

GABRIELLA M. RACCA

L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni

SOMMARIO: 1. La pluralità dei centri d'acquisto nelle pubbliche amministrazioni e le forme di aggregazione per la sostenibilità e l'innovazione. – 2. La diversa prospettiva dell'aggregazione nelle gare pubbliche: rilevazione dei fabbisogni, logistica, strumenti IT, analisi di mercato, innovazione, strategie sociali e ambientali. – 3. Le organizzazioni professionali d'acquisto ed il principio di concorrenza oltre la selezione del contraente.

1. *La pluralità dei centri d'acquisto nelle pubbliche amministrazioni e le forme di aggregazione per la sostenibilità e l'innovazione*

La spesa pubblica relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture costituisce una percentuale rilevante del prodotto interno lordo dei paesi di tutto il mondo. Il mercato dei contratti pubblici all'interno dell'Unione Europea raggiunge circa il 16% del PIL¹, ovvero circa 2.288 miliardi di euro nel 2009². I contratti pubblici rappresentano anche una

¹ Commissione UE, *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:it:PDF>, ogni anno le amministrazioni pubbliche europee spendono l'equivalente del 16% del prodotto interno lordo europeo per l'acquisto di beni, quali attrezzature da ufficio, materiali da costruzione e veicoli da trasporto, o servizi, quali manutenzione degli edifici, servizi di trasporto, servizi di pulizia e ristorazione, e opere. Gli appalti pubblici possono determinare le tendenze della produzione e del consumo e grazie a una domanda di beni "più ecologici" sostenuta da parte delle pubbliche amministrazioni si potranno creare o ampliare i mercati di prodotti e servizi meno nocivi per l'ambiente, oltre a incentivare le imprese a sviluppare tecnologie ambientali.

² Commissione europea - Internal Market, *Public procurement indicators 2009*, 11 novembre 2010, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indica-

parte rilevante del commercio internazionale per le dimensioni di tale mercato³, nonché per la progressiva apertura alla concorrenza⁴.

Sembra tuttavia mancare una visione globale del potere d'acquisto delle organizzazioni pubbliche forse a causa della diffusa frammentazione dei centri d'acquisto che costituisce un ostacolo ad una visione complessiva delle possibili strategie di acquisto⁵. Per questa ragione pare necessaria l'analisi dei differenti modelli di *collaborative procurement*⁶ per individuare gli strumenti utili ad orientare l'impiego di tali considerevoli risorse⁷.

Normalmente ogni governo, ente locale di qualsiasi livello è dotato di autonomia contrattuale e può contrattare, a seconda dei casi, sulla base

tors2009_en.pdf; si veda anche: L. NYIRI, D. OSIMO, R. ÖZCIVELİK, C. CENTENO, M. CARRERA, *Public Procurement for the Promotion of R&D and Innovation in ICT*, EUR 22671EN, 2007. Sulla base dei dati statistici forniti sia dall'Unione Europea che dall'OECD, l'ammontare totale degli appalti pubblici degli enti locali risulta superiore rispetto a quella delle amministrazioni statali. Tali dati sono stati anche recentemente ripresi dal report presentato da un gruppo di ricerca in materia di appalti pubblici: D. AUDET, *Government Procurement: A Synthesis Report*, in <http://www.oecd.org/dataoecd/1/21/43506020.pdf>, 151 e ss., in cui si rileva che “*procurement by sub-central governments is larger than procurement by central governments by an estimated margin of two to three times depending on the ratios measured. These facts highlight the importance of sub-central government in procurement policy, and pinpoint the reasons behind the high fragmentation of implementing public procurement processes*”. Commissione Europea - DG internal policies, *The Applicability of Internal Market rules for Inter-Communal Co-operations*, Settembre 2006.

³ Commissione europea - Internal Market, Sintesi dell'avalutazione dell'impatto e dell'efficacia della legislazione UE in materia di appalti pubblici, 2011, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_it.pdf; M. POULAIN, *Opening public procurement markets: Contribution of trade policies to the recovery in the field of public procurement*, Procurement unit DG Trade, Roma, 15 Ottobre 2009.

⁴ S. ARROWSMITH e P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge, 2009. Per un'analisi della spesa si veda: Commission (Ec) *A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*, 3 febbraio 2004; Commissione EU, *Commission staff working paper – implementation report SEC(2003)33*, 14 gennaio 2003.

⁵ J. EDLER e L. GEORGHIOU, *Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side*, in *Research policy*, 2007, 949 e ss.

⁶ G.M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119 e ss.

⁷ Commissione UE, *Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici*, SEC(2008) 2193, 25 Giugno 2008.

delle regole internazionali, europee e nazionali⁸. Questo significa che esiste un numero considerevole di amministrazioni aggiudicatrici che operano separatamente⁹. Tali pubblici centri d'acquisto sono tenuti ad osservare le procedure di gara, ed a tal fine devono disporre delle necessarie competenze professionali. Tuttavia il valore delle singole procedure di aggiudicazione può essere limitato, se ad esempio si considera una piccola comunità montana italiana, al contrario, tale valore può essere molto elevato se si considerano i contratti delle grandi città o delle aziende sanitarie¹⁰. La procedura per stipulare un contratto appena superiore alla soglia di rilevanza europea è la medesima di un contratto di valore notevolmente superiore, come pure, in apparenza, sembra analoga la professionalità richiesta per stipulare un singolo contratto rispetto a quella di chi ne stipula centinaia. E' evidente che l'obiettivo da perseguire è sempre il conseguimento del miglior rapporto qualità/prezzo, ma la professionalità necessaria in relazione alla quantità e valore dei contratti pubblici è profondamente diversa. Il mutamento risulta ancora più significativo quando non si stipulano contratti per un unico ente ma si aggrega la

⁸ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed), London, 2005.

⁹ Si veda ad es.: M. BURGI, *In-House providing in Germany*, in *The In-House Providing in European Law*, a cura di M. COMBA e S. TREUMER, 2010, Copenhagen, 71 e ss.

¹⁰ G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2010, 1727 e ss.; R. CAVALLO PERIN e B. GAGLIARDI, *Le prestazioni riservate alle organizzazioni pubbliche e gli oggetti possibili dei contratti a terzi in sanità*, A. PIOGGIA, M. DUGATO, G.M. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (eds.), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008, 249 e ss. e G.M. RACCA, *Le modalità organizzative delle aziende sanitarie in relazione all'attività contrattuale e le prospettive di razionalizzazione degli acquisti connessi alla prestazione dei servizi sanitari pubblici*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G.M. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (eds.), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, cit., 274 e ss. Per il sistema francese: A. MOURIER, *Compétences managériales et modernisation de la fonction achat dans les hôpitaux public français*, in *Techniques hospitalières*, Juillet-Août, 2010, 29 e ss. Per il sistema inglese si veda: D.W. LIGHT, *Is NHS purchasing serious? An American perspective*, *British Medical Journal*, 1998, 217 ss.; P. ALLEN, B. CROXSON, J.A. ROBERTS, K. ARCHIBALD, S. CRAWSHAW, L. TAYLOR, *The use of contracts in the management of infectious disease related risk in the NHS internal market*, *Health Policy*, 2002, 257 ss.; T. BOVAIRD, *Developing New Forms of Partnership With the 'Market' in the Procurement of Public Services*, *Public Administration*, 2006, 81 ss.; P. ALLEN, *A socio-legal and economic analysis of contracting in the NHS internal market using a case study of contracting for district nursing*, *Social Science & Medicine*, 2002, 255 ss.; N. FREEMANTLE, I. WATT, J. MASON, *Developments in the Purchasing Process in the NHS: Towards an explicit Politics of Rationing?*, *Public Administration*, 1993, 535 ss.; R. MILNE, M. MCGEE, *Compulsory Competitive Tendering in the NHS: A New Look at Some Old Estimates*, *Fiscal Studies*, 1992, 96 ss.

domanda pubblica e si creano organizzazioni complesse per la stipulazione di contratti pubblici per altri enti.

Ogni forma di aggregazione degli acquisti, di *collaborative procurement* mediante centrali d'acquisto muta radicalmente la prospettiva e la funzione della gara pubblica poiché, superando l'episodicità del contratto, lo inserisce in un più ampio contesto che si estende alla valutazione e razionalizzazione dei fabbisogni, alla logistica, alle analisi di mercato, al *benchmarking*, nonché della catena produttiva e distributiva degli operatori del settore. In tale più ampia prospettiva e visione le strategie dell'acquirente pubblico possono orientare i mercati di riferimento ed assicurare un impulso all'innovazione tecnologica e alle scelte sostenibili.

Attualmente i modelli organizzativi di *collaborative procurement* che si stanno sviluppando assumono caratteri differenti. Una prima forma di aggregazione degli acquisti viene attuata senza alcuna modifica strutturale, attraverso appalti aggiudicati sulla base di un rapporto di collaborazione tra diverse amministrazioni aggiudicatrici ("modello contrattuale")¹¹. Normalmente si attuano forme di delegazione e coordinamento¹² per l'aggiudicazione di talune gare di interesse comune mediante l'aggregazione dei fabbisogni rilevati ovvero la previsione di singoli lotti distinti.

