

Articoli e note

n. 12-2006 - © copyright

RAFFAELLO MARTELLI

Figure innovative del codice dei contratti pubblici: l'accordo quadro [1]

1. Premesse di carattere generale

In attuazione della legge 18 aprile 2005 n. 62 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee, legge comunitaria 2004) è stato approvato il d.lgs 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), pubblicato sul supplemento ordinario n. 107/L alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 100 del 2 maggio 2006 - serie generale.

La delega riguardava (artt. 1,2 e 25), anzitutto, l'attuazione delle già citate direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 del 31. marzo 2004, recanti rispettivamente il coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

La medesima legge n. 62 del 2005 conferiva inoltre al Governo (art. 5, comma 1) una ulteriore delega avente ad oggetto la adozione di "testi unici delle disposizioni dettate in attuazione delle deleghe conferite per il recepimento di direttive comunitarie, al fine di coordinare le medesime con le norme legislative vigenti nelle stesse materie, apportando le sole modificazioni necessarie a garantire la semplificazione e la coerenza logica, sistematica e lessicale della normativa".

Il codice, in attuazione delle deleghe citate ha provveduto a unificare in un unico testo normativo la disciplina riguardante i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sia nei settori "ordinari", sia nei settori cosiddetti "esclusi" (definiti ora "speciali").

In sintesi, il codice oltre ad attuare il suddetto recepimento, ha provveduto a riscrivere tutta la normativa in materia di appalti attualmente vigente nel nostro ordinamento, abrogando e sostituendo tutta la precedente normativa (leggi, decreti e regolamenti) tanto per gli appalti al di sopra che per gli appalti al di sotto della soglia di applicazione delle direttive comunitarie (art. 256 decreto lgs citato).

Ciò non ha esaurito peraltro l'opera di codificazione, in quanto, già secondo il testo originario del d.lgs n. 163/2006, per il perfezionamento del nuovo sistema di regolazione degli appalti pubblici, è prevista l'emanazione di un apposito regolamento di attuazione, da adottarsi entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice e che dovrebbe entrare in vigore centottanta giorni dopo la sua applicazione (artt. 5 e 253, 2° comma d.lgs in esame).

2. Contenuti confermativi e contenuti innovativi del codice dei contratti pubblici.

La direttiva 2004/17 e la direttiva 2004/18 (oggetto del recepimento) -come si legge nella relazione illustrativa al Codice "riproducono, in buona parte, le direttive precedenti, con aggiustamenti formali; per un'altra parte, più ridotta, introducono nuovi istituti e strumenti, volti a rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, e al tempo stesso, volti a meglio garantire sia la concorrenza, sia le esigenze sociali e ambientali che spesso sono toccate dall'attività contrattuale pubblica".

Tra le novità più significative si segnalano, in particolare, le seguenti.

Quanto ai nuovi strumenti contrattuali e mezzi di modernizzazione:

- nuovi meccanismi di affidamento dei contratti, quali l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, il dialogo competitivo, la contrattazione tramite centrali di committenza;
- la previsione che l'appalto di lavori pubblici possa avere ad oggetto sia la sola esecuzione, che

l'esecuzione e progettazione, che la realizzazione con qualsiasi mezzo;

Quanto ai nuovi mezzi di garanzia della concorrenza:

un maggior rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con conseguente eliminazione di uno dei principi cardine della legge Merloni che considerava il massimo ribasso come unico criterio di aggiudicazione.

Alle innovazioni sostanziali si sono aggiunte le innovazioni lessicali, con l'adozione di una nuova terminologia comunitaria, uniforme per tutti i Paesi dell'Unione.

Il pubblico incanto viene denominato "procedura aperta";

la licitazione privata "procedura ristretta"; la trattativa privata "procedura negoziata"; l'appalto integrato e l'appalto concorso "appalto di progettazione e di esecuzione"; i cosiddetti "settori esclusi" "settori speciali".

Ferme restando le nuove acquisizioni comunitarie, per il resto il codice ha recepito, attraverso un processo di adeguamento, molte disposizioni della legge "Merloni", estendendo a servizi e forniture varie disposizioni regolamentari di cui al D.P.R. 554/1999.

