

La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica

di Gabriella M. Racca

Abstract: The need of digitalization of public contracts: a Public “Amazon like” model for public procurement – This article analyses the need to foster digitalization of the public procurement cycle from the definition of needs to the end of the execution steps. Overall digitalization - inclusive of the supply chain - implies the aggregation of public demand and the setting of central purchasing bodies that can manage the whole process and guarantee efficiency and integrity thus encouraging a wider opening of the European internal market. The pandemic made even more evident the need of horizontal administrative cooperation through networks among central purchasing bodies and with the European institutions. Only horizontal and vertical cooperation in the procurement strategies can provide more resilience in case of emergencies. Yet, these networks should cooperate first in times of non-turmoil. Databases of the economic operators should be fully digitalized to create a real value added for the participation to award procedures in the European market. A further trust on the qualification of suppliers would reduce the risks of procurement at any time. Digitalization and networking will provide a favorable environment for innovation and the inclusion of sustainability principles in the procurement strategies for the benefit of EU citizens.

4669

Keywords: Electronic Public Procurement; Digitalization; Databases; Smart Contracts; Administrative Cooperation.

1. La necessità della digitalizzazione dei contratti pubblici.

La digitalizzazione costituisce ormai il presupposto essenziale per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione della funzione appalti. Non pare che il rilancio del mercato dei contratti pubblici possa prescindere dalla qualificazione e dalla innovazione tecnologica¹. L'analisi dei dati concernenti i fabbisogni delle stazioni

¹Sia permesso rinviare a: G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 321 ss. ed alla ancora attuale Comunicazione CF COM(2017) 572 final del 3 ottobre 2017 al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, “*Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*”, 3: «Gli appalti pubblici sono uno strumento strategico a disposizione della politica economica di ogni Stato membro. La strategia per il mercato unico del 2015 ha evidenziato la necessità di sistemi di appalti pubblici più trasparenti e responsabili. Ciò richiede il passaggio da un approccio puramente amministrativo a uno strategico e orientato alle esigenze, pienamente conforme alle norme. Gli appalti pubblici, nei quali viene speso circa il 14 % del PIL dell'UE ogni anno, possono contribuire ad affrontare le principali sfide dell'Europa, in particolare in materia di creazione di occupazione e di crescita sostenibile. Essi possono favorire gli investimenti nell'economia reale e stimolare la domanda per

appaltanti e le caratteristiche dei mercati di riferimento permette la definizione di strategie di gara funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico. La trasformazione digitale conduce alla standardizzazione dei modelli di contratto e delle relative fasi preliminari e successive, comprensive di selezione ed esecuzione.

La digitalizzazione nel settore dei contratti pubblici si articola in molti aspetti che occorre distinguere per evidenziarne le potenzialità, in una prima fase per l'analisi dell'esistente e in una seconda per comprendere i mutamenti organizzativi e funzionali possibili².

Come noto, per ogni contratto pubblico è necessario che il responsabile del procedimento richieda un codice identificativo gara, CIG (o *smart* CIG), più o meno completo, che individua alcuni elementi del contratto e delle modalità di selezione. Dalla raccolta di tali dati si possono ricavare preziose informazioni che tuttavia sono spesso incomplete o fornite in maniera disomogenea e non sempre consentono una rapida analisi dei *big data* correlati. Sarebbe quindi necessario, come sollecitato da tempo, ridefinire il sistema e le modalità di acquisizione dei dati, unificare la raccolta regionale con quella nazionale per avere dati più completi e significativi.

Attualmente, pur con i limiti richiamati, è possibile rilevare scostamenti, anomalie e deviazioni che andrebbero segnalate alla stazione appaltante perché chiarisca o si allinei su parametri adeguati. L'analisi dei dati può evidenziare infatti scostamenti nei prezzi, acquisti frammentati, affidamenti ripetuti alle medesime

umentare la competitività basata sull'innovazione e sulla digitalizzazione, come sottolineato nella comunicazione sull'industria. Possono anche sostenere la transizione verso un'economia circolare efficiente sotto il profilo energetico e delle risorse e promuovere uno sviluppo economico sostenibile e società più eque e inclusive»; v. anche il rapporto di valutazione elaborato dal Segretariato dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico che illustra le risposte dei governi parte dell'Organizzazione nella fase iniziale della crisi da Covid-19, *OECD, Stocktaking Report on Immediate Public Procurement and Infrastructure Responses to COVID-19, 24 June 2020*, read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=132_132982-9i47fud8xb&title=Stocktaking-Report-on-Immediate-Public-Procurement-and-Infrastructure-Responses-to-COVID-19.

² Si veda la Comunicazione CF COM(2017) 572 final del 3 ottobre 2017, cit., che riprende la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca Europea degli Investimenti, «*Investire in un'industria intelligente, innovativa e sostenibile. Una nuova strategia di politica industriale dell'UE*», 479 final, 2: «Per aiutare le autorità a utilizzare meglio gli appalti pubblici e renderli un propulsore di tecnologia intelligente, sostenibile e innovativa, la Commissione proporrà inoltre misure volte a promuovere gli appalti strategici e ad aiutare gli Stati membri per quanto riguarda gli aspetti relativi agli approvvigionamenti di grandi progetti infrastrutturali». Sul tema da ult.: L. Torchia, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla)*, in www.irpa.eu, 2020. G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 1/2019, 33 ss., M. Immordino, A. Zito, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, Napoli, XXVII, 2, 2018, 371. Si vedano anche i dati relativi all'utilizzo dei Fondi strutturali UE 2014 - 2020, su cohesiondata.ec.europa.eu/overview#.

imprese. Ovviamente le ragioni spesso risiedono in una mancanza di programmazione, di capacità, di conoscenza del mercato³.

