrisponda al minor prezzo che sarebbe stato ottenibile dal confronto di più offerte. Trattandosi, però, pur sempre e soltanto di un sospetto, occorre dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia determinato una maggiore spesa di denaro pubblico; dimostrazione che potrà essere raggiunta con il ricorso a ogni idoneo mezzo di prova, quale può essere la comparazione con i prezzi o con i ribassi conseguiti a seguito di gara per lavori o servizi dello stesso genere di quello in contestazione. Ed è ovvio che solo in ipotesi di dimostrata esistenza del danno potrà farsi ricorso alla liquidazione con valutazione equitativa, che – come è ben noto - è prevista dall'art. 1226 c.c. proprio per sopperire alla impossibilità o, comunque, alla particolare difficoltà di quantificare un danno di cui sia, però, certa l'esistenza.

Se da un lato è assodato che non può esservi l'obbligo giuridico formale di rivolgersi alla Consip o di utilizzare obbligatoriamente il commercio elettronico, va da sé che laddove i prezzi praticati, a parità di prodotto siano inferiori, l'obbligo risponderà non ad un vicolo normativo specifico, ma al principio normativo consacrato nell'art. 1 della legge 241 del 1990, ossia quello di economicità la cui declinazione concreta comporta che un bene lo devo acquisire dove costa meno, ovvero ampiamente motivare le ragioni che mi inducono ad una scelta di diverso tenore.

La Corte di Cassazione ormai pacificamente riconosce che “detti criteri costituiscono specificazione del più generale principio sancito dall'art. 97 Costituzione ed hanno acquisito dignità normativa assumendo rilevanza sul piano della legittimità. La verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può quindi prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e costi sostenuti. Si intende allora che la violazione dei criteri sopra indicati possa assumere rilievo anche nel giudizio di responsabilità, dal momento che l'antigiuridicità dell'atto amministrativo costituisce un presupposto necessario (anche se non sufficiente) della colpevolezza....di chi lo abbia posto in essere”. (Cass. sez un. 14488/2003).

Regola aurea

Ad ogni buon conto emerge che: ***per non subire censure di natura contabile, l'acquisto di beni e servizi non può prescindere da una previa indagine di mercato dalla quale emerga l'economicità dell'affidamento.***

Novità apportate dalla legge anticorruzione

Art. 3, comma 1,

Nei siti *web* istituzionali delle amministrazioni pubbliche sono pubblicati:

- **Costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche**
- **Costi di produzione dei servizi erogati ai cittadini.**

Le informazioni sui costi sono pubblicate sulla base di uno schema tipo redatto dall'Autorità per la vigilanza

La trasparenza dell'attività amministrativa, è assicurata mediante la pubblicazione, **nei siti *web* istituzionali** delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative:

- scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163

**secondo criteri di facile accessibilità,
completezza e semplicità di consultazione,
nel rispetto delle disposizioni in materia di
segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di
protezione
dei dati personali**

Art. 3, comma 3,

**Le stazioni appaltanti possono prevedere negli
avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il
mancato rispetto delle clausole contenute nei
protocolli di legalità o nei patti di integrità
costituisce causa di esclusione dalla gara.**

**NB violazione palese della Direttiva 18/2004 che
indica in modo tassativo le cause di esclusione**

Art. 3, comma 5,

Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli».

Art. 3, comma ...,

Con riferimento ai procedimenti di cui al comma 2, lettera b), del presente articolo, le stazioni appaltanti sono in ogni caso tenute a pubblicare nei propri siti *web* istituzionali:

- **la struttura proponente;**
- **l'oggetto del bando;**
- **l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte;**
l'aggiudicatario;
- **l'importo di aggiudicazione;**
- **i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura;**
- **l'importo delle somme liquidate.**

Art. 13 D.lgs 163/2006

2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, **il diritto di accesso è differito:**
- a) nelle **procedure aperte**, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
 - b) nelle **procedure ristrette e negoziate**, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, **e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte** e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione Ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

Art. 13 D.lgs 163/2006

3. Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.
4. L'inosservanza del comma 2 e del comma 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'articolo 326 del codice penale.

**Art. 326.
Rivelazione ed utilizzazione di segreti
di ufficio.**

Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Per cui contestualmente:

L'art. 13 del d.lgs impone di non rendere pubblici i nomi degli operatori economici invitati

L'art. 3, comma ..., legge anticorruzione impone di pubblicare sul sito web l'elenco degli operatori invitati

Unica interpretazione possibile:

Posto che l'art. 3, comma ..., legge anticorruzione impone di pubblicare sul sito web l'elenco degli operatori invitati **senza** indicare il momento temporale della pubblicazione è ovvio che deve prevalere l'art. 13 del d.lgs. con la conseguenza che la pubblicazione sul sito potrà avvenire solo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime.

Art. 3

Entro il 31 gennaio di ogni anno, tali informazioni, relativamente all'anno precedente, sono pubblicate in tabelle riassuntive rese liberamente scaricabili in un formato digitale *standard* aperto che consenta di analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informatici. Le amministrazioni trasmettono in formato digitale tali informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che le pubblica nel proprio sito *web* in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione.

Art. 3

18. L'autorità individua con propria deliberazione le informazioni rilevanti e le relative modalità di trasmissione. Entro il 30 aprile di ciascun anno, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte, le informazioni di cui al presente comma in formato digitale *standard* aperto. Si applica l'articolo 6, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

19. La mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni di cui al comma 17 del presente articolo costituisce violazione degli *standard* qualitativi ed economici ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n.198, e è comunque valutata ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, e successive **modificazioni. Eventuali ritardi nell'aggiornamento dei contenuti sugli strumenti informatici sono sanzionati a carico dei responsabili del servizio.**

Le disposizioni del presente articolo si applicano alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, e Le disposizioni del presente articolo si applicano alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, e