"Vi è, quindi (come è stato osservato: A. Massari - M. Greco: *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, pag. 58) un'ampia sopravvivenza di istituti e discipline i quali, da un certo punto di vista, fanno sì che il Codice si ponga in una linea di continuità con il processo riformatore avviato con la legge quadro sui lavori pubblici, di cui in definitiva, il Codice rappresenta la quinta edizione (si può dunque parlare anche di una "Merloni-*quinquies*"), benché, evidentemente, la stessa legge "Merloni" venga a perdere, in quanto tale, la propria identità, essendo trasfusa in un *corpus* normativo che riguarda l'intera area dei contratti della p.a."

3.L'entrata in vigore del Codice ed il rinvio selettivo al 1° febbraio 2007

L'entrata in vigore del Codice -come del resto è avvenuto per il quasi coevo Codice dell'ambiente- è stata preceduta, accompagnata e seguita da vivaci polemiche.

Certamente ha avuto notevole influenza il particolare momento politico, legato al cambiamento di legislatura: il provvedimento è stato definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri (dopo una accelerazione dei lavori, peraltro giustificata con la necessità di dare recepimento alle più volte citate direttive 2004/17 e 2004/18, già entrate in vigore il 1° febbraio 2006) nella riunione del 23 marzo 2006, è stato promulgato il 12 aprile 2006, è stato pubblicato nella "Gazzetta ufficiale" n. 107 del 2 maggio 2006 ed è entrato in vigore (provvisoriamente, nella sua interezza) il 1° luglio 2006.

Ma una rilevanza notevole nelle vicende successive ha avuto anche il "peso" complessivo del comparto (e degli interessi che esso muove, di carattere non soltanto economico), tenendo conto, peraltro, che l'incidenza del fatturato globale del comparto dei maxi-appalti è limitata se messa a raffronto con l'entità dei micro-appalti gestiti dagli enti pubblici minori e, in particolare, dai Comuni.

È stata, da subito, messa in dubbio la costituzionalità del provvedimento, sia sotto il profilo di un presunto eccesso di delega (in quanto il Governo, nonostante l'intervento correttivo già operato in sede consultiva dal Consiglio di Stato, avrebbe travalicato i poteri conferiti dal Parlamento con la legge-delega 62/2005, andando oltre l'autorizzato recepimento delle disposizioni di cui alle direttive 2004/17 e 2004/18), sia sotto quello di aver legiferato su materie che rientrerebbero nella competenza esclusiva devoluta alle Regioni dall' art. 117 , secondo co della Costituzione, nella sua recente riformulazione.

Altre critiche hanno investito sia alcuni dei principi ispiratori della riforma che singoli istituti: in particolare è stato messo sotto accusa un ravvisato eccesso di discrezionalità conferito all'amministrazione committente in tema di trattativa privata e di liberalizzazione degli affidamenti congiunti di progettazione e di esecuzione, a spese della trasparenza e della concorrenza, mentre dubbi e perplessità hanno accompagnato il recepimento delle figure innovative delle direttive comunitarie, vale a dire il dialogo competitivo, l'accordo quadro, le centrali di committenza, i sistemi dinamici di acquisizione.

Sulle questioni di incostituzionalità sarà chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale, già investita dai ricorsi proposti dalla Regione Toscana, dalla Regione Veneto, dalla Provincia Autonoma di Trento, dalla Regione Lazio e dalla Regione Abruzzo (v. G.U. della Repubblica Italiana, 1° Serie Speciale 6, 13 e 20 settembre 2006), mentre a sua volta la legge regionale 20.6.2006 n.12 della Regione Campania è stata impugnata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, perché ritenuta invasiva della competenza esclusiva dello Stato nella soggetta materia (v. G.U. della Repubblica Italiana , 1° Serie Speciale 18 ottobre 2006).

Il risultato delle discussioni è stato che -per effetto del decreto-legge 12 maggio 2006 n. 173,

convertito in legge, con modificazioni, con legge 12 luglio 2006 n.228- il codice è rimasto in vigore nella sua formulazione originaria soltanto dall'1 al 12 luglio 2006, mentre dal 13 luglio 2006 alcune disposizioni sono state abrogate e per altri istituti, ritenuti rischiosi per la trasparenza del mercato, è stata disposta la sospensione, in attesa di mettere a punto un eventuale provvedimento correttivo, sino al 1° febbraio 2007.

In particolare il rinvio selettivo ha interessato (art. 253 comma 1 *ter*, introdotto in sede di conversione dell'art. 1 *octies* del citato d.l. 173/2006):

- gli accordi quadro (art. 59 del codice e 32 direttiva 2004/18), limitatamente ai settori ordinari;
- il dialogo competitivo (art. 58 del Codice e 29 della direttiva 2004/18)
- le centrali committenza (art. 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, 11 direttiva 2004/18 e 29 direttiva 204/17).