Il modello organizzativo che modifica più profondamente l'attività di contrattuale delle pubbliche amministrazioni sembra quello c.d. "*corporate*"¹³, in cui una centrale di committenza (*Central Purchasing Body* -

¹¹ G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, cit., 1727 e ss.

¹² Sul modello francese: M. CORMIER, *Mutations et enjeux des coopérations hospitalières*, in *AJDA*, 2006 416 e ss.; D. LEGOUGE, *Fonction achat: une créatrice de valeur pour l'hôpital et le secteur médico-social*, in *Revue hospitalière de France*, Juillet-Août 2010, 28 e ss.; D. LEGOUGE, *Secteur hospitalier et médico-social public: vers de nouvelles stratégies d'achat de groupe*, in *Contrats Publics*, juillet-août 2010, 43 e ss.; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in corso di pubbl. in *Droit Administratif*. S. PONZIO, *I modelli organizzativi di mutualisation degli acquisti nel settore sanitario e ospedaliero in Francia per la modernizzazione e professionalizzazione della fonction achat*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, cit., 247 e ss.; sul modello del Regno Unito: D. CASALINI, *Le forme di aggregazione degli acquisti sanitari in Gran Bretagna*, ivi, 217 e ss. sulle esperienze di Germania e Spagna: M. PIGNATTI, *I contratti pubblici in sanità nelle altre esperienze europee*, ivi, 271 e ss.

¹³ L. VOGEL, *Macroeconomic effects of cost savings in public procurement*, Brussels - Economic papers, 2009; N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, *Handbook of Procurement*, Cambridge, 2006, 94, 315 e ss.; C.H. BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham, Ed-

CPB o *Professional Buying Organization* - PBO), con un separato *status* giuridico, viene creata a questo scopo¹⁴.

Le centrali di committenza¹⁵ sono state create per l'aggiudicazione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture destinati ad altre pubbliche amministrazioni senza che queste debbano direttamente applicare le norme in materia di contratti pubblici¹⁶. L'idea di superare la frammentazione collegata alla presenza di numerosi uffici contratti nelle singole amministrazioni e di rafforzare e articolare le relative professionalità ha prodotto una centenaria esperienza negli Stati Uniti che ha consentito di conseguire economie di scala e di scopo¹⁷, in particolare nel settore sanitario¹⁸.

ward Elgar Publishing Limited, 2008; J. CHARD, G. DUHS, J. HOULDEN, *Body beautiful or vile bodies? Central purchasing in the UK*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, NA26; S. ARROWSMITH, *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Procurement Regulation for the 21st Century*, Eagan, 2009; L. KNIGHT, C. HARLAND, J. TELGEN, K.V. THAI, G. CALLENDER, K. MCKEN, *Public Procurement. International Cases and Commentary*, Routledge, 2007.

¹⁴ Si veda l'art. 11, p.to 2, Direttiva CE del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18 *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*: "Le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza nei casi di cui all'articolo 1, paragrafo 10, sono considerate in linea con la presente direttiva a condizione che detta centrale l'abbia rispettata". Si veda anche l'art. 29, c. 2, Direttiva CE del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17 *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, trasporti e servizi postali* "Gli enti aggiudicatori che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza nei casi di cui all'articolo 1, paragrafo 8, sono considerati in linea con la presente direttiva a condizione che detta centrale abbia rispettato la presente direttiva o, ove opportuno, la direttiva 2004/90/CE".

¹⁵ L. DUHIL DE BENAZÉ, *La centrale d'achat, nouveau vecteur d'efficience de l'achat hospitalier*, in *Contrats Publics*, juillet-août 2010, 47; R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (eds.), *Trattato sui contratti pubblici*. Milano, 2008, II, 607 e s.; G. DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, Torino, 2007, I, 381 e s.

¹⁶ Sui limiti dell'*in-house*: R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *Control over in-house providing organizations*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 227 e ss.; M. COMBA e S. TREUMER, *The In-House Providing in European Law*, Copenhagen, 2010.

¹⁷ C. ROONEY, *Pooling Hospital Procurement through Group Purchasing Organizations (GPOs): The U.S. Experience*, relazione al 2ème symposium International, Parigi 8 e 9 settembre 2010. La prima Group Purchasing Organizations negli USA è stata creata nel 1910 dall'ospedale Bureau di New York. Nel 2008 il transato delle sei principali G.P.O. statunitensi era di circa 108 miliardi di dollari, pari al 90% del transato totale delle GPO statunitensi. Una quota variabile tra il 96% ed il 98% degli ospedali statunitensi aderisce ad una o più GPO.

¹⁸ E. SCHNELLER, *Role of Group Purchasing in the US*, relazione al 2ème symposium In-

La constatazione relativa allo sviluppo di tecniche di centralizzazione degli acquisti in alcuni Stati membri ha indotto le istituzioni europee a introdurre nelle direttive appalti una prima sommaria definizione¹⁹ delle centrali di committenza riconoscendo la loro possibilità di “aggiudicare contratti pubblici e stipulare accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici”²⁰. Si introducono così due fondamentali innovazioni una organizzativa relativa all’ente aggiudicatore ed una relativa allo strumento contrattuale, l’accordo quadro²¹. Alcuni Stati membri dell’Unione Europea avevano infatti da tempo creato centrali di committenza e utilizzato varie forme di accordo quadro, pur in mancanza di spe-

ternational, Parigi 8 e 9 settembre 2010; C. ROONEY, *Pooling Hospital Procurement through Group Purchasing Organizations (GPOs): The U.S. Experience*, cit. Si veda anche: E.S. SCHNELLER, L.R. SMELTZER, *Strategic management of the Health Care Supply Chain*, Jossey-Bass, San Francisco, 2006; E. SCHNELLER, *The value of Group Purchasing - 2009: Meeting the Needs for Strategic Savings*, in *Health care Sector Advances*, 2009. Si veda anche: R.E. BLOCH, S. P. PERLMAN, J.S. BROWN, *An Analysis of Group Purchasing Organizations’ Contracting Practices Under the Antitrust Laws: Myth and Reality*, Mayer, Brown, Rowe & Maw Report, 4, 2008, <http://www.ftc.gov/ogc/healthcarehearings/docs/030926bloch.pdf>; C.Y. REISZ, C.J.B. SLOAN, *Group Purchasing Organizations: Worth the Cost?*, in A.G. GOSFIELD, *Health Law Handbook*, 2010; R. DANA BARLOW, *Healthcare group purchasing milestones in history*, in *Healthcare Purchasing News*, November 2004. Sulle forme di aggregazione dei contratti si vedano: M. Consito, I modelli di organizzazione e la disciplina delle forniture nel servizio sanitario statunitense, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, cit., 311 e ss. e, per quanto riguarda gli acquisti a livello federale: M. MATTALIA, *Il livello federale del public procurement negli Stati Uniti*, ivi, 293 e ss.

¹⁹ Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, considerando n. 15.

²⁰ S. ARROWSMITH, *Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives*, in *Public Procurement Law Review*, 1999, 115-146 e 168-186.

²¹ Sulla disciplina dell’accordo quadro si veda: H. PONGÉRARD-PAYET e T. BANGUI, *La procédure de l’accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique*, in *Actualité Juridique Droit administratif*, 2007, 1055; R. CARANTA, *L’accordo quadro*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (dir.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, III, 1942 e ss.; P. DE GÉRY, P. SCHMIDT, *Les accords cadres*, édition du Moniteur, Paris, 2007, 117 e ss.; OGC, *Framework Agreements: OGC Guidance on Framework Agreements in the new Procurement Regulations*, gennaio 2006; European Commission, *Explanatory Note - Framework Agreements - Classic Directive*, 14 luglio 2005; S. ARROWSMITH, *Framework agreements under the UK Procurement Regulations: the Denfleet case*, *Public Procurement Law Review*, 2005, NA86 ss.; M. BOWSHER, L.E. JOHN, *The use (and abuse?) of framework agreements in the United Kingdom*, in R.H. García (ed.) *International Public Procurement*, 2009, 349 e ss.; S.H. BAILEY, *Judicial review of contracting decisions*, *Public Law*, 2007, 444 ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA e G.L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, in *Quaderni Consip*, VI, 2010.

cifica disciplina europea²². Tale mancanza aveva rallentato la sperimentazione in altri paesi ed aveva suscitato incertezze circa la conformità alla disciplina europea di simili modalità di acquisto, determinando l'avvio di procedure di infrazione nei confronti della Gran Bretagna, superate con l'introduzione nel 2004 della nuova disciplina europea²³. I dubbi concernevano i possibili effetti distorsivi della concorrenza connessi all'aggregazione²⁴, nonché l'abuso di posizione dominante²⁵. In considera-

²² UK Government's *Operational efficiency programme: collaborative procurement report*, May 2009, ove si elencano più di 40 centrali di committenza all'interno del Regno Unito; L.D. DE BÉNAZÉ, *La centrale d'achat, nouveau vecteur d'efficience de l'achat hospitalier*, cit., 46, in Francia troviamo una centrale di committenza generalista a livello nazionale (Ugap) e differenti forme di aggregazione fra cui altre 4 strutture (2 a livello nazionale e 2 a livello locale) per l'aggregazione degli acquisti nel settore sanitario.

