

Studio Legale Coffrini

Associazione Professionale

Avv. ERMES COFFRINI
Dott. MARCELLO COFFRINI

CONVENZIONI CONSIP: ASPETTI GIURIDICI E NORMATIVI.

Prima di entrare nello specifico della problematica relativa alle convenzioni in oggetto, pare opportuna una disamina, seppure sommaria, della normativa di riferimento, a cominciare dalla legge 488/99, il cui art. 26 ha introdotto la previsione della possibilità per il Ministero del Tesoro di stipulare *“convenzioni con le quali l’impresa prescelta si impegna ad accettare, sino alla concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di forniture deliberati dalle amministrazioni dello Stato, con ricorso alla locazione finanziaria”*.

La norma continua con la seguente puntualizzazione: *“Le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate ai sensi del 1° comma... Le restanti amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse; ovvero devono utilizzare i parametri di qualità e prezzo per l’acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento”*.

Questo il tenore della norma che, seppure nel titolo parli di acquisto di beni e servizi, in realtà si occupa solo dell’acquisto di beni (forniture), ma non dei servizi.

Con la finanziaria 23.12.2000 n. 388, all'art. 59, la disciplina è ripresa, continuandosi a parlare di *“standardizzazione degli ordini di acquisto per specie merceologiche”*.

Il comma 5 dell'art. 59, poi, precisa che *“le convenzioni ed i prezzi relativi alle singole categorie merceologiche sono pubblicati sul sito Internet del Ministero del Tesoro...”*.

Alle regioni, alle aziende sanitarie ed ospedaliere, agli enti locali ed alle università, che non aderiscono alle convenzioni si applicano le disposizioni di cui al terzo comma dell'art. 26 della legge 488/99 (ossia *“devono utilizzare i parametri di qualità e prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento”*).

Gli enti devono motivare i provvedimenti con cui procedono all'acquisto di beni e servizi a prezzi ed a condizioni meno vantaggiosi di quelli risultati dalle convenzioni suddette...

Con l'art. 32 della finanziaria 448/2001, è confermato l'obbligo di aderire alle convenzioni, con imposto agli enti di *“promuovere azioni per esternalizzare i propri servizi al fine di realizzare economie di spesa e migliorare l'efficienza gestionale”*.

Con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 30.9.2002 (in G.U. 17.10.2002 n. 244), avente ad oggetto le *“economie di spese da parte degli enti pubblici istituzionali negli acquisti di beni e servizi”*, è ribadito l’obbligo delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato di approvvigionarsi di beni e servizi utilizzando le convenzioni CONSIP, *“mentre le restanti pubbliche amministrazioni hanno la facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzare i parametri di qualità e prezzo per l’acquisto di beni, comparabili con quelli oggetto di finanziamento”*.

Infine con l’ultima finanziaria (legge 27.12.2002 n. 289), all’art. 24 terzo comma, si riprende l’obbligo per gli enti pubblici istituzionali di utilizzare le convenzioni CONSIP, ferma, però la disciplina prevista dalle precedenti leggi finanziarie, disciplina che contiene (è opportuno ribadirlo) la distinzione tra amministrazioni dello Stato ed altri enti; i quali, tuttavia, per *“procedere ad acquisti in maniera autonoma ... adottano i prezzi delle convenzioni di cui sopra come base d’asta di ribasso”*.

Ciò a pena di nullità dei contratti e della responsabilità personale dei dipendenti, che hanno sottoscritto i contratti.

Con questa ultima precisazione, evidentemente, si tende a stimolare l'utilizzo delle convenzioni quadro predisposte e aggiudicate dalla CONSIP.

Fatto è, per, che al di là della opinabilità del sistema, è imprescindibile che i *“parametri di qualità e prezzo”* siano *“comparabili con quelli oggetto di convenzionamento”*.

Il che – ossia la comparabilità - se è relativamente semplice per le forniture (una fotocopiatrice od una matita ben possono aver un prezzo unico per larghe zone territoriali), diventa estremamente difficile, per non dire impossibile, per quelle prestazioni sempre più complesse ed articolate che appartengono al concetto di servizi.

* * * * *

Dopo queste considerazioni, è opportuno un accenno, anche se superficiale, alla disciplina dei servizi, con particolare riguardo al decr. legis. 157/95, di recepimento della direttiva 92/50 CEE.

E' poco agevole pensare, invero, che una convenzione quadro CONSIP, che si riferisce ad estese zone territoriali, possa rispondere alle esigenze di puntualità nella scelta del contraente, di cui si fa carico il decr. legis. 157/95.