Il rinvio selettivo operato non presenta in sé elementi di particolare atipicità.

Come è stato fatto rilevare dal Palombella ("Codice degli appalti: istruzioni per l'uso", in Diritto e giustizia 2006, n. 31, pag. 58-Inserto speciale), il codice, già nella sua formulazione originaria, prevedeva degli "effetti differiti" per le necessarie operazioni di armonizzazione.

L'art. 5 del Codice ha già rinviato "la discipline esecutiva e attuativa" (e cioè tutta la normativa di dettaglio) al regolamento di attuazione, che teoricamente dovrebbe essere emanato entro il 1° luglio 2007 e entrare in vigore entro centottanta giorni dalla sua pubblicazione (art. 253 secondo comma).

Inoltre l'art. 257 2° comma differisce al 1° luglio 2007 l'entrata in vigore di alcune norme come: "a)le disposizioni in tema di obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità e dell'Osservatorio che riguardano servizi e forniture;b)l'art. 240 in relazione all'accordo bonario per i servizi e le forniture".

Pertanto anche il congelamento o rinvio selettivo dei surrichiamati istituti può, in astratto almeno, farsi rientrare in una prudentiale visione di tecnica legislativa volta a verificare, dopo un più o meno ampio periodo di rodaggio, l'eventualità di adottare dei provvedimenti correttivi.

4. La direttiva 2004/18: disposizioni immediatamente cogenti (dal 1° febbraio 2006) e disposizioni non immediatamente applicabili.

Il rinvio operato dal d.l. 173/2006 dell'accordo- quadro e degli altri istituti al 1° febbraio 2007 introduce peraltro un' ulteriore prospettiva di discussione, in considerazione della efficacia diretta o meno nel nostro ordinamento delle disposizioni delle direttive comunitarie di cui in discorso.

Com'è noto, nell'ambito delle direttive comunitarie occorre distinguere tra disposizioni immediatamente cogenti a decorrere dal 1° febbraio 2006, in considerazione del loro carattere autoapplicativo, e disposizioni non immediatamente applicabili, in quanto abbisognevole di ricezione nel nostro ordinamento.

Orbene, per quanto concerne l'istituto dell'accordo quadro e dell'istituto ad esso connesso delle centrali di committenza, sembra doversi ritenere (salvo quanto sarà esposto in prosieguo a proposito degli accordi quadro stipulati da centrali di committenza) nella seconda delle accennate ipotesi.

Ed invero, dal tenore testuale dei "considerando" 11, 15 e 16 (che si riportano) della direttiva comunitaria 2004/18, sembra doversi ritenere che, così disponendo, si sia inteso conferire agli stati membri una mera facoltà di introduzione nei singoli ordinamenti degli istituti in discorso:

"(11) occorre prevedere una definizione comunitaria degli accordi quadro nonché delle norme specifiche per gli accordi quadro conclusi in relazione ad appalti che rientrano nel campo dell'applicazione della presente direttiva .

Ai sensi di dette disposizioni, un'amministrazione aggiudicatrice, quando conclude, conformemente alle disposizione della presente direttiva, un accordo quadro riguardante, tra l'altro, la pubblicità, i termini e le condizioni di presentazione delle offerte, può concludere, nel periodo di durata dell'accordo quadro, contratti basati su tale accordo quadro sia applicando le condizioni stabilite nell'accordo quadro stesso oppure, se tutte le condizioni non sono state stabilite in anticipo nell'accordo quadro, riaprendo il confronto competitivo tra le parti all'accordo quadro sulle condizioni non stabilite.

Il rilancio del confronto competitivo dovrebbe rispettare alcune regole il cui rispetto obiettivo è quello di garantire la flessibilità richiesta nonché l'osservanza dei principi generali, ivi compreso il principio della parità di trattamento.

Per tale ragione la durata massima degli accordi quadro dovrebbe essere limitata e non dovrebbe poter superare quattro anni, tranne in casi debitamente giustificati dalle amministrazioni".

"(15) In alcuni Stati si sono sviluppate tecniche di centralizzazione delle committenze.

Diverse amministrazioni aggiudicatrici sono incaricate di procedere ad acquisti o di aggiudicare appalti

pubblici/stipulare accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici.

Tali tecniche consentono, dato il volume degli acquisti, un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica.

Occorre pertanto prevedere una definizione comunitaria di centrale di committenza destinata alle amministrazioni aggiudicatrici.

