



REPUBBLICA ITALIANA
LA
CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Roberto Mario Zola	Consigliere
dott. Gianluca Braghò	Primo referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario (relatore)

nell'adunanza in camera di consiglio del 14 marzo 2013

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti del 16 giugno 2000, n. 14, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite del 3 luglio 2003, n. 2 e del 17 dicembre 2004, n. 1;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota n. 2549 del 15 febbraio 2013, con cui il comune di Cologno al Serio (BG) ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/PAR/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del sindaco del comune di Cologno al Serio;

Udito il relatore dott. Andrea Luberti;

PREMESSO CHE

Il comune di Cologno al Serio si interroga su quali siano, alla luce della normativa vigente, i limiti entro cui l'Amministrazione comunale possa procedere all'approvvigionamento di beni e servizi sul libero mercato, nel caso di reperimento di offerte economiche e/o qualitative più vantaggiose rispetto a quelle presenti nei cataloghi, o a seguito di pubblica consultazione, nell'ambito del mercato elettronico delle p.a. (MEPA).

Il comune istante richiede inoltre chiarimenti sulle conseguenze derivanti dalla violazione dell'art. 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, come novellato dall'art. 7, comma 2, del decreto legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito dalla legge 6 luglio 2012, n. 94 e dall'art. 1, comma 149, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, che prevede che *'fermi restando gli obblighi e le facoltà 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 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure'*.

In particolare, è richiesto se la sanzione prevista dall'art. 1, comma 1, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 135 per la violazione degli obblighi previsti per il mancato ricorso agli strumenti di acquisto messi a disposizione dalla Concessionaria servizi informatici pubblici s.p.a. (CONSIP) sia riferibile anche al mercato elettronico di cui alla normativa illustrata; inoltre, si intende conoscere l'avviso della Sezione anche sull'applicabilità della deroga prevista dall'ultimo periodo del comma 1 di tale articolo, secondo cui *"La disposizione del primo periodo del presente comma non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da CONSIP s.p.a., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza"*.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA

Il primo punto da esaminare concerne l'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normativa sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 del t.u.e.l. Pertanto, la richiesta di parere è soggettivamente ammissibile poiché promanante dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITA' OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, occorre rammentare che la richiesta di parere è formulata ai sensi dell'articolo 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante *"Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3"*.

La disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma che, lungi dal conferire alle Sezioni regionali di controllo un generale ruolo di consulenza, la limitano alla sola contabilità pubblica. Preliminare all'ulteriore procedibilità del parere è quindi la ricomprensione del parere tra quelli attribuibili per materia alle Sezioni regionali di controllo.

Le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenute con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno al riguardo precisato che detto concetto non si estende sino a ricomprensione la totalità dell'azione amministrativa che presenti riflessi di natura finanziaria, ma deve intendersi limitato al *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici"*, sia pure *"in una visione dinamica dell'accezione che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri"*.

Con specifico riferimento ai tre quesiti posti dall'Ente, essi si palesano ammissibili anche sul piano oggettivo, sulla scorta di costante giurisprudenza della Sezione, in quanto afferenti a materia tradizionalmente attratta alla contabilità pubblica.

Sotto altro profilo ritiene, peraltro, il Collegio che, nella specie, non sussista potenziale interferenza tra la funzione consultiva intestata alla Corte dei conti e quella attribuita alla competenza dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

MERITO

L'art. 1 del d.l. 95/2012 ha previsto la nullità, nonché la rilevanza ai fini dell'illecito disciplinare e della responsabilità amministrativa, dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni in violazione dell'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, ovvero di quelli stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione dalla CONSIP.

Per quanto concerne il MEPA, occorre rammentare che, giusta l'obbligo di ricorso come descritto, ai sensi dell'art. 1, comma 450, della l. 296/06 per gli acquisti sotto la "soglia comunitaria" il ricorso ai mercati elettronici è stato reso obbligatorio: i) a decorrere dal 1 luglio 2007, per 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; ii) a decorrere dal 9 maggio 2012, per le tutte le amministrazioni come definite ai sensi dell'art. 1, d. lgs 30 marzo 2001, n. 165, ivi compresi, conseguentemente, gli enti locali. Quest'ultimo obbligo e la sua decorrenza, in realtà, sono il frutto della recente novellazione della norma citata, effettuata dal d.l. 7 maggio 2012, n. 52 (art. 7, comma 2) convertito con modificazioni dalla l. 6 luglio 2012, n. 94.