²³ C. YUKINS, *Are IDIQs inefficient? sharing lessons with European framework contracting*, P.C.L.J., 2008, 546; S. ARROWSMITH, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?*, P.C.L.J., 2006, 337 e ss.; S. ARROWSMITH, *Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives*, cit., 1999, 115-146 e 168-186. Si veda anche: Commissione Europea, *Public Procurement: Infringement Proceedings Against the United Kingdom, Austria, Germany and Portugal*, 19 dicembre 1997, in <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/97/1178&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

²⁴ S. ARROWSMITH, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?*, cit., 348 e ss.; C. YUKINS, *Are IDIQs inefficient? sharing lessons with European framework contracting*, cit., 547 e 548, ove, fin da prima della direttiva comunitaria 2004/18, viene evidenziato un parallelo tra l'utilizzo dei *framework agreements* (nel Regno Unito) e gli *IDIQs - Indefinity delivery / Indefinity Quantity* (negli Stati Uniti) entrambi accusati di costituire degli strumenti idonei a porre in essere delle condotte anticoncorrenziali in quanto considerati metodi per mantenere le c.d. "liste fornitori" e di dubbia compatibilità con le direttive comunitarie in materia. Per quanto concerne gli accordi quadro ed il rispetto del principio di concorrenza, con le direttive comunitarie del 2004, in particolare se ne è limitata la durata. Si veda anche: Commissione Europea, *Explanatory NOTE - Framework agreements - Classic directive*, 2005, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework_en.pdf. Si veda M. BOWSHER, L. E. JOHN, *The use (and abuse?) of framework agreements in the United Kingdom*, R.H. GARCIA, *International public procurement: a guide to best practice*, London, 2009, 353. Descrive l'evoluzione degli interventi della Commissione Europea in materia di accordi quadro a partire dal ricorso contro la Repubblica ellenica (C. giust. CE, sez. V, 4 maggio 1995, *Commissione delle Comunità europee v Repubblica ellenica*, in C-79/94), che aveva proceduto a stipulare un accordo-quadro per la fornitura esclusiva di garze per gli ospedali e l'esercito con sei industrie tessili greche, senza pubblicare il relativo bando nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

²⁵ Si veda anche: J. CHARD, G. DUHS, J. HOULDEN, *Body beautiful or vile bodies? Central purchasing in the UK*, cit., NA26.

zione dell'ampio volume degli acquisti di queste organizzazioni²⁶, si può invece ritenere che tali modelli organizzativi e strumenti contrattuali, adeguatamente utilizzati, possano ampliare l'estensione della partecipazione e della concorrenza oltre all'efficacia della spesa pubblica²⁷.

La disciplina europea²⁸ definisce la centrale di committenza come nuovo strumento che può essere utilizzato²⁹, anche per perseguire politiche orizzontali lasciate alle scelte discrezionali di ciascuno Stato Membro³⁰. Da questo punto di vista l'importanza del potere di acquisto pubblico potrebbe ampliarsi attraverso la costituzione di reti nazionali fra centrali di committenza per l'attuazione di strategie coordinate, nonché mediante la costituzione di reti europee che cooperino per la definizione di *benchmark* e *best practices* in modo da costituire, dal lato della domanda pubblica, un significativo interlocutore per gli operatori privati.

La mancanza di un coordinamento nelle politiche dell'innovazione, dal lato della domanda, è attualmente nota non solo negli Stati europei³¹ e si basa sulla definizione di "*all public measures to induce innovations and/or speed up diffusion of innovations through increasing the demand*

²⁶ G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, cit., 1727 e ss.

²⁷ G.L. ALBANO, L. CARPINETI, F. DINI, L. GIAMBONI, F. RUSSO, G. SPAGNOLO, *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, 2007, *Quaderni CONSIP*, IV; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA e G. L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, cit., 4 e ss.

²⁸ Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, Art. 1, § 10 dove per «centrale di committenza» si intende «un'amministrazione aggiudicatrice che: – acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o – aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici».

²⁹ Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, considerando n. 23 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

³⁰ S. ARROWSMITH e P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge, 2009.

³¹ Y. MYOKEN, *Demand-orientated policy on leading-edge industry and technology: public procurement for innovation*, *International Journal of Technology Management*, 2010, 196 e ss., ove si riferisce che il governo giapponese ha discusso l'importanza di un'innovazione orientata verso un nuovo approccio per gli appalti pubblici. Attraverso il confronto con le strategie di appalto degli Stati Uniti, del Regno Unito e dei Paesi Bassi si propone di: (1) tra favorire il confronto fra professionisti per valutare i prototipi delle migliori tecnologie, (2) svolgere dialoghi interattivi tra i fornitori e gli utenti prima della gara; (3) garantire una concorrenza leale e trasparente mediante nuovi valori sociali ed economici delle nuove tecnologie.

for innovations, defining new functional requirement for products and services or better articulating demand"³². Le centrali di committenza aggregando la domanda possono svolgere un ruolo importante di orientamento del mercato verso l'innovazione e la sostenibilità.

A livello europeo si sta evidenziando la presenza di significative barriere alla partecipazione transfrontaliera alle gare pubbliche per la effettiva realizzazione del mercato interno. Per la promozione della partecipazione e dell'innovazione l'Unione Europea³³ ha promosso delle reti europee transnazionali fra committenti pubblici³⁴ nell'ambito del programma "European Union Lead Market"³⁵. Tali reti rispondono alle esigenze dei committenti pubblici a tutti i livelli – nazionale, regionale, metropolitano e locale – di aumentare la conoscenza specifica del mercato e delle soluzioni innovative nei principali settori di mercato, con l'obiettivo di sperimentare azioni congiunte o coordinate nella realizzazione degli acquisti pubblici. Si tratta indubbiamente di un segnale dell'importanza della cooperazione tra gli enti aggiudicatori appartenenti a differenti Stati membri dell'Unione europea. Inoltre, tutte le reti hanno previsto azioni per diffondere informazioni sui progressi effettuati all'interno dei relativi settori. Tuttavia, la creazione di reti tra singole amministrazioni aggiudicatrici, benché significativa, produce effetti limitati. Il coinvolgimento di centrali di committenza nella rete avrebbe infatti esteso significativamente gli effetti di innovazione e sostenibilità anche in relazione ai volumi di spesa.

³² J. EDLER e L. GEORGHIOU, cit., 949 e ss. in cui si evidenzia che le politiche dal lato della domanda possono essere presentate in quattro raggruppamenti principali: le politiche sistemiche, la regolamentazione, gli appalti pubblici e la stimolazione della domanda privata.

³³ Commissione Europea - DG Enterprise and Industry, *The lead market initiative*, 2009.

³⁴ Le tre reti transnazionali sono costituite da: "Enprotex" "Enprotex" la cui attività attiene specificatamente al settore dell'innovazione tessile antincendio e di salvataggio (circa l'attività svolta da "Enprotex" si veda: <<http://www.firebuy.gov.uk/home.aspx>>), "Sci-Network" per aiutare le autorità pubbliche valorizzare e guidare le innovazioni sostenibili nel settore delle costruzioni pubbliche e progetti di riqualificazione di tutta Europa (circa l'attività svolta da "Sci-Network" si veda: <<http://www.iclei.org/index.php?id=796>>) e "Lcb-Healthcare" il cui obiettivo consiste nello stimolare soluzioni innovative di costruzione a basso tenore di carbonio per il settore sanitario (circa l'attività svolta dal "Lcb-Healthcare" si veda: <http://www.bis.gov.uk/>).

³⁵ I network di *public procurement*, hanno iniziato ad operare nel Settembre 2009 e sembrano costituire un primo caso di finanziamento (di circa un milione di euro) da parte della Commissione UE di reti per la stipulazione di appalti pubblici specificatamente rivolti all'innovazione.

L'innovazione di prodotto, una maggiore conoscenza specifica del mercato, la promozione di una maggiore partecipazione possono infatti costituire gli effetti più significativi della stipulazione di accordi quadro con più operatori adeguatamente disegnati per promuovere l'innovazione e la partecipazione anche dell'PMI per rafforzare e sviluppare la concorrenza³⁶.