Occorre altresì fissare le condizioni in base alle quali, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza possono essere considerate come aventi rispettato le condizioni della presente direttiva."

"(16) Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva".

Decisivo, in particolare, anche ai fini dell'interpretazione di quelli che precedono, sembra essere l'ultimo dei riportati "considerando", con il quale la mera facoltatività della introduzione nei singoli ordinamenti degli istituti in questione viene espressamente giustificata con il riferimento alla necessità "di tenere conto delle diversità esistenti negli Stati membri".

Diversa questione è invece stabilire se - per quanto specificamente concerne gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza (istituto che come sarà meglio esposto in prosieguo- deve considerarsi già esistente nel nostro ordinamento: art. 1 legge 23.12.1999, n. 488, "finanziaria 2000")- il recepimento sia dipeso dal Codice degli appalti ovvero se, essendosi la direttiva in realtà limitata a riconoscere la conformità al diritto comunitario, come sembrerebbe doversi desumere dal "considerando" 15, si sia in effetti trattato di un recepimento solo formale.

Il tenore del "considerando" sembrerebbe avvalorare questa seconda interpretazione, essendosi la direttiva limitata a prevedere la necessità di "una definizione comunitaria di centrale di committenza destinata alle amministrazioni aggiudicatrici" e della fissazione delle condizioni in base alle quali le stesse operano, "nel rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento".

6. L'accordo quadro

a. Nozione e natura giuridica

Secondo la definizione che viene data dall'art. 3 comma 13 del Codice, che riprende quella dell'art. 1, comma 5 della direttiva 2004/18 "L' "accordo quadro" è un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste".

Il Codice, nel recepire all'art. 59 la disciplina dell' accordo quadro, ha ricalcato sostanzialmente quella dettata dall'art. 32 della direttiva comunitaria.

Si può ricorrere all'accordo quadro (primo comma dell'art. 59) "in relazione ai lavori di manutenzione e negli altri casi, da precisarsi nel regolamento, in cui i lavori sono connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate".

In linea dei massima invece "Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per altri servizi di natura intellettuale, salvo che siano connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate, da individuarsi nel regolamento".

Quindi in definitiva l'accordo quadro -che rientra nelle procedure di scelta del contraente e di selezione delle offerte, disciplinate dal Capo III, artt. 53 e seguenti del Codice- costituisce una particolare forma di contrattazione allorché l'amministrazione necessita di accorpate lavori e/o acquisti ripetitivi, omogenei e di piccola entità "evitando di ricorrere reiteratamente al confronto concorrenziale e di stipulare diversi contratti di fornitura di modeste dimensioni" (così ST. Maria Cerillo-M. Mensi, Le nuove regole in tema di appalti, pag. 47).

Proprio in considerazione di questa funzione e della esigenza di evitare possibili violazioni del principio della concorrenza l'art. 59, comma 9 del Codice (che recepisce l'analoga disposizione di cui all'art. 32, secondo co della direttiva)stabilisce che "La durata di un accordo quadro non può superare i quattro anni, salvo in casi eccezionali debitamente motivati, in particolare, dall'oggetto dell'accordo quadro".

L'accordo quadro -ove si scenda all'analisi della sua natura giuridica- esula dalla nozione di contratto, quale tipizzato dagli artt.1321 e ss. del codice civile, e può invece farsi rientrare nella figura del c.d. contratto normativo avente la funzione di prefissare il contenuto di contratti eventuali e futuri[2].

Tale figura giuridica è ormai da tempo ammessa anche dalla giurisprudenza : valga per tutte Cass. Civ.,

Sez. II, 18.12.1981, n. 6720, la quale ha statuito che "Per il principio dell'autonomia contrattuale, è pienamente ammissibile il cosiddetto accordo o contratto normativo, che, avendo ad oggetto la disciplina di negozi giuridici eventuali e futuri, dei quali fissa preventivamente il contenuto, non comporta il sorgere di un rapporto da cui scaturiscono immediatamente diritti ed obblighi per i contraenti, ma detta norme intese a regolare il rapporto, nel caso che le parti intendano crearlo" (cfr. anche Cass. Civ., Sez. II, 22.2.1999, n. 1469; Cass. Civ., Sez. I 22.10.2002 n. 14891).

Si è parlato in dottrina di uno strumento tecnico-giuridico che pone precetti ed impone comportamenti, ossia strumento di secondo grado rispetto al contratto propriamente inteso, il quale regola invece direttamente e concretamente l'assetto degli interessi patrimoniali delle parti[3].