L'istituto trova oggi una sua compiuta disciplina nell'art. 328 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del codice dei contratti pubblici), che ha abrogato il previo d.p.r. 4 aprile 2002, n. 101, che aveva istituito il MEPA.

La norma ribadisce che il MEPA gestito dalla CONSIP; ovvero il mercato elettronico creato *ad hoc* dalla stazione appaltante; o quello realizzato da centrali di committenza ai sensi dell'art. 33 del codice dei contratti pubblici, consentono alle pubbliche amministrazioni di effettuare l'acquisto di beni o servizi che hanno caratteristiche generalmente disponibili sul mercato.

La costituzione del mercato elettronico passa attraverso bandi aperti, volti ad accertare i requisiti generali e speciali – in particolare i requisiti tecnico-professionali ed economico-finanziari – che i fornitori devono soddisfare per poter ottenere l'abilitazione; siffatto accertamento, attraverso tali bandi, viene effettuato su scala generale, risparmiando alle amministrazioni acquirenti l'onere di dover replicare simili procedure sostenendo i relativi costi.

Lo stesso art. 328, c. 4, lett. b) del Regolamento cod. app., prevede la possibilità di acquistare beni e servizi sotto la "soglia comunitaria" ricorrendo anche alle procedure di

acquisto in economia, ex artt. 125 e ss. D.lgs. 163/2006, ovviamente entro i limiti di prezzo e quantità previsti da tali norme e nel rispetto degli autovincoli imposti dall'amministrazione medesima.

La possibilità residua di ricorrere alla procedura ex art. 125 cod. contr. al di fuori di tali mercati residua solo nell'ipotesi di non reperibilità dei beni o servizi necessari; pertanto nella fase amministrativa di determinazione a contrarre, l'ente dovrà evidenziare le caratteristiche tecniche necessarie del bene e della prestazione; di avere effettuato il previo accertamento della insussistenza degli stessi sui mercati elettronici disponibili; e, ove necessario, la motivazione sulla non equipollenza con altri beni o servizi presenti sui mercati elettronici.

Pertanto, non sussiste un obbligo assoluto di ricorso al MEPA, essendo espressamente prevista la facoltà di scelta tra le diverse tipologie di mercato elettronico richiamate dall'art. 328 del d.p.r. 207/2010: segnatamente, tra il mercato elettronico realizzato dalla medesima stazione appaltante e quello realizzato dalle centrali di committenza di riferimento di cui all'art. 33 cod. contr., potendo inoltre ricorrere al mercato elettronico elaborato dalla singola stazione appaltante (le opzioni percorribili sono confermate dall'art. 33, comma 3 *bis* cod. contr.)

Ne deriva che, a ben vedere, mentre il MEPA gestito dalla CONSIP rientra appieno tra gli *"strumenti di acquisto messi a disposizione"* dalla stessa, analoga tassonomia non può essere effettuata per i mercati elettronici curati da parte della singola stazione appaltante ovvero ad opera della centrale di committenza.

Tuttavia, a ben vedere, il ricorso a un MEPA diverso da quello gestito direttamente dalla CONSIP appare una modalità alternativa di adempimento rispetto a un obbligo primario direttamente comminato dalla legge, con la conseguenza che troverà applicazione per le operazioni in tal senso concluse dagli enti locali la nullità c.d. testuale o espressa comminata dal legislatore ai sensi dell'art. 1418, comma 3, c.c. (in tal senso sez. contr. Marche, deliberazione 29 novembre 2012 n. 169).

Trattasi infatti di interpretazione estensiva, e non già analogica, utilmente applicabile quindi anche con riguardo a fattispecie tendenzialmente tassative quali le norme comminatorie di nullità.

Tale conclusione non appare contraddetta dall'ultimo periodo del comma 1, art. 1, che introduce una specifica "prova di resistenza" per le sole Amministrazioni dello Stato, determinando come conseguenza quella di impedire, per le sole amministrazioni locali (rispetto a cui l'obbligo di ricorso al MEPA gestito dalla CONSIP è indubbiamente più lasco) il beneficio della verifica del danno.

In effetti, come si ha avuto modo di cennare, per le Amministrazioni dello Stato detto beneficio compensa la circostanza che la disciplina degli obblighi di approvvigionamento sia maggiormente stringente. Per le amministrazioni locali, invece, stante la possibilità di ricorso a diverse forme di reperimento sui vari MEPA, il legislatore ha limitato la possibilità di deroga e di conseguente ricerca sul libero mercato.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore
(dott. Andrea Luberti)

Il Presidente
(dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 26 marzo 2013
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)