2. *La diversa prospettiva dell'aggregazione nelle gare pubbliche: rilevazione dei fabbisogni, logistica, strumenti IT, analisi di mercato, innovazione, strategie sociali e ambientali*

La presenza dei governi nel mercato crea significative opportunità, spesso trascurate a causa della frammentazione dei centri d'acquisto, per perseguire scelte strategiche³⁷ ed influenzare il mercato³⁸. La diversa prospettiva delle procedure selettive delle pubbliche amministrazioni connessa all'attività delle centrali di committenza è legata innanzitutto all'incremento del valore complessivo delle gare e ad una possibile razionalizzazione dei fabbisogni. Le scelte contrattuali vengono precedute dall'analisi, dalla definizione e razionalizzazione dei fabbisogni nei settori interessati. Una simile attività preliminare alla selezione può determinare scelte diverse rispetto a quelle perseguibili in una singola procedura selettiva. La centrale di committenza può definire e articolare l'oggetto di accordi quadro aperti con più operatori in modo da proporre soluzioni differenti e innovative che non sarebbero state possibili in singole operazioni contrattuali³⁹. Tale diversa prospettiva influenza anche il rapporto

³⁶ R. CAVALLO PERIN e G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, 325 e ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA e G.L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, cit., 2010. J. CHARD, G. DUHS, J. HOULDEN, *Body beautiful or vile bodies? Central purchasing in the UK*, cit., NA26.

³⁷ J. EDLER e L. GEORGHIOU, *Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side*, in *Research policy*, 2007, 949 e ss.

³⁸ C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford, 2007, 114 e ss.

³⁹ G.L. ALBANO, L. CARPINETI, F. DINI, L. GIAMBONI, F. RUSSO, G. SPAGNOLO, *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, cit., 11 e ss.; G. L. ALBANO, A. BALLARIN, M. SPARRO, *Framework Agreements and Repeated Purchases: The Basic Economics and a Case Study on the Acquisition of IT Services*, 2010, *Quaderni CONSIP*, IV. G.M. RACCA e G.L. AL-

con il mercato infatti una centrale d'acquisto redige i documenti contrattuali in relazione alle caratteristiche di ogni specifico mercato di riferimento. Ciò può determinare la scelta di prevedere distinti lotti (territoriali o per tipologia di prestazione) in relazione alla presenza di operatori economici nel settore, al fine di stimolare la concorrenza, limitando, se opportuno, la possibilità di aggiudicarsi più lotti con l'effetto di stimolare la partecipazione delle PMI maggiormente innovative⁴⁰.

La definizione di accordi-quadro, adeguatamente costruiti, può favorire la concorrenza contrastando i cartelli e gli abusi di posizione dominante⁴¹. Un'organizzazione professionale di acquisto può meglio fronteggiare le pressioni dei potenti gruppi di interessi. La scarsa professionalità e la mancanza di trasparenza accrescono al contrario il rischio che l'attività degli enti aggiudicatori sia influenzata negativamente da comportamenti corruttivi o da pressioni protezionistiche⁴². Studi economici hanno ormai rilevato che nel settore degli appalti pubblici sono molto superiori gli sprechi legati all'incompetenza dei pubblici funzionari rispetto a quelli connessi agli episodi di corruzione⁴³. L'alta professionalità delle organizzazioni professionali di acquisto, supportata anche dalla maggiore trasparenza connessa all'impiego di strumenti e archivi elettronici, favorisce il confronto di prezzi, il rilevamento della qualità delle prestazioni e della soddisfazione degli utenti. L'elevato valore dei contratti e l'ampio numero di imprese potenzialmente coinvolte negli accordi quadro stipulati può salvaguardare il principio di libera concorrenza, al con-

BANO, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience*, di prossima pubblicazione.

⁴⁰ G.M. RACCA, *The challenges of collaborative procurement in the healthcare sector*, in *World Hospital and Health Services*, Vol. 47, no. 1, 2011, 18.

⁴¹ S. ARROWSMITH, *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Procurement Regulation for the 21st Century*, Eagan, 2009; J. CHARD, G. DUHS, J. HOULDEN, *Body beautiful or vile bodies? Central purchasing in the UK*, cit., NA26. Si veda anche: Commissione UE, *European code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts*, SEC(2008) 2193, 25 Giugno 2008.

⁴² C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford, 2007, 118; R.H. GARCIA, *International public procurement: a guide to best practice*, London, 2009.

⁴³ O. BANDIERA, A. PRAT, T. VALLETTI, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, 2009, *American Economic Review*, ove, nell'analisi degli acquisti di beni standardizzati da parte di amministrazioni italiane, si evidenziano le differenze nei prezzi di merci equivalenti ed i superiori costi risultano correlati ad insufficienti capacità professionali (83%) più che alla sussistenza di fenomeni corruttivi.

trario di quanto spesso contestato alle politiche volte all'aggregazione degli acquisti⁴⁴. Come accennato, tale attività richiede un'approfondita conoscenza del mercato e una corretta rilevazione dei fabbisogni, una valutazione che va oltre il singolo confronto concorrenziale per l'individuazione del contraente e implica l'analisi dell'intera catena distributiva, degli aspetti logistici e consente il monitoraggio sulla effettiva qualità delle prestazioni eseguite. A tal fine un coordinamento fra le diverse centrali di committenza, nazionali, locali o settoriali potrebbe consentire la definizione di sinergie e strategie comuni con la possibile adesione ai relativi accordi quadro evitando le duplicazioni⁴⁵.

A livello regionale infatti una politica degli acquisti può soddisfare legittimamente le esigenze e gli interessi connessi allo sviluppo locale, con la conseguenza che gli uffici appalti locali, liberati dalle tradizionali complesse procedure di acquisto, potrebbero concentrarsi sullo sviluppo dei mercati locali con la promozione di contratti strategici come i Partenariati Pubblico Privato, al fine di migliorare la qualità ed ampliare l'offerta di servizi a favore dei cittadini⁴⁶.

A livello internazionale l'impulso alla concorrenza, alla trasparenza ed alla valorizzazione del *value for money* pare coerente ed ulteriormente rafforzato dagli obiettivi perseguiti dal WTO che, in tema di aggregazione degli approvvigionamenti pubblici, riconosce il contributo dato dall'efficienza e dalla competitività ai sistemi contrattuali pubblici per il loro sviluppo⁴⁷. Una strategia nazionale di acquisto dovrebbe definire le categorie di lavori, beni e servizi le cui procedure di gara potrebbero es-

⁴⁴ G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, cit., 1727 ss.; G. M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, cit., 119 e ss.

⁴⁵ G.M. RACCA e R. CAVALLO PERIN, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 193 e ss.

⁴⁶ S. WILLIAMS, T. CHAMBERS, S. HILLS, F. DOWSON, *Buying a better word: sustainable public procurement*, in <<http://www.forumforthefuture.org/projects/buying-a-better-world>>, op. ult. cit.

⁴⁷ R. ANDERSON, *Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations*, in *Public Procurement Law Review*, 2007, 255-273; B. MARCHETTI, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: profili di diritto comparato*, 2009, in www.giustamm.it.

sere meglio svolte a livello nazionale o locale, tenendo conto del valore e delle caratteristiche del mercato al fine di conseguire un miglioramento degli standards e una riduzione dei costi. La scelta per il livello nazionale può risultare preferibile quando i bisogni risultano analoghi e sussistono classificazioni uniformi delle prestazioni; inoltre può apparire necessaria per confrontarsi con mercati globali in cui agiscono principalmente operatori economici nazionali e sovra-nazionali⁴⁸. In questi casi l'aggregazione degli acquisti a livello nazionale è in grado di aumentare il potere di acquisto e realizzare economie di scala, per un vantaggioso e significativo rapporto qualità/prezzo (*value for money*), ovvero per il perseguimento di altre politiche orizzontali, quali l'aumento degli standards sociali ed ambientali.

Come accennato, l'aggregazione delle procedure contrattuali risulta significativa anche in relazione ad un più consistente e sistematico impiego di strumenti IT⁴⁹. Una centrale di committenza sicuramente può incrementare rapidamente l'uso di tali strumenti per la digitalizzazione dei documenti di gara e soprattutto per l'adozione dei nuovi modelli di selezione dei contraenti quali gli accordi quadro, le aste elettroniche e i sistemi dinamici di acquisizione.

Fino ad oggi la frammentazione dei centri d'acquisto ha fortemente limitato l'informatizzazione delle procedure. Oggi, in Europa, solo il 5% degli acquisti pubblici avviene per mezzo di procedure elettroniche (*e-Procurement*), mentre una precedente previsione europea⁵⁰ stabiliva che entro il 2010 tutte le procedure di gara avrebbero dovuto avvenire mediante strumenti di *e-Procurement*. Questo obiettivo è conseguenza della

⁴⁸ S. WILLIAMS, T. CHAMBERS, S. HILLS, F. DOWSON, *Buying a better word: sustainable public procurement*, in < <http://www.forumforthefuture.org/projects/buying-a-better-world>>, 2008.

⁴⁹ C.R. YUKINS, *Use and Regulation of Electronic Reverse Auctions in the United States*, in, *Reform of the UNCITRAL model law on procurement: Procurement regulation for the 21st century* a cura di: S. ARROWSMITH, Danvers, 2009, 469 e ss.