Prassi inefficienti, in passato difficilmente rilevabili, che ora emergono proprio in ragione di un progressivo sviluppo delle analisi dati, che potranno consentire, attraverso sistemi elettronici, la previsione di *alert* o anche meccanismi di blocco per acquisti ripetuti per il medesimo oggetto. Tuttavia, l'utilità delle analisi dati non è volta tanto a correggere singole disfunzioni, ma ad evidenziare la necessità di riorganizzare la funzione appalti, con l'aggregazione e qualificazione delle stazioni appaltanti.

L'efficienza della funzione appalti diviene necessaria anche per evitare l'ingresso di operatori privati che, come già in altri ordinamenti⁴, si pongano come alternativi alla funzione pubblica di acquisto e riducano lo spazio pubblico di politica industriale nel settore. Il riferimento è alle piattaforme private tipo "*Amazon*" che negli Stati Uniti stanno entrando sul mercato dei contratti pubblici di minor valore attraverso iniziative come "*Amazon.gov*"⁵, ma che proprio per l'efficienza assicurata, anche nel periodo emergenziale, tendono a sostituirsi alla funzione pubblica con tutte le connesse implicazioni di strategia e politica industriale⁶.

³ Si veda Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 del 12 gennaio 2012, n. 1, in tema di "*Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici*", in cui si evidenzia come in Italia la frammentazione delle amministrazioni aggiudicatrici (individuata in un numero compreso tra le 32.000 e le 37.000 unità con oltre 60.000 centri di spesa) abbia determinato la "frantumazione" del sistema "in una miriade di micro azioni che ostacolano l'efficienza complessiva del mercato e non consentono un efficace controllo".

⁴ Nel 2019 è stata lanciata dall'Amministrazione dei Servizi Generali (GSA) degli Stati Uniti un'iniziativa pilota per l'autorizzazione a "micro-acquisti" attraverso piattaforme elettroniche da parte degli enti pubblici, fino a \$ 10.000 (valore aumentato a \$ 20.000 a livello nazionale in tempi di emergenza dichiarata e \$ 30.000 all'estero); v. C.R. Yukins, *United States procurement and the COVID-19 pandemic*, in *Public Procurement Law Review*, 2020, 4, 220-231.

⁵ Negli Stati Uniti il Congresso ha previsto disposizioni che consentissero di sperimentare un metodo di acquisto innovativo: "*Amazon Amendment*" o "*Amazon.gov*"; la sezione 846 del *National Defense Authorization Act* per il 2018 (2018 NDAA) ha stabilito regole per l'uso di portali di *e-commerce* (*e-portals*) per l'acquisto di articoli COTS (Commercial Off-the-Shelf) che richiedono un livello avanzato di personalizzazione, non ottenibile tramite soluzioni standard. Richiedendo l'uso di *e-portals*, su base governativa, la scelta sembra favorire la concorrenza, accelerare gli appalti, consentire ricerche di mercato agli utilizzatori e assicurare prezzi convenienti attraverso contratti con più fornitori di servizi di *e-commerce*. Sono, tuttavia, evidenti che le criticità connesse a tale scelta. A questo proposito, si rinvia a P. McKeen, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, in G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruxelles, 2019, 373-386; D. Dayen, *Congress Prepares To Send Major Gift To Amazon While Trump Battles "Amazon Washington Post"*, in *The Intercept*, 201. Cfr.: G. L. Albano, *Il Public Procurement come stimolo alle PMI: Il caso del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione Italiana*, in *Rivista di Politica Economica*, VII-IX, 2014, 169-210.

⁶ Sulle questioni relative alla scelta (poi confermata dalla Corte di Giustizia, sentenza del 4 giugno 2020, causa C- 3/19 - Asmel Soc. cons. a r.l. c. Autorità Nazionale Anticorruzione ed Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate, su cui v. *infra* e Cons. Stato, Sez. V., 3 novembre 2020, n. 6787) di mantenere la funzione appalti in ambito pubblico: G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per*

L'emergenza sanitaria ha, del resto, reso evidente la necessità di garantire la continuità del servizio pubblico⁷, per assicurare la sicurezza e la salute dei cittadini, con una gestione regolare e responsabile dei contratti necessari per garantire l'efficienza dei servizi e delle infrastrutture⁸.

La situazione emergenziale ha richiesto acquisti pubblici mirati e adeguati, canalizzati principalmente attraverso appalti pubblici. Ciò ha evidenziato l'impatto delle strategie di approvvigionamento sull'efficacia delle politiche pubbliche per affrontare la pandemia e le sue conseguenze sociali ed economiche. In una prima fase, l'attenzione è stata rivolta alla gestione della risposta all'emergenza sanitaria, con evidente necessità di sviluppare coordinamento di acquisti aggregati e cooperazione amministrativa, per evitare la inaccettabile concorrenza fra gli acquirenti pubblici⁹. Attualmente si richiede un'analisi delle conseguenze e degli

l'aggregazione dei contratti pubblici, cit., 33 ss. V. M. Midiri, *Nuove tecnologie e regolazione: il «caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2018, 1017-1038. M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid - Rassegna* n. 19, 2015.