Infatti il contratto normativo racchiude generalmente la disciplina di una classe o serie omogenea di contratti che siano per essere stipulati dalle stesse parti o, più frequentemente, da terzi, al fine di rendere obbligatoria per i futuri ed eventuali contraenti l'osservanza di un compiuto schema o di singole clausole.

Quanto alla natura, al contenuto ed agli effetti del contratto normativo può osservarsi più specificatamente quanto segue.

a.a.) Il contratto normativo è solo parzialmente assoggettato alla disciplina giuridica del contratto in senso proprio ex artt. 1321 ss cc.

Esso contiene la predisposizione anticipata di uno schema contrattuale per eventuali e futuri contratti, svolgendo una funzione sostitutiva o, più spesso, integrativa della disciplina legislativa.

È assoggettato al dovere di osservanza dell'ordine pubblico e del buon costume ed al dovere dell'inderogabilità di norme imperative di legge.

b.b.) Si tratta di un contratto di durata e ad efficacia personale (tipico contratto obbligatorio), che non comporta l'obbligo a contrarre, ma genera un c.d. *sinallagma funzionale*: nel caso di stipulazione del successivo contratto annoverato nella categoria disciplinata dall'accordo normativo, questo vincola ciascuna parte allo schema o alle clausole in esso stabilite.

Si dice, in particolare, che il contratto normativo *vincola la parte singola*, nel senso che la controparte può pretendere sempre l'ottemperanza allo schema prestabilito.

L'inosservanza del contratto normativo non dà luogo all'applicabilità dell'art. 2932 cc, poiché tale inosservanza non comporta il venir meno dell'obbligo a contrarre, bensì il venir meno dell'obbligo a contrarre in un certo modo: è quindi possibile solo l'azione di risarcimento dei danni[4].

d.d.) Non soggiace alla regola secondo la quale il contratto produce effetti solo tra le parti (tranne i casi espressamente previsti dalla legge).

Possono distinguersi quindi tre distinte tipologie di contratto normativo a seconda dei soggetti investiti dai relativi effetti:

Contratto normativo unilaterale: lo schema o le singole clausole vincolano una delle parti ed un soggetto terzo;

Contratto normativo bilaterale : lo schema o le singole clausole vincolano le parti stesse del contratto normativo;

Contratto normativo plurilaterale: contratto stipulato da più parti ed i cui effetti sono destinati ad operare nei rapporti tra le stesse parti (tipicamente quando il c.n. ha ad oggetto un'organizzazione interna) o anche tra le parti e soggetti terzi (tipicamente quando il c.n. ha ad oggetto un'organizzazione esterna).

La figura dell'accordo quadro è suscettibile di essere inquadrata nella seconda e terza delle accennate tipologie di contratto normativo (con effetti limitati, nel terzo caso, ai rapporti tra le parti), a seconda che venga concluso- come sarà esaminato nel successivo paragrafo- con uno o più operatori economici.

b) I meccanismi di applicazione dell'accordo quadro

Come si è esposto sopra, l'accordo quadro consiste sostanzialmente in uno strumento procedurale che consente all'amministrazione di selezionare uno o più offerenti a cui l'amministrazione si vincola per tutti gli appalti da assegnare entro un arco massimo (di norma) di quattro anni.

La procedura viene quindi ad assumere un carattere "bifasico" (St. Maria Cerillo-M. Mensi, *op. cit.*, pag. 48):

-gara pubblica, con applicazione dei criteri di aggiudicazione di cui agli artt. 81 e seguenti, per la selezione del fornitore o dei fornitori e per la predeterminazione delle clausole relative (art. 59, 2° co);

-confronto negoziale, per l'aggiudicazione dei contratti relativi ai singoli ordinativi (art. 59, 3° co)[5].

L'accordo quadro - secondo quando stabilito dal codice (art. 59 co 4 e ss), che fa proprie (salvo quanto sarà esposto in prosieguo) le conformi disposizioni della direttiva 2004/18 (art. 32)- può essere concluso

con uno o più operatori economici.

a.a.) Se viene concluso con un solo operatore economico, gli appalti basati su tale accordo sono aggiudicati entro i limiti e alle condizioni fissate dall'accordo quadro, senza che si possa in nessun caso apportare modifiche sostanziali alle stesse (art. 59 commi 3 e 4).