Il che è ancora più evidente, se si pone attenzione al criterio di aggiudicazione, stabilito all'art. 23, comma 1, lett. b, che parla di *“offerta economicamente più vantaggiosa, valutabile in base ad elementi diversi, variabili secondo il contratto in questione quali, ad esempio, il merito*

tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo”.

Con il comma 6, sempre l'art. 23 ridetto, prevede che, con DPCM siano stabiliti *“parametri di valutazione e di ponderazione degli elementi di cui al comma 1, lett. b) volti a garantire, in relazione alla natura del servizio un corretto rapporto qualità-prezzo”.*

Sulla scorta di questa norma ed, in sua attuazione, è stato emanato il DPCM 13.3.1999 n. 117, che stabilisce che *“le amministrazioni aggiudicatrici, per la determinazione dell'offerta più vantaggiosa, prendono in considerazione i seguenti elementi:*

- a) caratteristiche qualitative, metodologiche e tecniche ricavate dalla relazione di offerta (progetto tecnico);*
- b) prezzo”.*

Il DPCM, poi, introduce fattori di ponderazione e criteri di attribuzione dei punteggi – lo si ripete – che hanno un senso solo se applicati ad un oggetto contrattuale ben definito; ma non se questo oggetto è genericamente indicato (ovvero, nemmeno contemplato).

* * * * *

In siffatto contesto (caratterizzato dal decr. legis. 157/95 e dal DPCM 117/99), ci si deve chiedere se i bandi di gara già elaborati da CONSIP possano essere ritenuti compatibili con la normativa richiamata.

La risposta è negativa, dal momento che la logica delle convenzioni quadro è quella di ipotizzare un modello teorico, creato a tavolino, che dovrebbe essere sovrapposto alla variegata situazione degli enti appaltanti.

Ciò quasi che fosse possibile una omogenizzazione dei servizi, tanto spinta da azzerare le differenze, che, invece, sia per ragioni di ubicazione, che di caratteristiche delle strutture (ad esempio di loro vetustà), sono destinate a restare ed a pesare.

Tant'è vero che, nei suoi capitolati, CONSIP prevede che l'ente appaltante possa richiedere all'assuntore qualcosa di più ed anche di diverso dalle prestazioni previste nel disciplinare di gara e nel relativo capitolato, convenendo il relativo corrispettivo.

Fatto è che, in questo modo, intanto non ci si attiene al principio della invarianza del corrispettivo; ma si avvia una fase successiva di contrattazione diretta, che tutto può essere definita, meno che rispondente alle esigenze della par condicio.

Le imprese partecipanti ad una gara, invero, debbono sapere da subito qual è il suo oggetto e la sua estensione, con le connesse conseguenze in termini economici.

Le variazioni successive, invece, alterano questa esigenza, riducendo – per non dire azzerando – gli eventuali vantaggi di una contrattazione centralizzata.

* * * * *

Recentemente, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con comunicazione in data 22.10.2002 (in G.U. 6.11.2002 n. 260), ha invitato le stazioni appaltanti, che vogliano affidare appalti di Global Service, a *“specificare, nei relativi bandi di gara, l'esatto ammontare delle singole prestazioni richieste (lavori, servizi, forniture), e la loro incidenza percentuale relativamente all'importo complessivo dell'appalto; ricomprendere nel calcolo della componente lavori e l'ammontare stimato delle opere anche nell'ipotesi in cui siano connesse alla prestazione di un servizio; esplicitare nei relativi bandi di gara i requisiti che, secondo quanto disposto dal DPR 34/2000, devono essere posseduti dall'esecutore dei lavori, comunque, ricompresi nell'appalto, qualora gli stessi rientrino nelle soglie dimensionali e tipologiche previste dalla norma”*.

Ecco, dunque, come l'Autorità di Vigilanza considera il bando, che deve assolvere alla necessità di specificare – si ripete – *“l'esatto ammontare delle singole prestazioni”*.

Il che è esattamente l'opposto di ciò che succede nelle convenzioni CONSIP, che, non certo per cattiva

volontà del loro estensore, ma per oggettiva impossibilità, riguardando una pluralità di regioni, non possono che mantenersi sul generico, con la conseguente necessità di una ulteriore fase contrattuale (e questa volta diretta) di specificazione ed individuazione delle prestazioni effettuande.