⁷ Nell'emergenza si è verificato il rovesciamento dei rapporti contrattuali con una evidente concorrenza tra gli acquirenti pubblici a livello nazionale, regionale, europeo e globale che ha determinato l'interruzione delle catene distributive. Nell'attuale situazione di emergenza, la temporanea sospensione delle regole ordinarie sui contratti pubblici e la conseguente diminuzione delle esigenze di imparzialità e concorrenza nelle procedure di selezione dei contraenti hanno evidenziato la necessità di incrementare la trasparenza nei processi per tutelare l'integrità e l'efficienza della spesa pubblica. L. Folliot Lalliot, C.R. Yukins, *COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*, in *Concurrences*, 2020, 3, 46 ss. e spec. 52 ss. In ambito nazionale v.: E. Carloni, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, rapporto pubblicato sul sito dell'Autorità Nazionale Anticorruzione il 29 aprile 2020. Fra i documenti di A.N.A.C. si vedano la *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, approvata dal Consiglio il 22 aprile 2020, nonché la Relazione annuale 2019 presentata al Parlamento il 2 luglio 2020, spec. l'allegato *L'Autorità e l'emergenza Covid-19*. I capitoli spagnolo, italiano e francese di Transparency International hanno sottoscritto l'appello *Contro la crisi sanitaria, più trasparenza e democrazia*, pubblicato il 7 aprile 2020 in www.transparency.it.

⁸ In Italia come in molti altri paesi europei, sono stati introdotti aiuti ed agevolazioni alle imprese per favorire la ripartenza delle attività e contenere il danno economico provocato dal lockdown. Con l'entrata in vigore del "Decreto rilancio" (D.l. 19 maggio 2020, n. 34, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, conv. con l. 17 luglio 2020, n. 77), fra il resto, trova collocazione la modifica alla regolamentazione relativa all'occupazione dello spazio pubblico da parte dei privati anche al fine di favorire su scala nazionale la ripresa delle attività turistiche e recettive. Sul tema v.: M. Demichelis, *Innovazioni nell'uso degli spazi pubblici post-pandemia: il caso italiano nel contesto europeo*, in *Questa Rivista*, 2, 2020, 2463-2487; L. Cuocolo, *L'importanza delle autonomie per far fronte al Covid (e alle tendenze accentratrici)*, in *Questa Rivista*, 1, 2020, XV-XX.

⁹ Al fine di ottimizzare il coordinamento tra gli Stati membri in una materia trasversale quale la tutela della salute, è stata introdotta – con la Decisione n. 1082/2013/UE – la possibilità di attuare forme di acquisto congiunto di beni e dispositivi medici per il contrasto dei gravi rischi per la salute a carattere transfrontaliero. L'attuazione di tali procedure, nel periodo della diffusione del Covid-19, ha evidenziato profili di criticità tra cui la difficoltà per la DG Salute di procedere celermente a degli acquisti con le difficoltà di relazione con il mercato rilevante per garantire un accesso equo e sicuro degli approvvigionamenti. Sull'argomento v.: G. Sdanganelli, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *Questa Rivista*, 2, 2020, 2323-2346; T. Kotsonis, *EU procurement legislation*

impatti della pandemia globale, con successivo adeguamento degli appalti e delle strategie anche infrastrutturali per affrontare le conseguenze del periodo post-pandemico. In tale terza fase la gestione degli appalti pubblici dovrà essere orientata verso una “nuova normalità” basata sul superamento delle vulnerabilità rivelate dalla crisi, con un ripensamento delle strategie ed un nuovo coordinamento anche in relazione alle filiere produttive, alla luce dell’innovazione tecnologia e digitale e della sostenibilità¹⁰.

Nella crisi attuale, in Italia, a fronte delle proposte di abrogazione o sospensione del Codice dei contratti pubblici¹¹ o, al contrario, di emanazione di un ampio Regolamento di attuazione, di riduzione delle funzioni dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.AC.)¹², di commissariamenti o addirittura di limitazione dei mezzi di impugnazione avanti alla giustizia amministrativa¹³, sembra necessario procedere rapidamente verso la richiamata digitalizzazione dei contratti pubblici, dalla rilevazione dei fabbisogni alla procedura selettiva, fino alla conclusione dell’esecuzione¹⁴.

in the time of COVID-19: fit for purpose?, in *P.P.L.R.*, 2020, 4, 199-212. G.L. Albano, *Homo Homini Lupus: On the Consequences of Buyers’ Miscoordination in Emergency Procurement for the COVID-19 Crisis in Italy*, in *P.P.L.R.*, 2020, 4, 213-219.

¹⁰ V. il recente documento programmatico dell’OCSE che evidenzia quali aspetti devono essere rivisitati negli appalti pubblici per aumentare la resilienza nell’ipotesi di ulteriori ondate di pandemia o future emergenze (OECD, *Public Procurement and Infrastructure Governance: Initial policy responses to the Coronavirus (COVID-19) crisis*, 30 July 2020, read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=135_135391-eb6wiwbrmn&title=Public-Procurement-And-Infrastructure-Governance).

¹¹ Art. 1, Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120. In particolare, nell’art. 1 il Legislatore torna a occuparsi, a poco più di un anno dalla conversione del c.d. decreto “Sblocca Cantieri” (legge 14 giugno 2019 n. 55), della disciplina degli appalti di valore inferiore alla soglia europea introducendo un regime derogatorio temporaneo rispetto alla disciplina dell’art. 32 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei Contratti Pubblici). La finalità di semplificazione è attuata riducendo le tipologie di affidamento, da quattro (affidamento diretto, affidamento diretto previa consultazione del mercato, procedura negoziata senza pubblicazione di bando, procedura aperta) a due, affidamento diretto e procedura negoziata senza pubblicazione di bando, più l’eventuale mantenimento della procedura aperta.

¹² S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 141-158.

¹³ Si v. M.A. Sandulli, *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, in *Giustizia insieme*, 4 maggio 2020; Id., *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 26 marzo 2020; F. Francario, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 15 aprile 2020.