Ove necessario, per l'affidamento dei singoli appalti l'amministrazione committente può consultare per iscritto l'operatore, chiedendogli soltanto il completamento dell'offerta, (ad esempio sotto il profilo dei quantitativi, stante che le clausole riguardanti le quantità sono stabilite nell'accordo quadro solo "se del caso": art. 3 comma 13 del Codice), purché non vengano messi in discussione elementi essenziali come il prezzo: e ciò a garanzia della "*par condicio*".

b.b.) Ma l'accordo quadro - e questo costituisce la novità più significativa rispetto alle precedenti esperienze nazionali di istituti similari, quali (come sarà esaminato in prosieguo) le convenzioni stipulate dalla Consip (art. 26 legge n. 488/1999) - può essere concluso con più operatori economici.

In questo caso, il numero di questi deve essere almeno pari a tre, purché vi sia un numero sufficiente di operatori economici che soddisfino i criteri di selezione e/o delle offerte accettabili, tenuto conto dei criteri di aggiudicazione (art. 59, 5° co).

Quando l'accordo quadro viene concluso con più operatori economici, occorre peraltro distinguere due ipotesi.

1) L'accordo stesso fissa tutte le condizioni (art. 59, comma 8).

In questo caso, gli appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici vengono aggiudicati mediante applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo quadro (prezzo, quantità ecc.), senza nuovo confronto competitivo, fermo restando che, in questo caso l'accordo deve prevedere anche (secondo quanto stabilito - con una disposizione non contemplata dalla direttiva comunitaria 2004/18 - dall'art. 59, comma 7) il criterio per la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto, privilegiando il criterio della rotazione.

Pertanto l'aggiudicazione dovrà basarsi su una graduatoria

di merito delle offerte tecniche ed economiche adeguatamente motivata e la rotazione o scorrimento dovrà essere effettuato sulla base di parametri predeterminati dal bando e/o dal capitolato, senza che sia possibile procedere ad una sostanziale rinegoziazione delle offerte.

2) Se invece l'accordo quadro non predetermina tutte le condizioni, l'amministrazione deve rilanciare un nuovo confronto competitivo (o lanciarlo per la prima volta, se l'accordo quadro ha ad oggetto la semplice selezione degli operatori economici da interpellare: art. 59 comma 5°) coinvolgendo tutti gli offerenti, in applicazione delle condizioni già prefissate dal capitolato d'onere dell'accordo o, se necessario, precisandole e, se del caso, ad altre condizioni precisate nel capitolato, secondo la procedura stabilita dall'art. 59, comma 8 del Codice:

- le stazioni appaltanti consultano per iscritto gli operatori economici, con una richiesta di offerta che può riguardare tanto il prezzo quanto gli altri elementi che compongono l'offerta;

- fissano un termine congruo per la presentazione delle offerte relative a ciascun appalto, tenendo conto della complessità dell'oggetto e del tempo necessario per la trasmissione delle offerte;

- le offerte sono presentate per iscritto e il loro contenuto deve restare riservato fino alla scadenza del termine per la loro presentazione;

- l'aggiudicazione avviene a favore dell'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri fissati dal capitolato d'onere (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa).

Con questo tipo di procedimento si viene sostanzialmente a introdurre un meccanismo non dissimile dai sistemi dinamici di acquisizione (art. 60 del Codice e 33 della direttiva), in cui l'accesso iniziale alla procedura si basa sulla presentazione di un'offerta indicativa da specificarsi nel singolo appalto, in quanto entrambi gli istituti si riferiscono all'acquisizione di prodotti o servizi standardizzati (art. 59 primo co e art. 60 primo co).

E in entrambi i casi è utilizzabile il sistema dell'asta elettronica (art. 85, 2° co).

L'accordo quadro semmai presenta dei vantaggi, sotto il profilo della semplificazione procedurale, rispetto al sistema dinamico di acquisizione, in quanto - a differenza del secondo (art. 60 comma 10) - non richiede per ogni confronto concorrenziale la pubblicazione di un bando di gara, per quanto semplificato.

L'esito dell'aggiudicazione del singolo appalto può comportare una riclassificazione delle imprese, senza che ciò si risolva in una rinegoziazione delle offerte (che sarebbe vietata ex comma 10 dell'art. 59), in quanto gli operatori economici aderenti all'accordo, al momento del rilancio del confronto competitivo, si pongono su un piede di parità, per cui il rilancio del confronto competitivo si risolve in realtà in un miglioramento, sotto il profilo tecnico e/o economico, delle offerte iniziali di cui

all'accordo quadro.