In siffatto contesto, dunque, il richiamo reiteratamente effettuato ai parametri di qualità e prezzo, risultanti dalle convenzioni CONSIP, è destinato a restare lettera morta, nel senso che, non esistono (nell'ambito dei servizi, soprattutto se coordinati e complessi, come quelli di Global Service) le condizioni per effettuare comparazioni, che consentano di assumere i risultati ottenuti da CONSIP come base contrattuale.

Certo, visto il richiamo alla responsabilità, anche personale effettuata dall'ultima finanziaria, occorrerà motivare la non assunzione della convenzione CONSIP.

Il che, però, non sarà difficile, alla luce di quanto in sintesi è stato accennato; ciò anche tralasciando altre considerazioni relative all'autonomia degli enti ed alla compatibilità della normativa di che trattasi, con quanto previsto dal nuovo titolo V della Costituzione.

* * * * *

Una annotazione ulteriore, che riguarda – questa volta - la libertà di impresa, può essere desunta dalla

determinazione della Autorità garante della concorrenza e del mercato, n. 1663 / 2002, che ha affermato che *“la gara organizzata da CONSIP per l’acquisto del servizio sostitutivo di mensa per il personale delle pubbliche amministrazioni è stata alterata da una pratica consorziata”*.

Ecco, dunque, gli effetti delle maxi gare, che, anche a prescindere da situazioni patologiche, come quella rilevata dall’Authority, oggettivamente, tendono a creare situazioni di oligopolio, non rispondenti al principio di libera circolazione delle merci e dei servizi ed alla esigenza di favorire la partecipazione alle pubbliche gare.

* * * * *

Conclusivamente e riassuntivamente:

- a) l’art. 24 della legge finanziaria n. 289/2002, laddove, al terzo comma, stabilisce l’obbligo di utilizzare le convenzioni quadro definite da CONSIP Spa, si riferisce espressamente alle pubbliche amministrazioni considerate nella allegata tabella C, vale a dire a 13 ministeri sui 14 esistenti (è escluso solo il Ministero delle comunicazioni); nonché agli enti pubblici istituzionali;

* * * * *

- b) “per procedere ad acquisti in maniera autonoma, gli enti di cui all’art. 24, comma 6, della legge 28.12.2001 n. 448 (ossia le province, i comuni, le comunità montane ed i

consorzi) adottano i prezzi delle convenzioni come base d'asta;

* * * * *

- c) al di là non essere definito quali siano gli enti pubblici istituzionali, che non si ritiene possano essere le regioni o gli enti strumentali da esse dipendenti (quali le aziende sanitarie), esce rimarcato come l'obbligo di aderire alle convenzioni CONSIP valga solo per le amministrazioni dello Stato; gli altri enti sono facoltizzati ad aderire;

Questa distinzione è stata confermata da rappresentanti di CONSIP nel convegno organizzato, nello scorso marzo a Milano, da Paradigna Srl, sul tema "Appalti di servizi e di fornitura – le novità introdotte dalla legge finanziaria 2003".

Anche le premesse dei disciplinari CONSIP, finora pubblicati, portano a tale conseguenza.

* * * * *

- d) Il "meccanismo" CONSIP è già stato sottoposto a censura di legittimità costituzionale da parte di alcune regioni, che hanno contestato l'art. 24 della finanziaria, con queste testuali osservazioni:

"...L'impugnata disposizione contrasta con l'art. 117 della costituzione, il quale non attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato il compito di disciplinare le acquisizioni

di beni e servizi, né include tale materia tra quelle a potestà legislativa concorrente, con la conseguenza che deve ritenersi attribuita alla competenza legislativa residuale delle regioni, ex art. 117, quarto comma della Costituzione, disciplinare con propria normativa l'acquisizione di beni e servizi necessari per lo svolgimento delle funzioni regionali nonché degli enti ed organismi dipendenti e strumentali delle regioni, ivi comprese le aziende sanitarie ed ospedaliere. La regione ricorrente, infatti, ha disciplinato i suddetti aspetti, anche per le aziende sanitarie ed ospedaliere, con la propria legislazione che viene vanificata dalla norma qui contestata.

Lo Stato legittima la disposizione con il richiamo a ragioni di trasparenza e di tutela della concorrenza. In merito va tuttavia rilevato che le ragioni di trasparenza non costituiscono un titolo legittimamente la potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, mentre l'invocata tutela della concorrenza farebbe scattare la competenza legislativa esclusiva statale, ai sensi del medesimo art. 117, secondo comma lettera e), ed allora non avrebbe senso la disposizione dell'ultimo comma ove si afferma che le disposizioni dei commi 1, 2 e 5 costituiscono norme di principio e di coordinamento per le regioni.

