GLI APPALTI SANITARI A SEGUITO DELLA SPENDING REVIEW (L. 135/12): NOVITA'

dell'Avv. Gianluca Piccinni

Le novità sugli appalti sanitari dopo la spending review
News of Health Contract (L. 135/12)

Sommario: 1. Riduzione importi e prestazioni nei contratti sanitari ex art. 15, co. 13, lett.a d.l. 95/12, conv. in L. 135/12; 2. Problematiche applicative. 3. Acquisto beni e servizi: piattaforma Consip o Centrali di committenza

1. Riduzione importi e prestazioni nei contratti sanitari ex art. 15, co. 13, lett.a d.l. 95/12, conv. in L. 135/12.

L'articolo 15, co. 13, lett. a) d.l. 6/7/12 n. 95 ("Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini") convertito in L. 7/8/12 n. 135 (noto come decreto sulla spending review) prevedeva, nella versione originaria, che "gli importi e le connesse prestazioni relativi a contratti in essere di appalto di servizi e fornitura di beni e servizi, con esclusione degli acquisti dei farmaci, stipulate da aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale, sono ridotti del 5% a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, per tutta la durata dei contratti medesimi; tale riduzione per la fornitura di dispositivi medici opera fino al 31/12/2012".

Attualmente, tale comma ha subito una parziale modifica da parte dell'art. 1, co. 131, lett. a) L. 228/12) che ha aumentato la percentuale di "sconto" al 10% con decorrenza dal 1/1/13 sino alla scadenza naturale dei singoli contratti.

Questa norma, che non si applica agli acquisti di farmaci, contenuta nel testo originario del decreto legge e rimasta invariata dopo la legge di conversione, prevede una riduzione congiunta, e deve ritenersi proporzionale, degli "importi" e delle "connesse prestazioni" contenute nei contratti in essere alla data di entrata in vigore del decreto legge, quindi il 7/7/12.

Come è noto, il tema più controverso relativo a questa disposizione di legge riguarda proprio l'interpretazione che deve darsi con riguardo alle modalità applicative della riduzione del 10% degli "importi" e delle "connesse prestazioni" dei contratti per tutta la loro durata.

Il testo normativo, sia pure di infelice formulazione perché presenta notevoli criticità applicative - come avremo modo di vedere nel successivo paragrafo -, appare invece sufficientemente chiaro (grazie all'uso della congiunzione "e") nell'affermare che la riduzione debba intervenire sia sugli importi che sulle prestazioni del contratto: quindi, a fronte di minori prestazioni rese dal fornitore, l'importo globale del contratto subirà una contrazione del 10%.

Siffatta interpretazione consente di inserire questa norma coerentemente nel sistema normativo dei contratti pubblici, dove già esiste una disposizione di legge, contenuta nell'art. 11. R.D. 2440/1923, che attribuisce alla parte pubblica la facoltà di variare la quantità delle prestazioni contrattuali nell'ambito del 20% delle stesse (il c.d. "quinto d'obbligo"), disposizione poi richiamata anche dal successivo art. 132, 4° co., D.lgs. 163/06.

Non solo, tale riduzione degli importi dei contratti e delle prestazioni trova anche un riscontro normativo nel Codice dei Contratti e, precisamente, nell'ambito delle varianti in corso di esecuzione del contratto (art. 132, co. 1, lett. a) D.lgs. 163/06), avendo il legislatore previsto la possibilità per la stazione appaltante di ordinare modifiche nell'esecuzione del contratto anche per "per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari".

Lo stesso art. 132 cit. prevede inoltre "va-

rianti, in aumento o in diminuzione, (...) a condizione che tali varianti non comportino modifiche sostanziali (...). L'importo in aumento o in diminuzione relativo a tali varianti non può superare il cinque per cento dell'importo originario del contratto".

Tali varianti possono essere adottate dall'Azienda Sanitaria senza il necessario consenso del fornitore, che è tenuto ad accettarle.

Tuttavia, sia la variazione quantitativa prevista dalla regola del "quinto d'obbligo", sia le varianti in corso di esecuzione contenute nel limite del 10% dell'importo contrattuale, comportano effettivamente una riduzione delle prestazioni dovute dal fornitore e consentono quindi di ridurre coerentemente gli "importi" e le "connesse prestazioni", risultando quindi entrambe conformi al testo dell'art. 15, co. 13, lett. a, d.l. 95/12.