⁵⁰ La Dichiarazione Ministeriale di Manchester del 24 Novembre 2005 definisce il seguente obiettivo: "By 2010 all public administrations across Europe will have the capability of carrying out 100 % of their procurement electronically and at least 50 % of public procurement above the EU public procurement threshold will be carried out electronically". Sull'evoluzione delle politiche comunitarie in materia di *eProcurement* si veda: Commissione UE, *Libro verde sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'U.E.*, 18 ottobre 2010, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement_it.htm, ove si evidenzia che ad oggi la realtà è ancora lungi dal corrispondere alle aspirazioni iniziali, a causa della complessità tecnica, logistica e amministrativa di tale cambiamento.

politica dell'Unione europea⁵¹ che con la direttiva 2004/18/CE, ha formalizzato nuove tecniche di acquisto, come gli accordi quadro e le aste elettroniche proprio al fine di consentire un "aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di danaro derivante dal loro utilizzo"⁵². Tuttavia, queste tecniche di acquisto richiedono la standardizzazione dei procedimenti, il miglioramento delle competenze professionali e l'utilizzo di strumenti IT⁵³ – non solo nella procedura di aggiudicazione, ma anche nella fase di esecuzione. La diffusione di tecnologie evolute e di idonei strumenti di comunicazione elettronica rappresenta un consistente investimento che determina risparmi alla connessi alla dematerializzazione delle procedure, soprattutto ove tali investimenti vengano effettuati da centrali di committenza. L'interoperabilità degli strumenti IT è necessaria per massimizzare i benefici di tipo economico e qualitativo derivanti dal ricorso ai modelli contrattuali più evoluti quali gli accordi quadro⁵⁴, le aste elettroniche e, forse in futuro, anche i sistemi dinamici di acquisizione⁵⁵. L'utilizzo degli strumenti di *eProcurement* potrebbe determinare vantaggi anche dal lato dell'offerta semplificando la partecipazione alle procedure da parte degli operatori economici, riducendone i costi e migliorandone l'accessibilità anche a favore delle piccole e medie imprese.

Il panorama europeo dell'*e-Procurement* è caratterizzato da differenti modelli di sviluppo ed è influenzato dalla struttura istituzionale e ammi-

⁵¹ Commissione UE, *Public procurement – Commission sets out Action Plan to move public purchasing in Europe online*, IP/05/66, 19 Gennaio 2005. Si veda anche: Commissione UE, *Action plan for the implementation of the legal framework for electronic public procurement*, 13 Dicembre 2004.

⁵² Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, considerando n. 12.

⁵³ S. ARROWSMITH, *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Procurement Regulation for the 21st Century*, Eagan, 2009; L. GUIJARRO, *ICT Standardisation and public procurement in the United States and in the European Union: Influence on e-governement deployment*, in *Telecommunications Policy*, 2009, 285-295; H. GRAUX, J. DUMORTIER, *Preliminary Study on the electronic provision of certificates and attestations usually required in public procurement procedures*, 2007, uno studio realizzato per DG Internal Market and Services con lo scopo di verificare come i differenti Stati Membri utilizzano le certificazioni e le attestazioni, in particolare all'interno di un contesto di e-Procurement.

⁵⁴ Sugli accordi quadro si veda: Commissione EU, *Explanatory note - framework agreements - classic directive*, CC/2005/03 14 Luglio 2005.

⁵⁵ S. ARROWSMITH, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?*, cit., 343 e ss., ove si evidenzia la complessità e i costi della procedura soprattutto per quelli aperti con più operatori.

nistrativa di ogni paese. Attualmente, ad eccezione della Grecia, tutti i paesi dell'Unione Europea dispongono, di infrastrutture di *e-Procurement*. Nel 2004 esistevano, all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea, solo 36 sistemi di *eProcurement*, oggi ne esistono ben 129 (22 Centrali di committenza -CPBs-, 81 portali informatici e 26 piattaforme)⁵⁶. Sembra di interesse rilevare la presenza di vincoli normativi statali che impongono il ricorso a piattaforme nazionali per i contratti pubblici. Una recente ricerca europea ha classificato l'UE27+ in quattro gruppi principali⁵⁷. In un primo gruppo di Stati, la politica in materia di *eProcurement* è centralizzata e l'utilizzo della piattaforma nazionale è obbligatoria per tutte le amministrazioni aggiudicatrici⁵⁸ o esclusivamente per le amministrazioni statali⁵⁹. Tale scelta favorisce la centralizzazione e il coordinamento, ma non esclude di per sé uno sviluppo regionale indipendente, di piattaforme locali pubbliche o private⁶⁰. Tuttavia, la ricerca

⁵⁶ Commissione Europea – Internal Market, *Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement - Analysis, assessment and recommendations*, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement_en.htm, 20 e 21.

⁵⁷ Commissione EU, *Smarter, Faster, Better eGovernment, 8th Benchmark Measurement*, Novembre 2009, il documento contiene anche un'analisi dello sviluppo del benchmark dell'*e-Procurement* nei paesi dell'UE.

⁵⁸ Lussemburgo, Lituania, Malta, Slovenia.

⁵⁹ Austria, Francia, Italia e Portogallo.

⁶⁰ Per gli altri tre gruppi: «2) *Mandatory National eProcurement Portal: it is mandatory to publish tenders on a single National Portal (Estonia, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Croatia, Finland and Romania). This obligation can be bound to certain criteria: European tenders, or tenders above a national threshold, or tenders within a specific sector such as ICT. Portals normally do not provide for eProcurement services beyond publication. Notice that countries in this group may also have a national eProcurement platform in place which can be used by authorities on a voluntary basis.* 3) *Non-Mandatory National eProcurement Platform/Portal: there is a National eProcurement infrastructure, whose use is recommended but not mandatory for contracting authorities (Ireland, Denmark, Germany, UK, Poland, Sweden, Norway, Hungary, Netherlands, Belgium, Latvia, Slovakia and Spain). There are some nuances within this group of countries. For example, Belgium and The Netherlands both strongly encourage the publication of notices on the central portal and provide a wide range of services. Ireland mandates the use of the national platform only for ICT products and services. In Spain the National eProcurement Platform is mandatory for Central Government Contracting authorities. In the case of Germany and The UK, the eProcurement infrastructure is strongly decentralized. In the Scandinavian countries, The Netherlands and The UK public service providers are in competition with private ones to provide eProcurement services. For example, The UK's National eProcurement Portal 'Buying solutions' offers consulting support and links to more than 600 service providers.* 4) No

europea non ha preso in considerazione la fondamentale questione del numero e dell'importo degli appalti aggiudicati attraverso questi sistemi centralizzati. L'Italia, ad esempio, è inclusa in questo primo gruppo in cui la piattaforma nazionale è obbligatoria per le amministrazioni aggiudicatrici nazionali⁶¹. Tuttavia all'obbligatorietà non consegue un'ampia diffusione di convenzioni e accordi quadro cui aderire, con la conseguenza che solo circa l'8% del valore delle forniture e di beni e servizi vengono aggiudicati dalla centrale di committenza nazionale (Consip S.p.A.)⁶² e non sempre mediante sistemi di *e-procurement*⁶³. La percentuale non pare aumentare significativamente ove si considerino anche i contratti delle centrali d'acquisto regionali e locali⁶⁴. Gli altri contratti sono con-

National eProcurement Platform/Portal (yet): This is the case for Greece and Iceland only» Commission EU, *Smarter, Faster, Better eGovernment*, cit. Il documento considera possibili *benchmark* connessi all'*e-Procurement* all'interno degli Stati Membri.

⁶¹ Commissione Europea – Internal Market, *Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement – Country profiles*, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement_en.htm, 194, ove si evidenzia che in Italia le prime forme di *eProcurement* risalgono al 2001. Attualmente il volume delle transazioni relative a gare svolte con procedure elettroniche ha raggiunto 3,22 miliardi di Euro nel 2008, corrispondenti al 2,5% del totale della spesa pubblica.

⁶² G.L. ALBANO, F. ANTELLINI RUSSO, *Problemi e prospettive del Public Procurement in Italia tra esigenze della pubblica amministrazione e obiettivi di politica economica*, in *Economia italiana*, 2009. D. BROGGI, *Consip: il significato di un'esperienza*, *Teoria e pratica tra e-Procurement ed e-Government*, Roma, 2008; L. FIORENTINO (a cura di), *Public Procurement e "modello Consip"*, 2010, in www.astrid.it.

⁶³ Commissione Europea – Internal Market, *Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement – Country profiles*, cit., 192.