7. L'accordo quadro è veramente un istituto completamente innovativo?

Da un esame retrospettivo *in subiecta materia* (e come si è in parte già anticipato nei precedenti paragrafi) deve peraltro riconoscersi che l'accordo quadro non costituisce una novità assoluta né per l'ordinamento comunitario, né per l'ordinamento interno, in quanto alcune tipologie erano state introdotte ancor prima della direttiva comunitaria 2004/18/CE e del d.lg.vo 12 aprile 2006 n. 163.

Ed invero l'accordo quadro era già previsto nella prassi commerciale, relativamente ai c.d. settori esclusi, e disciplinati dalla direttiva comunitaria 1993-38 (artt. 1 e 2).

Di maggior rilievo ancora è il precedente introdotto dall'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 448 (legge finanziaria per l'anno 2000) che ha istituito un sistema centralizzato di acquisto di beni e servizi per la Pubblica Amministrazione, gestito dal Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica (ora Ministero dell'Economia e delle Finanze), il quale stipula convenzioni con le imprese fornitrici prescelte, che - a loro volta - si impegnano ad accettare, alle condizioni e ai prezzi stabiliti, ordinativi di fornitura fino alla concorrenza di un quantitativo complessivamente predeterminato.

Con D.M. 24 dicembre 2000, il Ministero ha deliberato di avvalersi per la realizzazione del sistema delle convenzioni di una struttura denominata Concessionaria servizi informatici pubblici - Consip. s.p.a., interamente partecipata dal Ministero, avente la funzione esclusiva di prestare servizi alla P.A.

Le amministrazioni dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando, nei limiti dei vincoli di bilancio, le convenzioni stipulate, ed emettendo gli ordinativi di fornitura per i beni o servizi oggetto delle convenzioni, salvo le eccezioni di cui all'art. 27 comma 6 della legge finanziaria citata.

Le restanti pubbliche amministrazioni hanno invece facoltà di aderire alle predette convenzioni (art. 24, comma 6 della legge n. 448/2001), altrimenti devono utilizzare i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni compatibili con quelli oggetto delle convenzioni (e proprio in ragione di tale facoltatività la norma è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte Costituzionale, con sentenza 26.1.2004 n. 36).

L'aspetto che differenzia il nuovo istituto dell'accordo quadro dal precedente Consip. - che tra l'altro è stato espressamente mantenuto in vigore dall'art. 252, 1° comma del Codice - risiede essenzialmente nel fatto che, come si è esposto sopra, l'accordo quadro può essere stipulato non soltanto con uno solo ma anche con più operatori economici.

In ogni caso il modello Consip - che fra l'altro prevede l'utilizzo delle convenzioni anche mediante sistemi di acquisto elettronici (cfr. la direttiva ministeriale 21 dicembre 2001 "Linee guida in materia di digitalizzazione dell'amministrazione"), pur con qualche limite (con particolare riferimento a quelle tipologie di forniture, per le quali non è sempre possibile definire degli standard uniformi per tutto il territorio nazionale), ha consentito, almeno sinora, di semplificare i processi di approvvigionamento, consentendo un miglioramento dei livelli di servizio ed una riduzione dei costi.

8. Considerazioni conclusive

Come si è esposto sopra, per effetto del d.l. 173/2006 convertito in legge 12 luglio 2006 n. 228 (art. 1 *octies*), l'entrata in vigore dell'accordo quadro, limitatamente ai "settori ordinari" (con esclusione pertanto dei "settori speciali") è stata differita al 1° febbraio 2007 (come del resto è accaduto per altri istituti, ritenuti "rischiosi" per la trasparenza del mercato).

In questo lasso di tempo il Governo dovrà mettere a punto i decreti legislativi correttivi.

D'altro canto, come pure si è evidenziato, l'accordo quadro rientra tra gli istituti previsti dalla direttiva 2004/18, il cui recepimento nell'ordinamento nazionale è meramente facoltativo, per cui l'istituto, in linea teorica, potrebbe anche non essere confermato.

Tuttavia, la buona prova già fornita dal modello Consip (non a caso mantenuto in vigore dall'art. 252, 1° comma del codice), può far propendere per una conferma, tanto più che la normativa del codice ha recepito per la quasi totalità quella della direttiva comunitaria.

Sono indubbi i vantaggi dell'istituto, sotto il profilo sia della semplificazione dei procedimenti che del contenimento dei costi, in tutti i casi di acquisizione di beni e servizi di carattere seriale e standardizzato.