Altrettanto non può dirsi della richiesta, se non dell'imposizione, da parte di diverse Aziende sanitarie, di una riduzione automatica (e senza il compimento di un'accurata fase istruttoria) dei prezzi di aggiudicazione, in base ad un'interpretazione della norma che non tiene conto del tenore letterale della stessa, né dei principi generali in materia di contratti e, in particolare, di contratti sorti a seguito di procedure di gara.

La riduzione del solo prezzo contrattuale, infatti, incide sicuramente sull'importo del contratto ma non anche sulle "connesse prestazioni", mentre certamente l'art. 15, co. 13, lett. a) del d.l. 95/2012 impone una riduzione di entrambe queste voci.

L'imposizione di uno sconto "*ex lege*", inoltre, incide su un elemento essenziale del contratto, quale il prezzo, alterando l'equilibrio contrattuale ed intervenendo in un ambito, quello della determinazione delle condizioni contrattuali, nel quale vige il principio dell'autonomia delle parti, per i contratti privati, e della formazione delle condizioni contrattuali all'interno delle stesse procedure di gara, per i contratti pubblici, come imposto dalla normativa comunitaria.

La variazione di uno degli elementi essenziali del contratto già concluso non può certo essere imposto unilateralmente da una delle parti: deve poi ritenersi che una norma che imponesse la variazione "ex lege" delle condizioni di affidamento di un contratto pubblico si porrebbe in violazione della normativa comunitaria, che impone la formazione degli elementi essenziali del contratto nell'ambito della procedura di gara.

Per questi motivi, è da ritenersi che, salva sempre la facoltà del fornitore di aderire volontariamente ad una richiesta di sconto, il d.l. 95/2012 non attribuisce alle Aziende Sanitarie alcuna facoltà di riduzione unilaterale dei prezzi relativi ai contratti in essere alla data del 7 luglio 2012.

Logica vuole, pertanto, che la riduzione imposta dal legislatore non può che intendersi riferita alla "valutazione aggregata" dei costi e delle connesse prestazioni dei contratti posti in essere dalle amministrazioni sanitarie con i singoli fornitori; è il valore complessivo dei contratti il parametro di riferimento per l'applicazione della riduzione in parola.

In altri termini, i soggetti destinatari della norma non sono i fornitori privati, ma le stesse pubbliche amministrazioni, alle quali il legislatore impone di adottare forme di risparmio idonee a contenere la spesa pubblica, attraverso la riduzione del valore di un capitolo di bilancio: quello relativo agli acquisti di beni e servizi, anche riducendo i quantitativi di beni e servizi già ordinati.

La *ratio* della norma è dunque quella di contenere la spesa delle amministrazioni sanitarie, tagliando del 10% (in origine, il 5%) i budget relativi al complesso dei contratti d'appalto di fornitura di beni e servizi.

Inoltre va precisato che la norma non può neppure ritenersi automaticamente applicabile, in quanto impone alle amministrazioni appaltanti il compimento di un'accurata attività istruttoria al fine di individuare, caso per caso, i contratti suscettibili di riduzione.

A seguito di ciò, l'Azienda dovrà attivare un procedimento di rideterminazione delle prestazioni oggetto del contratto che si è scelto di ridurre, nel pieno contraddittorio con le imprese interessate e, dunque, previa comunicazione dell'avvio del procedimento.

In difetto di tale obbligatoria attività istruttoria, la riduzione automatica degli importi da parte delle stazioni appaltanti sarebbe illegittima.

2. Problematiche applicative

La generica previsione di riduzione prevista dal legislatore presenta notevoli criticità.

a) Innanzitutto, va individuato l'oggetto di detta riduzione che deve intendersi non solo "l'importo" dei contratti, ma anche le "prestazioni connesse", locuzione di non facile interpretazione e che conseguentemente ha dato adito a differenti esegesi.