⁶⁴ Commissione Europea – Internal Market, *Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement – Country profiles*, cit., 182, ove tra le principali piattaforme informatiche utilizzate per lo svolgimento di procedure di *eProcurement* si segnalano a livello regionale: nella Regione Friuli Venezia Giulia - <http://www.acquisti.regione.fvg.it/>; nella Regione Piemonte - <http://portal.sistemapiemonte.it/>; nella Regione Marche - <http://www.emarche.it/>, nella Regione Emilia Romagna - Intercenter <http://www.regione.emilia-romagna.it/>; nella Regione - Umbria <http://88.61.35.136/regione/interfaccia/>; nella Regione Puglia - EmPULIA - Shopping Center For Public Service <http://www.empulia.it/>; nella Regione Campania - www.sitar-campania.it. A livello provinciale: Provincia Autonoma di Bolzano - <http://www.provincia.bz.it/>. A livello comunale: Comune di Firenze - <http://www.comune.fi.it>; Comune di Udine (*Central Shared Services*) - <http://www.csc.sanita.fvg.it/>. Per un'analisi dell'evoluzione dell'aggregazione degli acquisti in Francia si veda: M. HEHN, L. BERTRAND, M. TALBERT, *Accords-cadres en groupement de commandes régional. Quel intérêt pour l'achat de dispositifs médicaux?*, *Techniques hospitalières*, Juillet-Août, 2010.

clusi separatamente mediante singole procedure selettive con il superamento dell'obbligatorietà dell'utilizzo della piattaforma nazionale⁶⁵. Nel 2009 gli accordi quadro complessivamente stipulati in Italia costituivano solamente lo 0,88 %⁶⁶ del totale delle procedure di gara per lavori, servizi e forniture, rispetto ad una media degli Stati Membri dell'Unione Europea di 7,32 % pari a 25.563 accordi quadro conclusi all'interno dell'U.E., di cui però solo 6.346 (24,82%) con più di un operatore economico⁶⁷. Questi dati risultano significativi per la tendenza ad un rapido aumento che segnalano e che consentono di prevedere per il futuro⁶⁸.

L'utilizzo dei nuovi strumenti contrattuali richiede come ricordato il ricorso a strumenti IT che meglio possono assicurare il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza, non discriminazione e di libera concorrenza⁶⁹ mediante l'*e-procurement*⁷⁰. Il raggiungimento degli obiettivi

⁶⁵ Commissione EU, *Smarter, Faster, Better eGovernment*, cit. Queste iniziative creano le condizioni per il passaggio dalla gara tradizionale agli appalti elettronici in tutta l'UE. Si segnala tuttavia l'art. 3, p.to 35, d.lgs. 163/2006 che prevede il "profilo di committente" delle amministrazioni aggiudicatrici, ovvero rappresenta "il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal presente codice, nonché dall'allegato X, punto 2. Per i soggetti pubblici tenuti all'osservanza del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e del decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42, il profilo di committente è istituito nel rispetto delle previsioni di tali atti legislativi e successive modificazioni, e delle relative norme di attuazione ed esecuzione".

⁶⁶ Commissione Europea – Internal Market, *Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement - Analysis, assessment and recommendations*, cit. Significativi sono i dati riferiti alle nazioni che maggiormente utilizzano gli accordi quadro, ovvero: Regno Unito (12,07%), Francia (14,71%), Olanda (13,52%) e Danimarca (13,75%).

⁶⁷ Commissione Europea – Internal Market, *Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement - Analysis, assessment and recommendations*, cit., 219 e 220. In particolare i dati comunitari sugli accordi quadro conclusi con più operatori economici caratterizzati da una significativa partecipazione e concorrenza tra gli operatori economici (1479 del totale) evidenziano che circa la metà (719) è stata conclusa con tre operatori economici.

⁶⁸ G.M. RACCA, *Derogations from standstill period, ineffectiveness and remedies in the new tendering procedures: efficiency gains vs. risks of increasing litigation*, in S. TREUMER, F. LICHERE (eds.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen, 2011, 95.

⁶⁹ Commission UE, *Modernising ICT Standardisation in the EU – The Way Forward*, COM(2009) 324 final, 3 Luglio 2009, la standardizzazione delle procedure di aggiudicazione deve quindi essere considerata nell'avvio della ricerca e dovrebbe essere parte integrante delle agende di ricerca strategica elaborate da European Technology Platforms (ETPs).

⁷⁰ H. VAN EYLEN., D. OOR, P. E. SCHMITZ, *Study report to the European Commission on 'Public eProcurement - Initiatives and Experiences - Borders and Enablers*, 2002.

della dichiarazione di Manchester del 24 novembre 2005⁷¹ richiede peraltro il superamento di due significativi ostacoli: in primo luogo, la diffusa incapacità degli enti aggiudicatori e degli operatori economici di gestire l'intero processo di acquisto in via elettronica, in secondo luogo il problema della mancanza di standards comuni ed interoperabili al fine di rendere accessibili e tracciabili tutte le fasi della procedura di gara e della esecuzione del contratto (*eNotification, eAccess, eSubmission, eEvaluation, eAwarding, eOrdering, eInvoicing, ePayment*) tra gli Stati membri. A tal fine si è avviato un progetto europeo che persegue l'interoperabilità tra diversi sistemi di *eprocurement*: PEPPOL (*Pan-European Public eProcurement On-Line project of Borderless e-Procurement*). Il progetto PEPPOL ha lo scopo di attuare le politiche europee di miglioramento degli standards di *e-procurement*, al fine di facilitare la comunicazione elettronica tra gli operatori economici dell'UE (in particolare le piccole medie imprese, PMI) e le amministrazioni aggiudicatrici europee per promuovere l'interoperabilità delle infrastrutture di *e-procurement*⁷².

L'obiettivo è la creazione di una "soluzione pilota pan-europea" per facilitare l'interoperabilità degli strumenti di *eprocurement* volto a favorire la partecipazione transfrontaliera alle gare pubbliche, ancora così limitata⁷³. Gli investimenti e le risorse umane necessarie per partecipare

⁷¹ Dichiarazione Ministeriale, 24 Novembre 2005, Manchester, in occasione della conferenza Ministeriale sull'eGovernment "Transforming Public Services" della Presidenza UK, del Consiglio europeo e della Commissione europea, ove si afferma che «*by 2010 all public administrations across Europe will have the capability of carrying out 100 % of their procurement electronically and at least 50 % of public procurement above the EU public procurement threshold will be carried out electronically*».

⁷² Il progetto è iniziato il 1° maggio 2008 e ha una durata stimata di 42 mesi. PEPPOL ha promosso la creazione di un consorzio tra amministrazioni aggiudicatrici con inizialmente 14 partecipanti provenienti da 8 paesi (Austria, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Italia, Norvegia). Sei differenti amministrazioni italiane prendono parte a tale attività: Ministero dell'Economia e delle Finanze, Consip SpA, il CNIPA, Intercent-ER, CSI Piemonte, InfoCamere. Il 1° novembre 2009 sono stati coinvolti nell'attività di PEPPOL altri 4 paesi (Grecia, Portogallo, Scozia, Svezia).

⁷³ Alla base dell'architettura di PEPPOL vi è una rete di trasmissione che consente alle amministrazioni partner nei progetti di *eProcurement* di collegare le rispettive risorse informatiche per scambiare documenti commerciali in modo sicuro e affidabile. In particolare fornirà le componenti per la creazione di sistemi per i cataloghi elettronici, la convalida delle firme e il *Virtual Company Dossier* (VCD), nonché, con specifico riferimento alla fase di esecuzione del contratti, per effettuare ordinazioni e svolgere l'attività di fatturazione in modalità totalmente elettronica. Il progetto mira a facilitare il ricono-

alla gara d'appalto elettronico sono una barriera strutturale allo sviluppo del mercato delle gare svolte in modalità elettronica, in particolare per le PMI. La mancanza dell'interoperabilità transfrontaliera degli strumenti quali la firma elettronica⁷⁴ limita la libera circolazione nel mercato interno e la fiducia nelle transazioni elettroniche⁷⁵. Anche sotto questo profilo una cooperazione nazionale e transnazionale fra organizzazioni professionali di acquisto potrebbe facilitare la valutazione delle prestazioni (*benchmark*), il confronto delle *best practices*, come pure il coordinamento ovvero l'adesione ad accordi quadro conclusi da altre centrali di committenza. Le amministrazioni interessate potrebbero ampliare le loro scelte tra differenti tipologie di beni e servizi già sottoposti a procedura concorsuale ed individuare i termini contrattuali che meglio soddisfano le proprie esigenze, nel rispetto delle norme europee sulla concorrenza.

scimento reciproco dei dati identificativi, dei documenti giustificativi e di altre condizioni di partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara svolte *on-line*, fornendo agli operatori economici gli strumenti necessari per superare i problemi di interoperabilità tecnica. Il progetto è suddiviso in otto moduli di lavoro con cinque *building blocks* che coprono l'intero processo, dall'*eTendering* all'*ePayment* (firma elettronica, *Virtual Company Dossier*, catalogo elettronico, *eDossier*, *eOrdering*, *eInvoicing*, *Solutions architecture, design and validation*) ed è temporalmente suddiviso in 3 fasi (progettazione, sviluppo, progetto pilota). È evidente che in questa attività il coinvolgimento di centrali di committenza può assicurare una significativa estensione dell'efficacia del progetto. Sui modelli di sviluppo dell'*e-Procurement* e per uno studio sul *benchmark* dell'*e-Procurement* si veda anche: Commissione UE, *Smarter, Faster, Better eGovernment*, cit.

