

## LINEE GUIDA

### per l'applicazione dell'art. 1 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 coordinato con la legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135 cosiddetto decreto "Spending review"

#### 1. L'obbligo di acquisto centralizzato

Il decreto legge (D.L.) 6 luglio 2012, n. 95 convertito con modificazioni nella legge (L.) 7 agosto 2012, n. 135 contiene «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese nel settore bancario».

Tale disciplina, nella versione risultante dalle modifiche introdotte dalla legge di conversione, è in vigore dal 15 agosto 2012 (giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della R.I.).

L'art. 1 del D.L. n. 95/2012, rubricato «riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e trasparenza delle procedure»:

- a. rafforza il regime già previsto dall'art. 26, comma 3, della L. 23 dicembre 1999, n. 488;
- b. conferma la validità dei previgenti obblighi di approvvigionamento mediante «gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip»<sup>1</sup> tra i quali, in particolare, è da annoverare l'obbligo delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo (D.Lgs.) 30 marzo 2001, n. 165 di fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione (MePa) per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del D.L. 7 maggio 2012, n. 52, convertito in legge dalla L. 6 luglio 2012, n. 94.

L'ambito oggettivo dell'art. 1, comma 1, della L. n. 135/2012 è definito, quanto all'obbligo del ricorso alle convenzioni, dall'art. 26, comma 3, della L. n. 488/1999.

L'ambito oggettivo di quest'ultimo è a sua volta definito dall'art. 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, in forza del quale:

- tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, 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, e successive modificazioni, 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.

Le convenzioni sono contratti stipulati da Consip nell'ambito dei quali gli operatori economici aggiudicatari di gare si obbligano ad accettare ordinativi da parte delle pubbliche amministrazioni, aventi ad oggetto una prestazione sino ad un quantitativo massimo e sino a una durata di tempo prestabiliti.

Nella convenzione vengono fissate le condizioni generali del contratto che sarà concluso dalle singole amministrazioni contraenti mediante l'emissione di relativi ordinativi.

Ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, considerato anche che l'adesione dell'Amministrazione alla convenzione potrebbe intervenire a distanza di tempo dall'aggiudicazione di Consip, la stessa Amministrazione è tenuta ad esperire le verifiche in ordine al possesso dei requisiti generali.

Ai sensi dell'art. 6 del D.P.R. n. 207/2010, l'Amministrazione è altresì tenuta all'acquisizione del DURC in corrispondenza degli eventi di cui al comma 3, lettere b), c), d), e), del richiamato art. 6.

---

<sup>1</sup> Tali strumenti consistono nelle convenzioni, nel mercato elettronico della P.A., negli accordi quadro, nel sistema dinamico di acquisizione e nelle gare telematiche: per ogni chiarimento cfr. [www.acquistinretepa.it](http://www.acquistinretepa.it).

Quanto all'“obbligo di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione di Consip”, il suo ambito oggettivo è definito dall'art. 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, così modificato dall'articolo 7, comma 1, legge n. 94 del 2012, in forza del quale:

- 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 dall'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207;
- le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi (non lavori, n.d.a.) 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.

Sia per gli enti statali e che per quelli locali è perciò obbligatorio il ricorso al mercato elettronico che può essere realizzato:

- dalla medesima stazione appaltante;
- dal Ministero dell'economia e delle finanze avvalendosi di Consip;
- dalle centrali di committenza di riferimento di cui all'art. 33 del codice dei contratti.

Si tratta di un vero e proprio mercato elettronico di tipo selettivo in cui gli operatori economici che hanno ottenuto l'abilitazione offrono i propri beni e servizi direttamente online.

I compratori registrati (le pubbliche amministrazioni) possono consultare il catalogo delle offerte ed emettere direttamente ordini d'acquisto o richieste d'offerta.

Ai sensi dell'art. 328, comma 4, del D.P.R. n. 207/2010, “avvalendosi del mercato elettronico le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e servizi sotto soglia: a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati”.

Rispetto alle convenzioni si presenta come un canale complementare, idoneo per l'acquisto di beni e servizi che non è efficiente trattare a livello di convenzioni per le loro caratteristiche peculiari (ad esempio, beni non standardizzabili) o per il tipo di fabbisogno che sono destinati a soddisfare (ad esempio acquisti frazionati, frequenti, per volumi ridotti, con opzioni di servizio specifiche).

In ipotesi di ricorso al mercato elettronico vale quanto già detto riguardo alla convenzione per la verifica sul possesso dei requisiti generali e per l'acquisizione del DURC.