La prima di queste teorie interpreta le "prestazioni connesse" come quelle prestazioni che lo stesso appaltatore si è impegnato a garantire in sede contrattuale, come ad esempio "i termini di consegna" oppure "i tempi d'intervento" ecc.; ridurre del 10% dette prestazioni, tuttavia, non pare avere molto senso in quanto la loro riduzione non farebbe che ulteriormente aggravare l'onere contrattuale dell'appaltatore, senza tuttavia apportare il benché minimo risparmio economico all'Amministrazione sanitaria.

Una seconda interpretazione, allora, propenderebbe per assegnare al termine "prestazioni connesse" il significato di "controprestazione contrattuale", con ciò quindi significando che, a fronte della riduzione del 10% dell'importo contrattuale a favore dell'appaltante, si configurerebbe una riduzione del medesimo 10% della controprestazione posta in capo all'appaltatore (la quantità della fornitura); tale interpretazione, sebbene più consona ai principi civilistici (di rispetto del cd. "sinallagma contrattuale") non è sicuramente conforme al reale intendimento del legislatore.

Ed infatti, se si procedesse, da parte delle Aziende, alla riduzione delle prestazioni e controprestazioni nella misura del 10%, sicuramente il S.S.N. ridurrebbe la spesa di un decimo ma, ovviamente, otterrebbe anche un decimo in meno di beni e servizi e, quindi, dovrebbe ridurre della medesima percentuale anche i servizi che è in grado di erogare.

b) Altra questione è quella relativa al "quantitativo" dell'importo contrattuale a cui applicare tale riduzione; posto infatti come detta disposizione si applichi ai contratti "in essere", occorre domandarsi allora se il Legislatore intende riferirsi alle sole prestazioni ancora da eseguire oppure se tale disposizione ha effetto retroattivo, applicandosi quindi all'importo previsto in contratto, indipendentemente dal quantitativo già fornito (o meno) fino a quel momento dall'appaltatore.

In altri termini, ove sia stato stipulato un contratto di importo pari, ad esempio, a 100 euro ed è relativo alla fornitura di 100 prodotti, se la riduzione si applica all'intero importo contrattuale ciò significa che il prezzo si riduce a 90 €, mentre se si applica al solo prezzo per le forniture ancora da eseguire, qualora si sia già provveduto alla fornitura di quasi tutti i prodotti (mancando, ad esempio, la consegna di solo 10 pezzi), in tal caso allora la riduzione del 10% si applicherà solo al prezzo relativo ai prodotti ancora da consegnare, riducendosi quindi lo sconto ad appena 1,00€.

In altri termini, l'eventuale maggiore o minore riduzione del prezzo dipenderebbe esclusivamente dal quantitativo di prodotti (ancor più difficile è la quantificazione dei servizi e dei lavori) che l'appaltatore potrebbe avere già provveduto a consegnare.

Tuttavia quest'ultima tesi non tiene in debito conto la natura giuridica che solitamente equipara il contratto di fornitura a quello di una "vendita a consegne ripartite", ossia un contratto che si perfeziona immediatamente, mediante il consenso delle parti, salvo poi differire nel tempo, previa intesa tra le parti, la fase di esecuzione attraverso eventuali consegne ripartite.

Ne deriva che l'appalto di forniture, ove inteso nel senso sopra riportato, difficilmente potrebbe rientrare nell'ambito dei c.d. contratti di somministrazione, cioè un contratto di "durata" e quindi, come tale, non può ricadere tra i contratti "in essere" di cui parla la lett. A), co. 13° dell'art. 15 d.l. 95/2012.

Se quindi l'unica possibile interpretazione per l'applicazione dello sconto coattivo del 10% anche ai contratti di vendita è la sua efficacia *ex tunc*, ciò tuttavia sembrava originariamente smentito dallo stesso Legislatore, che aveva limitato l'applicazione di detta riduzione per la fornitura di dispositivi medici solo "fino al 31/12/2012", mentre invece con la modifica di recente intervenuta, il termine "finale" è pari a quello di durata del singolo contratto.

Tale prescrizione non lascia adito a possibili diverse interpretazioni se non a quella che

prevede la riduzione dei contratti d'acquisto dei dispositivi medici dal 7/7/2012 sino alla data di scadenza dei singoli contratti, pari al 10% dell'importo della sola fornitura da ancora da eseguirsi sino alla naturale scadenza dei singoli contratti.