¹⁴ Come già indicato dall’Unione europea, la cui Commissione nella Comunicazione CF COM(2017) 572 del 3 ottobre 2017, cit., ha chiarito che, al fine di elaborare risposte strategiche adeguate nel mercato degli appalti pubblici, «è fondamentale disporre di dati affidabili. La trasformazione digitale, il generale aumento della quantità di dati e la disponibilità di standard in materia di dati aperti offrono opportunità per creare migliori strumenti di analisi per un’elaborazione delle politiche orientata alle esigenze e di sistemi di allarme per segnalare e contrastare la corruzione negli appalti pubblici. È opportuno rendere disponibili dati migliori e più accessibili sugli appalti, poiché in questo modo si apre la strada a molteplici possibilità per valutare meglio l’efficacia delle politiche in materia di appalti, ottimizzare l’interazione tra

Un'innovazione nella gestione della funzione appalti, specialmente nel periodo di post-pandemia, presuppone l'adeguatezza organizzativa e professionale di soggetti specializzati come le centrali d'acquisto digitalizzate (con gare digitalizzate e logistica ispirata al modello "Amazon", ma come soggetti pubblici) con procedure "native digitali" e con documenti di gara (E-Forms¹⁵) che contengano dati che possano essere direttamente acquisiti e pubblicati, ove rilevante (GUCE, TED, BDNCP, ecc.).

L'Unione Europea impone la formazione "nativa digitale" dei documenti di gara¹⁶ con l'adozione (entro il 25 ottobre 2023) di nuovi formulari digitali standard generati automaticamente per la pubblicazione di avvisi e bandi sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione. Tali formulari costituiranno modelli standard da compilare non più manualmente ma automaticamente, mediante sistemi di *software*, con le informazioni ricavate da precedenti avvisi e bandi, specifiche tecniche, offerte, contratti, registri amministrativi nazionali e altre fonti di dati. Tale disciplina impone il rispetto del principio *once-only* nella pubblica amministrazione elettronica e interoperabile, in una prospettiva di favore per lo sviluppo di forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche europee (a livello nazionale e transnazionale) per la condivisione di informazioni, con l'inserimento dei dati una sola volta ed il relativo richiamo e riutilizzo in differenti documenti e basi di dati, consentendo la riduzione degli oneri amministrativi e l'aumento dell'affidabilità dei dati stessi. La pubblicazione potrà essere in tal modo agevolata e automatizzata, superando gli attuali estenuanti oneri di ricaricamento degli stessi dati da parte delle amministrazioni e delle imprese¹⁷. Viene così favorita la

i sistemi di appalti pubblici e delineare future decisioni strategiche. I sistemi di appalti elettronici devono produrre dati di buona qualità, ma è ancor più importante che i responsabili politici utilizzino tali dati e li condividano con altre parti interessate. Tali sistemi costituiscono inoltre un mezzo per identificare irregolarità. L'accesso ai dati sugli appalti pubblici dovrebbe consentire il dialogo con la società civile e responsabilizzare ulteriormente i governi. Le autorità pubbliche avrebbero quindi strumenti migliori per la lotta contro le frodi e la corruzione».

¹⁵ Gli *e-Forms* sono formulari standard europei per raccogliere e pubblicare i dati sugli appalti che implementano quanto previsto dalle direttive (cfr. Dir. 2014/23/UE, art. 33, Direttiva 2014/24/UE art. 51; Dir. 2014/25/UE art. 71), al fine di rispettare il principio dell'«unico invio» nella pubblica amministrazione elettronica, riducendo così gli oneri amministrativi e aumentando l'affidabilità dei dati, facilitando la pubblicazione volontaria degli avvisi e dei bandi introducendo formulari digitali standard che possono essere generati automaticamente da sistemi software.

¹⁶ Imposta dall'Unione europea con il Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019. Si veda: R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti nativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 119 - 158.

¹⁷ S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, cit., 141 ss.; M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 61 ss.; S. Cassese, *Che cosa resta dell'Amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 1-11. M. Ramajoli, *Pretesa precettiva e flessibilità della Linee guida Anac*, in F. Liguori e S. Tuccillo (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, 2017, Napoli, 79 ss.

pubblicazione volontaria anche degli avvisi e dei bandi di valore inferiore alle soglie UE e basati su accordi quadro¹⁸.

Un sistema di centrali d'acquisto specializzate come evoluzione dell'insoddisfacente esperienza del tavolo dei soggetti aggregatori consente di assicurare un servizio di gare realizzate e messe a disposizione di tutte le amministrazioni utilizzatrici che non dispongono delle capacità e che non potranno essere certo tutte riqualificate per poter svolgere adeguatamente le gare pubbliche. Una prospettiva che apre allo sviluppo di strategie di specializzazione, anche superando i limiti territoriali, coprendo così più settori per lo sviluppo di politiche industriali per la crescita anche delle piccole e medie imprese¹⁹. Gare elettroniche che mettono a disposizione dei fabbisogni delle amministrazioni utilizzatrici i beni e servizi necessari, che possono essere scelti "a scaffale", poiché già sottoposti a confronto competitivo, "già garati". Scelta che si basa sulla quantità e qualità più appropriate rispetto al bisogno con una semplificazione della modalità di adesione e acquisto (modello "Amazon"), senza eludere le garanzie dello svolgimento di una procedura di gara (pubblica). Non si esclude che le amministrazioni possano ancora realizzare autonomamente le proprie gare, ma la qualità e l'efficienza del servizio disponibile potranno soddisfare il bisogno senza imposizioni. Chi si sente più capace potrà sempre cimentarsi con i costi e tempi di una gara tradizionale.

A legislazione invariata le gare "native digitali" possono essere svolte dalle centrali d'acquisto (Consip S.p.A. e soggetti aggregatori) attraverso piattaforme elettroniche, con gli strumenti contrattuali già previsti e di recente riformati e sviluppati dalla legge di bilancio 2019, principalmente attraverso i sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche²⁰.