Peraltro, l'art. 328, comma 8, del DPR n. 207/2010 prescrive espressamente che “la stazione appaltante procede nei confronti dell'esecutore alle verifiche circa il possesso dei requisiti previsti e della cauzione definitiva di cui all'art. 113, del codice, e, nel caso siano stati consultati fornitori abilitati, a rendere noto ai controinteressati l'esito della procedura”.

E' ragionevole ritenere che l'obbligo del ricorso al mercato elettronico si estenda anche agli acquisti in economia. Ovviamente agli acquisti in economia aventi ad oggetto beni e servizi (e non lavori).

Sia perché gli acquisti in economia rientrano nel novero degli “acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario” secondo la formula adottata dall'art. 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, sia perché il mercato elettronico può ricomprendere anche gli acquisti in economia.

Ai sensi dell'art. 328, comma 4, del DPR n. 207/2010 “avvalendosi del mercato elettronico le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e di servizi sotto soglia (...) b) in applicazione delle procedure di acquisto in economia di cui al capo II”.

Tale soluzione è coerente con la *ratio* della L. n. 135/2012 di riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi. Tra i vantaggi del mercato elettronico vi sono anche la semplificazione ed i risparmi di tempo sul processo di acquisizione.

Da evidenziare che ai sensi dell'art. 11, comma 10-bis, del Codice dei contratti “il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi: b) nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207”.

Il ricorso alle procedure in economia rimane consentito, oltre che nei lavori, soltanto nei casi di indisponibilità del bene o del servizio nei mercati elettronici di cui all'art. 328 del DPR. n. 207/2010.

Non è chiara l'applicabilità immediata delle disposizioni della L. n. 135/2012 alle Province e alle Regioni autonome.

Ai sensi dell'art. 24-bis "le disposizioni del presente decreto si applicano alle predette regioni e province autonome secondo le procedure previste dai rispettivi statuti speciali e dalle relative norme di attuazione, anche con riferimento agli enti locali delle autonomie speciali che esercitano le funzioni in materia di finanza locale, agli enti ed organismi strumentali dei predetti enti territoriali e agli altri enti o organismi ad ordinamento regionale o provinciale".

La disposizione sembra richiedere l'intermediazione delle Regioni e Province autonome, laddove, però, sussistano procedure previste ad hoc dallo statuto e dalle relative norme di attuazione.

L'obbligo di ricorrere alle convenzioni e agli altri strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. è rafforzato dalle conseguenze che il legislatore correla alla sua violazione e che consistono:

- a. nella nullità<sup>2</sup> del contratto altrimenti concluso;
- b. nella responsabilità amministrativa dell'agente;
- c. nella responsabilità disciplinare dell'agente.

La previsione delle conseguenze *sub c)* ed *e)* rappresenta un *quid novi* rispetto al contenuto dell'art. 26, comma 3, della L. n. 488/1999 che contemplava soltanto la conseguenza *sub d)*.

## 2. L'obbligo ed il suo ambito soggettivo

La nuova disciplina ed i correlati obblighi si applicano a quei soggetti già destinatari delle previsioni dell'art. 26, comma 3, della L. n. 488/1999 (per le convenzioni) e dell'art. 7, comma 2, del D.L. n. 52/2012 (per il MePa) ed in particolare:

- a. alle amministrazioni statali centrali e periferiche;
- b. alle aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo;
- c. alle Regioni, alle Province, ai Comuni, alle Comunità montane, e loro consorzi e associazioni;
- d. agli Istituti autonomi case popolari;
- e. alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e alle loro associazioni;
- f. agli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali;
- g. alle amministrazioni, alle aziende e agli enti del Servizio sanitario nazionale;
- h. all'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN);
- i. alle Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

Il novero dei soggetti tenuti al rispetto della nuova disciplina deve essere poi integrato – limitatamente agli affidamenti indicati dall'art. 1, comma 7, della L. n. 135/2012 e alle condizioni ivi specificate – con l'indicazione:

- j. delle «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».

---

<sup>2</sup> Stante il regime civilistico della nullità del contratto: a) questa può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse, può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.) e non è suscettibile di convalida (art. 1423 c.c.); b) l'azione per farla dichiarare non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti della prescrizione delle azioni di ripetizione (art. 1422 c.c.).

### 3. L'obbligo ed il suo ambito oggettivo

La nuova disciplina ed i correlati obblighi si applicano agli affidamenti di forniture e di servizi.

Sono pertanto esclusi gli appalti di lavori.

Tant'è che l'art. 1 della L. n. 135/2012 è rubricato "riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e trasparenza delle procedure" e l'art. 26 della L. n. 488/1999 è rubricato "acquisto di beni e di servizi".