3. Acquisto beni e servizi: piattaforma Consip o Centrali di committenza

L'ultima novità introdotta dalla lett. D) del co. 13° dell'art. 15 D.L. n. 95/2012 stabilisce che gli Enti del S.S.N. utilizzino, "per l'acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP" gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione da CONSIP o dalle altre Centrali di committenza.

Detta prescrizione potrebbe apparire tautologica in quanto già l'art. 7, co. 2° della L. 94/2012 obbligava "le altre pubbliche amministrazioni" (non statali) a fare ricorso al M.E.P.A. ma ciò valeva espressamente solo per gli acquisti sottosoglia e senza indicare espressamente il settore del SSN.

Invero, con la menzionata disposizione, il Legislatore ha ritenuto di dover esplicitamente prevedere che gli enti del SSN 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.

Al riguardo è importante rilevare come il legislatore abbia imposto un obbligo, a carico dell'Aziende Sanitarie, di avvalersi delle convenzioni stipulate dalle centrali regionali ovvero dalla Consip, pena la nullità dei relativi contratti e tale *modus procedendi* configura illecito disciplinare ed è causa di responsabilità amministrativa.

Nei casi, quindi, di non adesione alla convenzione Consip o di non applicazione delle condizioni in essa previste si configura il danno erariale nella misura della differenza tra il prezzo indicato negli strumenti di acquisto Consip e quello maggiore indicato nel contratto stipulato.

Proprio al fine di rimarcare maggiormente gli obblighi di cui sopra, nella legge è previsto espressamente che l'unica ipotesi in cui le pubbliche amministrazioni possono procedere con procedure autonome di acquisto è il caso in cui non c'è la disponibilità delle convenzioni e l'acquisto sia motivato dall'urgenza.

In tali casi, tuttavia, i contratti dovranno prevedere la clausola di risoluzione per sopravvenuta disponibilità della convenzione.

Diversa è invece la disciplina prevista per le convezioni/contratti quadro stipulati dalle centrali di acquisto regionali alle quali è solo richiesto che i parametri di qualità e di prezzo delle convenzioni Consip facciano da punto di riferimento.

Nelle nuove disposizioni si è tenuto conto anche delle possibili incapienze delle convenzioni in corso Consip e delle centrali di acquisto regionali scaturenti dal conseguente obbligo al maggior ricorso tant'è che, al fine di garantire l'utilizzabilità delle stesse, è stata prevista la possibilità di incrementare le quantità ovvero gli importi massimi complessivi delle convenzioni …omississ…"in misura pari alla quantità ovvero all'importo originario, a decorrere dalla data di esaurimento della convenzione stessa, ove questa intervenga prima del 31/12/2012".

Al fornitore è tuttavia concesso l'esercizio del diritto di recesso a fronte del quale le centrali di committenza, sopra menzionate, potranno stipulare una nuova convenzione con durata limitata al 30 giugno 2013, "interpellando progressivamente gli operatori economici" della graduatoria della procedura originaria fino al terzo miglior offerente a condizione che siano offerte condizioni economiche migliorative tali da determinare il raggiungimento del punteggio complessivo attribuito all'offerta presentata dall'aggiudicatario della relativa procedura".

In ogni caso, per i contratti in corso, ove i fornitori non si adeguino alle migliori condizioni Consip, le amministrazioni possono recedere previa formale comunicazione e previo pagamento delle prestazioni già eseguite.

Interessante è anche il coordinamento tra le stazioni appaltanti e le centrali di committenza con la previsione di un elenco delle centrali di committenza e la pubblicazione da parte di Consip di tutti i dati relativi alle convenzioni/contratti quadro stipulati. Ma anche la possibilità di aggiudicare le convenzioni ad uno o più operatori economici nei casi di par-

ticolare interesse per la pubblica amministrazione (cfr. co.16 bis).

Così facendo il legislatore ha inteso assoggettare ad un controllo assoluto le gare di appalto da parte di strutture centralizzate, stabilendo che tutte le procedure debbono obbligatoriamente passare per le centrali di committenza o per la Consip, obbligando tutti gli operatori economici (che ancora non l'hanno fatto) a trasferire sul web il loro business.

«::::::::: GA :::::::::»