L'utilizzo di tali strumenti contrattuali digitali richiede, come anticipato, l'adeguatezza delle organizzazioni pubbliche cui è affidata la funzione appalti. Adeguatazza, come principio costituzionale che si pone a fondamento della professionalità dei funzionari pubblici per assicurare la necessaria qualificazione in particolare di chi svolge gare, non più individuali, ma nell'esercizio di una funzione, pur sempre pubblica, a favore di terzi. Prospettazione che perciò legittima

¹⁸ Considerando n. 8 del Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780: «Come stabilito dall'articolo 33, paragrafo 2, della direttiva 2014/23/UE, dall'articolo 51, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE e dall'articolo 71, paragrafo 2, della direttiva 2014/25/UE, gli avvisi e i bandi sono file elettronici anziché documenti cartacei. Al fine di rispettare il principio «una tantum» nella pubblica amministrazione elettronica, riducendo così gli oneri amministrativi e aumentando l'affidabilità dei dati, e di facilitare la pubblicazione volontaria degli avvisi e dei bandi il cui valore è inferiore alle soglie UE o che sono basati su accordi quadro, è opportuno stabilire modelli standard che possano essere compilati automaticamente con le informazioni ricavate da precedenti avvisi e bandi, specifiche tecniche, offerte, contratti, registri amministrativi nazionali e altre fonti di dati. In prospettiva, tali modelli non saranno più compilati manualmente ma generati automaticamente da sistemi di software».

¹⁹ Report di Accademia per l'Autonomia, *La riorganizzazione degli acquisti pubblici a livello locale per il contenimento della spesa pubblica e l'efficienza degli appalti: quale modello organizzativo?*, Forum di ricerca a cura di Promo P.A. Fondazione e Università di Roma Tor Vergata, Roma, 22 gennaio 2018.

²⁰ L. 27 dicembre 2019, n. 160, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*, (Legge di Bilancio 2019).

limitazioni della capacità giuridica di contrattare per assicurare la qualità delle prestazioni, in particolare degli enti territoriali nell'esercizio di poteri e funzioni²¹. L'autonomia, con riferimento alla funzione appalti, va intesa infatti come assegnata alla pubblica amministrazione nel suo complesso e non in relazione alle sue diverse articolazioni²². L'autonomia di ricevere e destinare fondi ad un'opera pubblica non implica che la realizzazione di tale opera debba essere affidata ad un ufficio inadeguato dell'ente locale, ma, al contrario, che possa essere affidata a strutture capaci che ne permettano la corretta e tempestiva realizzazione. L'impostazione è stata di recente affermata anche dalla Corte dei conti che ha ritenuto indifferibile un programma di rafforzamento, professionalizzazione e specializzazione delle risorse umane interne alle Pubbliche amministrazioni che operano nel settore degli appalti, in particolare per le figure tecniche, con l'aggregazione delle stazioni appaltanti che ne accresce la competenza tecnica²³ contribuendo a riaffermare quella simmetria tra amministrazioni e operatori economici che impone a chi richiede una prestazione di saperla definire, selezionare e controllarne l'esecuzione²⁴.

Aggregazione dei contratti pubblici intesa non come centralizzazione, ma come specializzazione per l'aggiudicazione degli appalti in modo efficiente, integro e innovativo, ripensando il modello organizzativo della centrale di committenza

²¹ R. Cavallo Perin, A. Romano, Articolo 1, in R. Cavallo Perin, A. Romano (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 6, in cui si sottolinea che «i limiti esterni dell'autonomia degli enti territoriali, i caratteri o elementi essenziali di tali enti (poteri normativi, organizzazione pubblica, ecc.), sono definiti dalla Costituzione con norme espresse (art. 1, 51, 52, 54 Cost.) o di principi» laddove, in particolare, il principio di auto organizzazione è previsto e tutelato dalla Costituzione all'articolo 114 come uno dei caratteri dell'autonomia pubblica. A. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1987, 30 - 41. Cfr. D. Borgonovo, *L'ordinamento degli enti locali prima e dopo la riforma del titolo V, con particolare riferimento alla provincia autonoma di Trento*, in *federalismi.it*, 10, 2011.

²² Sul tema cfr. G. Scaccia, *Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, G. Corso V. Lopilato (a cura di), Milano, 2006, 4 e G. Falcon, *Modello e transizione nel nuovo titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1247.

²³ Corte dei conti, Sezioni centrali di controllo, *Referto in materia di informatica pubblica*, settembre-ottobre 2019, 115: «[è] indifferibile un programma di rafforzamento, professionalizzazione e specializzazione delle risorse umane interne alle Pubbliche amministrazioni che operano nel settore degli appalti, in particolare per le figure tecniche. Si richiama inoltre la necessità di procedere all'aggregazione delle stazioni appaltanti (attualmente sono oltre 32.000, di cui quasi 3.700 nel settore dell'ICT) e di accrescerne, oltre alla dimensione, anche la competenza tecnica, per favorire rapporti di forza paritaria tra funzionari delle stazioni appaltanti e operatori economici». V. il documento recentemente pubblicato dall'A.N.AC., *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020.