⁷⁴ Numerosi Stati membri richiedono l'utilizzo di un avanzato sistema di firma digitale che potrebbe creare ulteriori ostacoli per la cooperazione transfrontaliera dell'*e-procurement*. Commissione UE, *Study on Impact Assessment: Action Plan on electronic Public Procurement*, Dicembre 2004. S. KALLAS, *The challenge of e-signature for e-Procurement*, discorso al convegno Cross-border use of e-Signature in e-Procurement process, Bruxelles, 18 Settembre 2008.

⁷⁵ L. BERTINI, A. VIDONI, *Il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione - MEPA. Scenario, funzionalità e linee di tendenza*, in *Quaderni CONSIP*, 2007, VI, 37 e ss.; in Italia, Consip S.p.A. fornisce strumenti ICT per implementare l'utilizzo dell'*e-Procurement* oltre ad sistemi assicurare lo sviluppo del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) - L'istituzione di nuove centrali di committenza regionali deve essere accompagnata dall'uso di piattaforme tecnologiche adatte alle aste elettroniche come previsto dalle direttive CE: art. 1, c. 450, l. 27 dicembre 2006, n. 296, anche attraverso un coordinamento della centrale di committenza nazionale. G. PIGA e K.V. THAI, *Economics of Public Procurement*, Basingstoke, 2007, 63 e ss.; L. KNIGHT, C. HARLAND, J. TELGEN, K.V. THAI, G. CALLENDER, K. MCKEN, *Public Procurement. International Cases and Commentary*, cit.; J. BULOW, P. KLEMPERER, *Auctions versus Negotiations*, *American Economic Review*, 1996, 180-194; Y.K. CHE, *Design Competition through Multidimensional Auctions*, *Rand Journal of Economics*, 1993, 668-680

Inoltre le strategie di acquisto sostenibile⁷⁶ risultano indubbiamente più facilmente perseguibili mediante organizzazioni professionali d'acquisto, le quali, grazie ai significativi volumi d'acquisto, possono sostenere gli investimenti rivolti alle necessarie innovazioni. Inoltre, come noto, in Italia le condizioni definite nei contratti delle centrali di committenza svolgono anche la funzione di parametro per il giudizio di congruità⁷⁷ relativamente agli acquisti autonomi che difficilmente potranno prevedere clausole sociali o ambientali ove non inserite in precedenza. Le strategie di aggregazione possono dunque meglio perseguire il miglior rapporto "qualità sostenibile/prezzo"⁷⁸. Come noto, le clausole sociali possono essere inserite all'interno dei documenti di gara come specifiche tecniche minime richieste a tutte le offerte, ovvero essere previste solamente come elementi da valutare in base al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁷⁹. In questo secondo caso l'effetto è più limitato poiché si cerca di stimolare orientare la scelta verso una maggiore sostenibilità della prestazione senza tuttavia renderla obbligatoria, anche al fine di non limitare eccessivamente la partecipazione. Una ponderazione "significativa"⁸⁰ (almeno del 15%) di tali elementi fornisce un im-

⁷⁶ C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, cit., 115.

⁷⁷ L. 23 dicembre 1999, n. 488, art. 26, c. 3, ove si stabilisce l'obbligo (fatta eccezione per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti e ai comuni montani con popolazione fino a 5.000 abitanti) per le pubbliche amministrazioni che non hanno aderito alle convenzioni stipulate dalla Consip S.p.A. di rispettare i parametri di congruità prezzo-qualità presenti nelle stesse. Si veda anche: Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557, in *Foro amm.*, C.d.S., 2009, 2352 e ss., con nota di S. PONZIO, *La verifica di congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip s.p.a. negli appalti pubblici di forniture e servizi*; C. conti, sez. giur. Reg. Valle d'Aosta, 23 novembre 2005, n. 14, in *Foro amm.*, C.d.S., 2005, 3473, con nota di G. ASTEGIANO, *Acquisto di beni e servizi da parte degli enti territoriali e responsabilità del funzionario incaricato*, ove, in materia di telefonia fissa, la Corte individua la colpa grave nel comportamento del pubblico funzionario che, in presenza di una convenzione già stipulata, non si era attivato per l'adesione ad essa né aveva tenuto conto dei livelli di convenienza in essa presenti.

⁷⁸ G.M. RACCA, *Aggregate models of public procurements and secondary considerations*, in *The Law of Green and Social Procurement in Europe* a cura di R. CARANTA e M. TRYBUS, 2010, Copenhagen, 165 e ss. S. J. TURNER, *A Substantive Environmental Right, An Examination of the Legal Obligations of Decision-Makers towards the Environment*, 2009.

⁷⁹ R. CARANTA e S. RICETTO, *Sustainable Procurements in Italy: Of Light and Some Shadows*, cit., 143 e ss.

⁸⁰ Commissione EU, *Public procurement for a better environment*, COM(2008) 400 Final, 16 Luglio 2008.

portante segnale al mercato e stimola l'innovazione incoraggiando le imprese a sviluppare nuovi prodotti e servizi ad elevata sostenibilità. I prezzi definiti in un accordo quadro aperto di una centrale di committenza divengono il riferimento per le altre amministrazioni aggiudicatrici e lo standard relativo alle prestazioni da richiedere⁸¹. Ove l'accordo quadro comprenda clausole di carattere sociale o ambientale queste entreranno a far parte del parametro di riferimento per altre amministrazioni aggiudicatrici e potranno orientare le scelte di mercato degli operatori privati.

3. Le organizzazioni professionali d'acquisto ed il principio di concorrenza oltre la selezione del contraente

Anche nel monitoraggio dell'esecuzione le centrali d'acquisto possono svolgere un ruolo importante, sia per la più accurata predisposizione di clausole contrattuali utili a contrastare gli inadempimenti, sia

⁸¹ G.M. RACCA, *Aggregate models of public procurements and secondary considerations*, cit.; S. PONZIO, *La verifica di congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip negli appalti pubblici di forniture e servizi*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2355-2367, ove si ricorda che al termine della singola procedura di aggiudicazione occorre effettuare una valutazione di congruità del rapporto qualità/prezzo in relazione alle convenzioni quadro stipulate dalla Centrale di committenza nazionale: Art. 26, c. 3, l. n. 488/1999, come modificato dall'art. 3, c. 166, l. 24 Dicembre 2003, n. 350, e successivamente dall'art. 1, d.l. n. 168, 12 Luglio 2004, convertito con l. n. 191 del 30 luglio 2004: "Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101. La stipulazione di un contratto in violazione del presente comma è causa di responsabilità amministrativa; ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni e quello indicato nel contratto. 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». 3 *bis* «3-bis. I provvedimenti con cui le amministrazioni pubbliche deliberano di procedere in modo autonomo a singoli acquisti di beni e servizi sono trasmessi alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, per l'esercizio delle funzioni di sorveglianza e di controllo, anche ai sensi del comma 4. Il dipendente che ha sottoscritto il contratto allega allo stesso una apposita dichiarazione con la quale attesta, ai sensi e per gli effetti degli articoli 47 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modifiche, il rispetto delle disposizioni contenute nel comma 3".

per il supporto che potrebbero fornire per l'impiego di tali strumenti da parte delle amministrazioni destinatarie delle prestazioni.

La garanzia della trasparenza, della concorrenza e dell'oggettività della selezione non deve infatti esaurirsi nella fase di selezione del contraente ma deve essere assicurata fino alla conclusione della fase di esecuzione del contratto⁸². In caso contrario, dopo l'aggiudicazione, le pubbliche amministrazioni potrebbero accettare una esecuzione diversa o di minor valore in violazione del principio di libera concorrenza e parità di trattamento⁸³. Questi eventi possono verificarsi per corruzione⁸⁴ (cioè qualora offrendo, lasciando, ricevendo o sollecitando, direttamente o indirettamente, qualsiasi cosa di valore si influenzi l'azione di un funzionario pubblico coinvolto nella procedura di selezione o nell'esecuzione di un contratto pubblico), ma spesso possono essere la conseguenza dell'inefficacia degli strumenti definiti nel contratto che non consentono, in fase di esecuzione, il conseguimento dell'interesse pubblico. Quando l'amministrazione pubblica tollera gravi infrazioni senza l'applicazione delle sanzioni o della risoluzione del contratto si verifica una violazione del principio di concorrenza nei confronti degli altri offerenti partecipanti alla gara che, forse, avrebbero potuto garantire una effettiva migliore esecuzione della prestazione. Per questo motivo, la fase di esecuzione deve essere adeguatamente monitorata al fine di prevenire violazioni che possono vanificare la complessità e l'oggettività della fase di aggiudicazione della gara. Ogni violazione, modificazione o peggioramento della qualità dell'esecuzione del contratto aggiudicato può comportare un ulteriore profitto per il vincitore, una perdita per l'amministrazione pubblica con il conseguente cambiamento dell'equilibrio contrattuale e delle condizioni stabilite nell'aggiudicazione. Ciò comporta una violazione del principio di concorrenza, che rappresenta uno dei principi fondamentali⁸⁵ in materia di contratti pubblici.