In caso di affidamenti misti – cioè aventi per oggetto servizi e lavori oppure forniture e lavori – si applica l'art. 14, comma 2, del decreto legislativo (D.Lgs.) 12 aprile 2006, n. 163 secondo cui «l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto».

### 4. Le esclusioni

Le ipotesi di esenzione dagli obblighi di cui all'art. 1 della L. n. 135/2012 si fondano o sulla tipologia del soggetto committente o sulla tipologia dell'oggetto della commessa.

E' necessario però distinguere l'obbligo di adesione alle convenzioni Consip dall'obbligo di utilizzo del mercato elettronico.

Il regime di esenzione riguarda:

- a. gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie, ai sensi dell'art. 1, comma 449, della L. n. 296/2006; tali soggetti sono sottratti dall'obbligo di adesione alle convenzioni Consip, ma soggiacciono a quello di utilizzo del mercato elettronico;
- b. i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti e ai comuni montani con popolazione fino a 5.000 abitanti, ai sensi dell'art. 26, comma 3, ultimo periodo, della L. n. 488/1999: "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"; tali soggetti sono sottratti dall'obbligo di adesione alle convenzioni Consip, ma soggiacciono a quello di utilizzo del mercato elettronico.

L'esclusione dall'obbligo delle convenzioni deve essere però valutata anche alla luce dell'art. 33, comma 3-bis, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, così come integrato dalla L. n. 135/2012, secondo cui «i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici. In alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 e ed il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207».

Sulla base di un'interpretazione letterale, parrebbe potersi sostenere che i comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti, ove non ricorrano alla centrale di committenza o agli strumenti dell'unione tra comuni o del consorzio, siano soggetti all'obbligo delle convenzioni, superando così il regime di esenzione previsto tanto dall'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 quanto dall'art. 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296;

- c. gli organismi di diritto pubblico, sottratti tanto all'obbligo di adesione alle convenzioni Consip quanto all'obbligo di utilizzo del mercato elettronico;
- d. le centrali di acquisto regionali, quanto all'obbligo di adesione alle convenzioni Consip, per le quali è comunque prescritto che debbano comunque «tenere conto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A.», ai sensi dell'art. 1, comma 1, della L. n. 135/2012; sono invece sottoposte all'obbligo di utilizzo del mercato elettronico che, come si è detto, investe le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni;

- e. i soggetti sottoposti all'obbligo di adesione alle convenzioni Consip limitatamente all'ipotesi di indisponibilità delle convenzioni Consip S.p.A. e di motivata urgenza; in questo caso, i contratti stipulati hanno «durata e misura strettamente necessaria e (sono) sottoposti a condizione risolutiva<sup>3</sup> nel caso di disponibilità della detta convenzione» (comma 3). Non è invece prevista la possibilità per il contraente di adeguamento del corrispettivo del contratto stipulato alle condizioni di maggior vantaggio previste nella convenzione sopravvenuta;
- f. i soggetti sottoposti agli obblighi di adesione alle convenzioni Consip e di utilizzo del mercato elettronico in caso di affidamento avente ad oggetto una delle indicate categorie merceologiche (energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile). In tal caso l'affidamento, in deroga agli approvvigionamenti mediante convenzioni o mercato elettronico, può conseguire ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica e purché preveda corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle convenzioni e accordi quadro di Consip S.p.A. e delle altre centrali di committenza regionali; in questo caso il contratto deve comunque essere sottoposto 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.

## 5. Il contratto e la sua efficacia

Il contratto stipulato in violazione dell'obbligo dell'art. 1 del D.L. n. 95/2012 convertito nella L. n. 135/2012, poiché nullo, non è produttivo di effetti.

Gli effetti del contratto validamente stipulato possono cessare:

- per effetto delle condizioni risolutive indicate nel paragrafo 4., lettere e) ed f), al sopravvenire di condizioni migliorative rispetto a quelle del contratto stipulato: la condizione risolutiva deve essere espressamente inserita nel contratto, in quanto non opera alcun meccanismo di inserzione automatica;
- anche in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso riconosciuto alle amministrazioni pubbliche dall'art. 1, comma 13, del D.L. n. 95/2012, che «si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'art. 1339 c.c., anche in deroga alle eventuali clausole difforme apposte alle parti».

Il diritto di recesso può essere esercitato quando 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.

Dubbi sull'ambito oggettivo del diritto di recesso: sembrerebbe applicarsi ai contratti conclusi attraverso l'intermediazione di Consip, posto che la modifica delle condizioni contrattuali deve essere proposta proprio da Consip.

---

<sup>3</sup> Stante il regime civilistico della condizione risolutiva gli effetti del suo avveramento retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso; se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l'avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite (art. 1360 c.c.)