²⁴ Art. 118 Cost. Art. 37 e ss., d. lgs. n. 50 del 2016; F. Merusi, *Integration between EU law and national administrative legitimacy*, in *Ius Publicum Network Review*, 2/2013; R. Cavallo Perin, *Relazione conclusiva al Convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 maggio 2014.; J.B. Auby, J. Dutheil De La Rochère, *Introduction: Degré de convergence de droits administratifs dans le creuset du droit européen*, cit., 1283 ss.; G. L. Albano, M. Sparro, *Flexible Strategies for Centralized Public Procurement*, in *Review of Economics and Institutions*, 2010, disponibile al link: www.rei.unipg.it/rei/article/view/17.

che compie gare per conto di terzi e attuandolo come sistema a rete, fra la centrale di committenza nazionale (Consip s.p.a.) e i soggetti aggregatori regionali che possono specializzarsi su singoli settori (per es. sanità), e aree merceologiche, anche per tutto il territorio nazionale²⁵.

2. Interoperabilità delle banche dati per la qualificazione degli operatori economici: da AVCPass a nuovi sistemi di reti europee per un rapporto di fiducia con le imprese.

L'Italia si colloca in una posizione bassa sia nelle classifiche internazionali di trasparenza e legalità²⁶, sia in quelle sullo sviluppo digitale²⁷. Il perseguimento di tali obiettivi può essere favorito valorizzando forme di cooperazione che agevolino la libera ricerca delle Università sui dati delle pubbliche amministrazioni. Ricerca che, come già sperimentato²⁸, può fornire “idee di riserva” particolarmente utili per i momenti di crisi.

L'aggregazione e la specializzazione nella funzione appalti richiedono la digitalizzazione e quindi interoperabilità specificamente programmata fra le banche dati rilevanti per un'efficace conoscenza del settore dei contratti pubblici, dei fabbisogni e degli operatori economici²⁹.

Il mancato coordinamento dei dati costituisce un forte limite alla semplificazione e allo sviluppo del settore. A fronte di una competenza esclusiva

²⁵ Si veda per tutti: S. Cassese, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2020, 467- 474.

²⁶ Prima tra tutte la nota graduatoria mondiale di *Transparency International* basata sull'indice di percezione della corruzione (CPI): nel 2019 il nostro Paese è in 51^a posizione, costantemente in risalita dall'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012 sulla prevenzione della corruzione e dal 2014, anno di istituzione dell'A.N.AC.; G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014.

²⁷ Nella classifica *Digital economy and society index, DESI*, l'Italia è al 24° posto nel 2019.

²⁸ In questa prospettiva, si rinvia alla Convenzione di ricerca stipulata il 16 gennaio 2019 tra l'Autorità Nazionale Anticorruzione e l'Università degli Studi di Torino ai sensi del Regolamento dell'A.N.AC. del 1° marzo 2018 per accedere e studiare il contenuto della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici. Questo accordo, che si fonda sulla convinzione che l'Università possa efficacemente fornire analisi obiettive a supporto delle attività istituzionali di A.N.AC, dimostra come l'Autorità sia aperta alla collaborazione con gli Atenei.

²⁹ Sono individuabili le seguenti banche dati di rilievo per il settore: Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), tenuta da A.N.AC.; Banca dati del sistema SIOPE, tenuta dal MEF (Ragioneria Generale dello Stato); Banca dati delle amministrazioni pubbliche (BDAP) tenuta dal MEF (Dipartimento del Tesoro); Banca dati unitaria sui progetti finanziati con risorse nazionali e comunitarie proprie della politica di coesione tenuta dal MEF; Sistema informativo del casellario giudiziale tenuto dal Ministero della giustizia; Banca dati relativa all'esercizio dei poteri disciplinari da parte delle amministrazioni pubbliche, tenuta dal Dipartimento della Funzione Pubblica; Banca dati sui procedimenti giurisdizionali erariali presso la Corte dei conti; Banca dati delle sentenze della Giustizia amministrativa; Banca dati del sistema d'indagine del Ministero dell'interno; Banca dati sugli intermediari finanziari e sulle segnalazioni delle operazioni sospette dell'UIF della Banca d'Italia; Banche dati sulle imprese profit e non profit e sulla spesa degli enti locali dell'ISTAT; Registro delle imprese presso le Camere di commercio (Infocamere).

dello Stato sul “coordinamento informativo, statistico e informatico”³⁰, sono state riscontrate notevoli criticità connesse alla mancata razionalizzazione e coordinamento delle piattaforme di raccolta dei dati sull’intero ciclo dei contratti pubblici di rilievo regionale o sub-regionale che rimangono monitorati dalle Regioni e Province autonome³¹. Di qui la previsione del Codice dei contratti pubblici, rimasta inattuata, relativa alla definizione di un protocollo generale fra l’A.N.AC., il Ministero dell’economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, per la definizione delle regole di interoperabilità e delle modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati, nel rispetto dei principi di unicità del luogo di pubblicazione e dell’invio delle informazioni³².

Come noto, il Codice dei contratti pubblici³³ prevede per l’acquisizione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei requisiti, l’utilizzo esclusivo della Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici. Manca ancora l’attuazione di tale disposizione e rimane pertanto operativo, in via transitoria, il precedente sistema AVCpass³⁴, che peraltro risulta largamente insoddisfacente in quanto, per esempio con riferimento ai requisiti di ordine generale degli operatori economici³⁵, consente di scaricare i certificati del casellario giudiziale ad essi connessi, ma non effettua in via automatica la verifica delle condanne riportate e dei carichi pendenti. Considerazioni analoghe riguardano anche la verifica dei requisiti di ordine tecnico-professionale e economico-finanziario sulla documentazione di altri Enti

³⁰ Art. 117, comma 2, lettera r), Cost.

³¹ *Ex art.* 29, commi 3 e 4 del d.lgs. n. 50 del 2016.