Ma anche il richiamo alla tutela della concorrenza non legittima una norma così incisiva sulle autonomie territoriali, dato che, come parte della dottrina ha affermato, l'espressione "tutela della concorrenza" va intesa nel senso della disciplina dei mercati in senso proprio – c.d. normativa antitrust – relativa agli interventi sul mercato volti a correggere eventuali fenomeni distorsivi come l'abuso di posizione dominante o le concentrazioni di imprese, destinati a turbare il libero operare della legge del mercato. La norma costituzionale quindi non legittimerebbe interventi del legislatore statale estesi come quello della norma in esame che, tra l'altro si definisce come disposizione di principio e coordinamento, ma, in realtà, è solo puntuale e di dettaglio (da ricorso alla Corte Costituzionale della Regione Toscana).

* * * * *

- e) L'autorità garante della concorrenza e del mercato, con decisione 30.1.2003, proprio a proposito di bandi CONSIP, ha avuto modo di riaffermare: "Alla luce delle considerazioni sin qui espresse appare opportuno ribadire che la corretta formulazione di un bando di gara non può prescindere da un'attenta analisi delle specifiche caratteristiche del bene o del servizio oggetto della fornitura, oltre che dal numero e dalle dimensioni degli operatori

presenti nel mercato di riferimento. La mancata considerazione di tali elementi infatti, potrebbe condurre alla redazione di bandi non conformi alle regole ed ai principi della concorrenza”.

Se ciò è vero – e non si vede come possa essere diversamente – il sistema dei bandi CONSIP, che si estendono a varie regioni, non può soddisfare l’esigenza di procedere da “una attenta analisi delle specifiche caratteristiche del bene o del servizio oggetto della fornitura”; il che impedisce quella comparabilità dei risultati ottenuti da CONSIP, che è presupposto per l’adesione alle sue convenzioni.

* * * * *

- f) Sia in ambito nazionale, che comunitario, si è formato un orientamento interpretativo, alla stregua del quale, nelle procedure di evidenza pubblica, va considerata illegittima ed esclusa qualsiasi negoziazione, anche in fase successiva alla aggiudicazione, con il candidato risultato aggiudicatario, al fine di evitare l’introduzione di elementi distorsivi della concorrenza, con violazione dei principi in materia.

Le convenzioni CONSIP portano inevitabilmente all’introduzione di una procedura bifasica, con la necessità di formalizzare, dopo l’aggiudicazione di CONSIP, un

ulteriore e specifico rapporto diretto con il soggetto appaltante, con conseguente possibilità di modificare qualitativamente, quantitativamente e, conseguentemente, in termini economici, quanto emerso dalle convenzioni CONSIP. Queste, alla fine, sono il preludio (ovvero l'imput) per arrivare ad una stipula; attraverso trattativa privata, di quello che è il vero e proprio contratto di appalto.

Ciò con buona pace dei principi dell'evidenza pubblica.

* * * * *

- g) In giurisprudenza, si conferma la necessità di utilizzare i parametri di qualità e prezzo, per l'acquisto di servizi comparabili (da Cons. St. V 19.2.2003 n. 921).

In dottrina, a sua volta, si precisa che: *“Se l'adesione alle convenzioni Consip, infatti, ha una finalità di contenimento della spesa pubblica, come l'amministratore pubblico deve comportarsi di fronte ad una adesione che, a parità di servizi, non presenta convenienza sotto il profilo del contenimento della spesa? Le funzioni di analisi e verifica sono parte essenziale dell'amministrazione. Voler, quindi, ritenere che l'adesione alle convenzioni debba avvenire senza alcuna verifica degli effetti gestionali e/o finanziari della scelta operata nel caso concreto è in contraddizione con gli obiettivi di innovazione e razionalizzazione che sono a fondamento del modello stesso”* (Gli acquisti delle P.A. dopo

l'art. 24 della legge finanziaria – Luigi Fiorentino – Giornale di diritto amministrativo – 4/2003 pag. 333).

Non si ha alcuna altra puntualizzazione da aggiungere, bastando – almeno allo stato - quanto esposto, ad evidenziare l'assenza – comunque - di ogni e qualsiasi automatismo che porti, in materia di servizi, alla adesione alle convenzioni CONSIP.

Reggio Emilia, li 2 luglio 2003.

Avv. Ermes Coffrini