L'accordo quadro consente infatti alla pubblica amministrazione di stabilire una volta per tutte le clausole destinate a disciplinare i rapporti con l'interlocutore o gli interlocutori privati, senza avere l'obbligo di contrattare volta per volta tutte le singole clausole del rapporto.

Da un lato quindi l'amministrazione committente può avvantaggiarsi di una possibile evoluzione dei prezzi[6], e, dall'altro le imprese esecutrici e/o fornitrici sono poste in grado di programmare più

adeguatamente la loro attività.

La disciplina della direttiva comunitaria, recepita dal Codice, sembra d'altro canto garantire, in modo sufficientemente corretto, i principi di trasparenza e di parità di trattamento, tenuto conto in particolare che:

-la durata di un accordo quadro non può superare i quattro anni, salvo ricorrano casi eccezionali debitamente motivati, tenuto conto in particolare dell'oggetto dell'accordo quadro(art. 59, comma 9);
 -le stazioni appaltanti non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza (art. 59 comma 10).

Determinante, infine, al fine di accrescere le garanzie di tutela dei principi di concorsualità e trasparenza, è l'art. 29, 13° comma del Codice (che recepisce il disposto dell'art. 9, comma 9 della direttiva comunitaria 2004/18), secondo cui per gli accordi quadro (e per i sistemi dinamici di acquisizione), il valore da prendere in considerazione deve essere determinato, considerando il valore massimo., al netto dell'iva, del complesso degli appalti da stipulare in pendenza dell'accordo.

Eventualmente in una prospettiva riformatrice, potrebbe esaminarsi l'opportunità di restringere ulteriormente gli spazi di discrezionalità, nel caso di appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici, qualora l'accordo quadro non fissi tutte le condizioni (art. 59 comma 8):e ciò anche al fine di evitare l'appesantimento derivante all'amministrazione da una duplicazione del confronto competitivo, una prima volta in sede di conclusione dell'accordo e, successivamente in sede di aggiudicazione dei singoli affidamenti, a tutto danno dell'obiettivo di semplificazione del procedimento che l'istituto si propone.

È pur vero che uno dei motivi ispiratori del codice consiste nel rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della P.A., accrescendo - entro determinati limiti e con adeguate garanzie a tutela della concorrenza e della *par condicio* - gli spazi di discrezionalità riservati alla P.A.

Questo presupporrebbe, peraltro, anche un adeguato funzionamento dei sistemi di controllo che- per ragioni che non è questa la sede per esaminare - nel nostro Paese non hanno mai adeguatamente funzionato.

Ma l'argomento fondamentale, a nostro avviso, per apportare dei correttivi resta senza dubbio - come si è già accennato sopra - un altro e cioè, se la finalità dell'istituto è quella di rendere più fluida l'attività procedimentale della P.A., la duplicazione del confronto competitivo rappresenta comunque un ostacolo al raggiungimento dell'obbiettivo.

Per concludere, quindi,con qualche aggiustamento -e, in particolare, meglio definiti i problemi connessi all'accordo quadro stipulato con più operatori economici , senza la predeterminazione di tutte le clausole contrattuali -sembra che l'introduzione dell'istituto nel nostro ordinamento possa effettivamente contribuire a rendere -come si legge nella relazione illustrativa del Codice -"più flessibile e moderna l'attività contrattuale della pubblica amministrazione" nel settore degli acquisti di beni e servizi standardizzati e di piccola entità.

[1] Relazione presentata al Convegno "*Il nuovo codice dei contratti di lavori, servizi e forniture*", Venezia 1 - 2 dicembre 2006, Università degli Studi Cà Foscari - Cà Dolfin.

[2] Commentario breve al codice civile, G. Cian- A. Trabucchi, ed. 2002, pag. 1263.

[3] Messineo, *Contr., Enc. D*; Carresi, *Il contr., Tr CM*, 36 ss.

[4] Parte della dottrina, v. Messineo, *op.cit.*, sottolinea che il contratto individuale, stipulato in difformità dal contratto normativo non è sempre invalidabile o inefficace: nell'ipotesi in cui il c.n. è unilaterale non può incidere sul terzo; si considera altresì l'ipotesi in cui le parti del contratto individuale non siano le stesse del c.n.

[5] Per l'aggiudicazione degli accordi-quadro nei settori speciali, v. art.222 del codice.

[6] Se però l'accordo-quadro ha ad oggetto servizi e forniture, non si sottrae all'applicabilità della clausola di revisione dei prezzi (art. 115 del codice).

(pubblicato l'11.12.2006)