³² Art. 29, comma 4-*bis* del d.lgs. n. 50 del 2016. Il Protocollo non è ancora stato adottato. In data 24 ottobre 2019, è stato, tuttavia, approvato un Ordine del giorno sulla rete degli Osservatori regionali/provinciali dei contratti pubblici in seno alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Si ricorda che, l’obiettivo di “promuovere la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, al fine della diffusione dell’utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto” è in capo alla Cabina di regia istituita presso Presidenza del Consiglio dei Ministri, art. 212, comma 1, lett. d), del d.lgs. 50/2016.

³³ Art. 81, D. Lgs. n. 50 del 2016.

³⁴ *Ex art.* 216, comma 13 del d.lgs. 50 del 2016: il sistema è ancora disciplinato dalla delibera A.N.AC. n. 157 del 17 febbraio 2016, non coordinata con l’attuale Codice dei contratti pubblici.

³⁵ Il sistema AVCpass dovrebbe consentire l’acquisizione della documentazione inerente i requisiti generali: «a. Visura Registro delle Imprese fornita da Unioncamere; b. Certificato del casellario giudiziale integrale fornito dal Ministero della Giustizia; c. Anagrafe delle sanzioni amministrative – selettivo ex art. 39 d.P.R. n. 313/2002 dell’impresa, fornita dal Ministero della Giustizia; d. Certificato di regolarità contributiva di ingegneri, architetti e studi associati, dalla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti (Inarcassa); Autorità Nazionale Anticorruzione e. Comunicazione di regolarità fiscale fornita dall’Agenzia delle Entrate secondo quanto specificato nella tabella di approfondimento allegata alla presente delibera; f. Comunicazione Antimafia fornita dal Ministero dell’Interno» (art. 5 della delibera A.N.AC. n. 157 del 2016).

certificanti³⁶. Continua quindi a gravare sulla stazione appaltante tutta l'attività di analisi manuale della documentazione rinvenibile attraverso il sistema AVCpass rispetto ai requisiti di qualificazione degli operatori economici³⁷, come precisato dalla stessa Autorità Nazionale Anticorruzione che garantisce “il trasporto e la pubblicazione sicura dei dati”, restando le valutazioni sui contenuti di ciascun documento onere delle singole stazioni appaltanti, con evidente aggravamento della fase di selezione dell'offerente³⁸.

L'interconnessione delle differenti banche dati esistenti e la digitalizzazione potrebbero semplificare in maniera significativa tale fase, assicurando il rapido reperimento di dati utili all'accertamento dei motivi di esclusione e dei requisiti di partecipazione, riducendo, in tal modo, anche il rischio di un dispersivo contenzioso, proprio su tali requisiti³⁹. Occorre integrare e rendere interoperabili i *database* esistenti, quali le banche dati dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero dell'economia e delle finanze, ma anche quelle sviluppate da altri soggetti, come ad esempio Cerved, per l'acquisizione digitale della qualificazione delle imprese (una sorta di “bollino

³⁶ Secondo l'art. 6 della delibera A.N.AC. n. 157 del 2016, con riferimento alla comprova del possesso dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario, il Sistema AVCpass consente il reperimento della documentazione (si ribadisce: non l'accesso automatico ai dati) ai «Documenti e/o dati forniti dagli Enti Certificanti» ossia: “a. Bilanci delle società di capitali ove disponibili, forniti da parte di Unioncamere; b. Certificazioni di sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 relative al settore EA28 forniti da Accredia; c. Fatturato globale e ammortamenti degli operatori economici costituiti in forma d'impresa individuale ovvero società di persone, ove disponibili, forniti da parte dell'Agenzia delle Entrate; d. Dati relativi alla consistenza e al costo del personale dipendente, forniti da parte dell'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale (INPS)”; ai “Documenti resi disponibili direttamente dalla stessa Autorità” ossia “a. le Attestazioni SOA; b. i Certificati Esecuzione Lavori (CEL). Ciascun operatore economico ha la facoltà di richiedere alla stazione appaltante/ente aggiudicatore l'inserimento nell'apposita banca dati CEL dei certificati che dovessero risultare mancanti, secondo quanto prescritto dal Comunicato del Presidente dell'Autorità del 5 ottobre 2010; c. certificati attestanti l'avvenuta esecuzione di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici cui si applica, in via transitoria, la previsione del successivo art. 9, comma 2; d. le ricevute di pagamento del contributo obbligatorio all'Autorità da parte dei soggetti partecipanti»; i documenti forniti dagli operatori economici con riferimento alle specificità della gara. Specificazioni ulteriori sono contenute nella *Tabella di approfondimento relativa ai documenti resi disponibili a sistema* contenuta nella Relazione di accompagnamento alla delibera A.N.AC. n. 157 del 2016.

³⁷ Così infatti dispone l'art. 4, commi 7 e 8 della delibera A.N.AC. n. 157 del 2016: «Ai fini delle verifiche, il soggetto abilitato avvia tramite AVCPASS la richiesta dei documenti a comprova dei requisiti per gli operatori economici interessati; successivamente l'Autorità avvia presso gli Enti Certificanti le richieste dei documenti definiti nel comma 1 del successivo art. 5. L'Autorità mette a disposizione tempestivamente i documenti a comprova dei requisiti, non appena ricevuti dagli Enti Certificanti».

³⁸ Cfr. Relazione di accompagnamento alla delibera n. 157 del 2016: «con riferimento alla documentazione che sarà resa disponibile attraverso il sistema AVCpass, si evidenzia che l'Autorità si limita a garantire il trasporto e la pubblicazione sicura dei documenti senza nessuna trasformazione dei contenuti forniti dagli Enti convenzionati. Le valutazioni di merito dei contenuti esposti nell'ambito di ciascun documento fornito rimangono onere esclusivo della stazione Appaltante/Ente aggiudicatore».