⁸² R. CAVALLO PERIN e G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 e ss; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA e G.L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, cit.

⁸³ R. CAVALLO PERIN e G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 e s.

⁸⁴ R.H. GARCIA, *International public procurement: a guide to best practice*, cit. Si veda anche: E. AURIOL, *Corruption in procurement and public purchase*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2006, 867-885; Transparency International – the global coalition against corruption, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*, 2006.

⁸⁵ R.H. GARCIA, *International public procurement: a guide to best practice*, op. ult. cit.

In conformità a questi principi ogni offerente ha diritto di ottenere la valutazione della propria offerta e questo diritto non si esaurisce con la procedura di aggiudicazione, ma deve essere salvaguardato anche nella fase successiva. L'impresa vincitrice ha l'obbligo di eseguire esattamente quello che ha proposto nella sua offerta che è stata valutata come l'offerta migliore sulla base del criterio di aggiudicazione. Gli offerenti non vincitori dovrebbero avere la certezza di aver perso a causa della miglior offerta e della conseguente migliore esecuzione del contratto da parte del vincitore. In caso contrario, il principio di concorrenza viene compromesso, al pari dell'equilibrio di tutta la graduatoria delle offerte. Solo l'equità nella fase di esecuzione e la piena conformità rispetto alle condizioni contrattuali fissate nell'aggiudicazione garantiscono una reale ed effettiva concorrenza nei contratti pubblici. Il *malicious agreement*⁸⁶ fra chi aggiudica la gara e chi la vince con un'offerta aggressiva poiché sa in anticipo che non gli sarà richiesta una completa e corretta esecuzione non riguarda solo il nostro ordinamento, tuttavia le svariate possibili violazioni in fase esecutiva non sono ancora state sufficientemente evidenziate né a livello nazionale, né europeo, né internazionale⁸⁷. In Europa tutta l'attenzione è focalizzata sulla procedura di aggiudicazione e la fase di esecuzione è quasi completamente trascurata. Solo di recente la Corte di Giustizia ha sottolineato come le modifiche sostanziali in fase di esecuzione possano costituire un'ipotesi di nuovo contratto aggiudicato senza gara e dunque "ineffective"⁸⁸. Questo caso pare dunque costituire una

⁸⁶ G.M. RACCA, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, Intervento al seminario *The New Public Law in a Global (Dis)Order A Perspective from Italy*, New York University School of Law, 19-20 settembre 2010, ove si è richiamata la prassi del *malicious agreement* come esempio di "perfect crime", per l'assenza di controlli esterni successivi alla stipulazione.

⁸⁷ United Nations Commission on International Trade Law, *United Nations Convention against Corruption: implementing procurementrelated aspects*, Nusa Dua, Indonesia, 28 gennaio-1° febbraio 2008, in <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>, 14 e s.

⁸⁸ C. giust. CE, sez. III, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich*, in C-454/06, 19 giugno 2008, relativo ad un appalto relativo a servizi di agenzia di stampa. La Corte chiarisce che la modifica di un appalto pubblico durante l'esecuzione può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata. Si vedano anche: C. giust. CE, sez. III, *EU Commission v Federal Republic of Germany*, in C-160/08, 29 aprile 2010; C. giust. CE, *Wall AG v Stadt Frankfurt am Main*, in C-91/08, 13 aprile 2010. In dottrina:

prima volta mediante la quale le istituzioni europee potranno iniziare ad occuparsi anche della conformità dell'esecuzione all'oggetto del contratto messo in gara.

La mancanza di una verifica della conformità dell'esecuzione a quanto promesso nell'offerta vincitrice limita la partecipazione e comporta una diminuzione della fiducia degli operatori privati e dei cittadini nella correttezza dei contratti pubblici. Se il vincitore ha la possibilità di non eseguire correttamente ciò che aveva promesso nella sua offerta, senza essere soggetto alle richieste penali ed alla risoluzione del contratto, si rafforza l'idea che le gare pubbliche siano "concordate" o siano "compromised"⁸⁹ a favore operatore del vincitore o di un cartello di imprese che si spartisce il relativo mercato.

È noto che gli operatori economici che partecipano ad una gara pubblica dispongono di una profonda conoscenza dell'oggetto del contratto, e potrebbero divenire i soggetti ideali da coinvolgere non solo nel controllo sulla correttezza della procedura selettiva, bensì anche nel controllo sull'esatto adempimento del contratto⁹⁰. Come già nella valutazione dell'anomalia delle offerte, seppur solo in sede di contenzioso, svolgono un importante ruolo per l'individuazione degli elementi incongrui dell'offerta degli altri concorrenti, così potrebbero esprimere la loro professionalità anche nella valutazione della conformità dell'esecuzione rispetto all'offerta presentata. Permettere agli offerenti "non vincitori" di avere un ruolo attivo nel controllo dell'esecuzione dei contratti pubblici potrebbe costituire un ulteriore efficace strumento per garantire il rispetto delle condizioni contrattuali da parte dell'offerente vincitore.

Pare possibile individuare uno specifico diritto degli offerenti esclusi che deve essere tutelato. Più specificamente, l'offerente secondo in graduatoria ha il diritto, in Italia, di sostituire il vincitore in caso di grave

A. BROWN, *When Do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at Last in Presse-text Nachrichtenagentur GmbH (Case C-454/06)*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, NA 253. S. TREUMER, *The discretionary powers of contracting entities –towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice?*, in *Public Procurement Law Review*, 2006, NA 3.

⁸⁹ R.H. GARCIA, *International public procurement: a guide to best practice*, op. ult. cit.

⁹⁰ Il Virtual Company Dossier previsto dal progetto Peppol fornirà delle soluzioni interoperabili per gli operatori economici in ogni Stato Membro che consentirà l'utilizzo dei dati in precedenza inseriti relativi a certificati e attestazioni richieste agli operatori economici, http://www.peppol.eu/work_in_progress/wp2-virtual-company-dossier/vision.

inadempimento del contratto⁹¹. In questo caso i terzi rispetto alle parti del contratto possono denunciare gli inadempimenti contrattuali, in quanto hanno partecipato ad una procedura di aggiudicazione che deve salvaguardare i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e effettività della concorrenza. La cogenza di tali principi europei non può esaurirsi ed essere vanificata dopo l'aggiudicazione. L'obiettivo posto dalla disciplina europea dei contratti pubblici impone la tutela della concorrenza⁹² a favore delle imprese, ma con il fine ultimo di perseguire la qualità delle prestazioni a favore dei cittadini. Una simile tutela deve dunque essere assicurata fino al termine dell'esecuzione contrattuale e deve essere supportata anche dal monitoraggio degli utilizzatori e dalle indagini sulla *customer satisfaction*.

Solo così è assicurato il principio della libera concorrenza e la qualità delle prestazioni contrattuali escludendo l'accettazione o il consenso di significativi inadempimenti e sostanziali modificazioni dell'accordo stipulato a seguito di gara pubblica. Diviene evidente l'importanza di ampliare e rafforzare la professionalità dei funzionari coinvolti, coordinandone l'attività in strutture complesse che assumano le funzioni di rilevazione e razionalizzazione dei fabbisogni, di analisi del mercato, di corretta selezione dei contraenti, ma anche di monitoraggio della qualità delle prestazioni e di contrasto agli inadempimenti, con la collaborazione degli uffici delle amministrazioni direttamente destinatarie delle prestazioni.

Se infatti l'aggregazione procedure contrattuali in centrali di committenza può determinare anche una concentrazione delle risorse umane coinvolte, per favorire l'incremento delle professionalità, sorge la necessità di una maggiore attenzione verso la funzione di direzione dell'esecuzione per un effettivo controllo ed un significativo contrasto degli inadempimenti.

⁹¹ R. CAVALLO PERIN e G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 e ss.; D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 140. See also: Cons. St., sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 4, *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 866, con nota di V. PALMIERI, *Scorrimento della graduatoria e tutela della concorrenza nell'esecuzione degli appalti pubblici*. Si veda anche: L. FERTITTA, *La figura del secondo classificato nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2005, 431-442.

⁹² A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.* 1999, I, 3201 e ss.; A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 24.

Le reti fra centrali d'acquisto e le sinergie con le amministrazioni destinatarie delle prestazioni possono promuovere e diffondere *best practices* definire *benchmark*, per assicurare il raggiungimento del miglior rapporto qualità/prezzo e la migliore allocazione della spesa pubblica assicurando innovazione e sostenibilità per un miglioramento effettivo della qualità della vita dei cittadini “*the true stakeholders in any procurement system*”⁹³.

⁹³ R.H. GARCIA, *International public procurement: a guide to best practice*, cit., 2009.