³⁹ G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, cit., 321 ss.

verde”), con aggiornamenti in tempo reale sulla sussistenza dei requisiti di ordine tecnico, economico, finanziario e di ordine generale-morale, sfruttando le potenzialità del documento unico di gara europeo.

Un accreditamento digitale nel sistema può consentire agli operatori economici di presentare le relative offerte in tempi molto rapidi, ove il procedimento di valutazione delle stesse venga strutturato su criteri di qualità misurabile, perciò assicurando valutazioni totalmente o parzialmente automatizzate, riservando alle commissioni giudicatrici un ruolo in attività peculiari, come si vedrà, ad esempio ove sia necessario testare dei campioni.

Le centrali d’acquisto potrebbero così concentrarsi sull’elaborazione delle strategie di gara, sulla definizione di lotti basati sulle caratteristiche specifiche dei mercati di riferimento – favorendo forme di cooperazione tra soggetti aggregatori - e sulla valutazione delle offerte per assicurare la qualità delle prestazioni. La definizione di lotti funzionali o territoriali ottimali, favorendo la partecipazione alla gara sotto una regia pubblica e non abbandonata alle iniziative anche collusive private, può favorire l’ingresso e la crescita nel mercato degli appalti pubblici di nuovi operatori economici più efficienti e innovativi, anche di minori dimensioni⁴⁰.

Le amministrazioni, così riqualificate, potrebbero divenire anche il “primo cliente” dell’innovazione sviluppata ed introdotta sul mercato, per poterla diffondere in tempi rapidi, non solo in ambito nazionale, nell’interesse della qualità delle prestazioni e dello sviluppo economico.

4680

3. Il tavolo dei soggetti aggregatori: un nuovo sistema a Rete fra Stato, Regioni ed enti locali nel rispetto del principio costituzionale di adeguatezza.

La funzione appalti deve svolgersi in coerenza ai principi costituzionali ed europei e l’evoluzione tecnologica richiede lo sviluppo di gare digitalizzate, aggregate, affidate a centrali di acquisto e soggetti aggregatori qualificati che cooperino in rete⁴¹.

L’aggregazione della domanda pubblica non significa centralizzazione in grandi contratti nazionali, di elevato valore. L’aggregazione nazionale, con grandi gare ad ampia estensione geografica, è giustificabile solo in limitati settori ed è in

⁴⁰ V. l’analisi economica di G. L. Albano, A. Cipollone, M. Sparro, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d’appalto*, in *Quaderni Consip*, cit., 13 ss. In via generale, maggiore è il numero di lotti in cui è suddivisa una fornitura, maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla gara, in virtù di criteri di selezione meno restrittivi, quali i requisiti di fatturato nonché i costi di partecipazione alla gara (cauzione provvisoria e cauzione definitiva), con ampliamento della possibilità di partecipazione a imprese di minori dimensioni.

⁴¹ G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33 ss. V. Art. 1, comma 5, d.l. 28 settembre 2018, n. 109 (“Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze”) conv. con l. 6 novembre 2018, n. 130, che consente al Commissario straordinario, nell’esercizio delle proprie attività connesse alla ricostruzione del Ponte Morandi a Genova, di operare “*in deroga ad ogni disposizione di legge*” diversa da quella penale e in materia di antimafia.

via di superamento, in relazione alla elaborazione di nuove e più sofisticate strategie di lotti che possono cogliere le differenti opportunità dell'aggregazione. Occorre sviluppare un modello a rete fra amministrazioni aggiudicatrici con professionalità elevate e specializzazione che assicuri la qualificazione della funzione appalti nel rispetto del principio costituzionale di adeguatezza⁴².

Principio di adeguatezza che, nella disciplina dei contratti pubblici, da tempo è evidenziato in relazione agli operatori economici cui si è tradizionalmente richiesta la qualificazione delle capacità tecnico-organizzative, economico-finanziarie⁴³. L'adeguatezza dell'organizzazione diviene funzionale alla migliore selezione ed alla coerente e corretta esecuzione, per evitare che promesse contrattuali inadempite determinino la conseguente violazione dei principi della selezione ed in particolare della concorrenza, anche nell'esecuzione⁴⁴.

⁴² Art. 118, I co. Cost.: «Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza». Cfr.: F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 81 - 120; A. Romeo, *Il modello dell'azienda per le amministrazioni pubbliche* e G. Portaluri, *Il principio d'imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti*, entrambi in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea, in A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, Firenze, 2016, 301 - 320. e 407 - 420.

⁴³ R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. I, Firenze University Press, 2016, 3 - 36; già in *L'Organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, Rimini, Maggioli Editore, 44/2016, 997-1033; Id., *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa, prefazione a J. L. Silicani, Libro bianco sull'avvenire degli ufficiali pubblici. Per la Francia del domani*, Napoli, Jovene, 2011, XXIV; R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, cit., 266 ss.; R. Cavallo Perin, *La razionalizzazione dell'amministrazione indiretta: enti strumentali, società e altri organismi nella prospettiva della riforma della PA*, in F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini (a cura di) *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforma*, Bologna, 2016, 115-124; A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblica e diritto privato*, Torino, 2001, 179.

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza del 2 aprile 2020, n. 10, ha riconosciuto l'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato anche alla fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un operatore partecipante alla gara. Si rileva sul punto come «a esigenze di trasparenza, che sorreggono il correlativo diritto alla conoscenza degli atti anche nella fase di esecuzione del contratto, conducono anche il principio di concorrenza e il tradizionale principio dell'evidenza pubblica che mira alla scelta del miglior concorrente, principio che non può non ricomprendere la realizzazione corretta dell'opera affidata in esecuzione all'esito della gara.» Infatti «l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione»: cfr. in tal senso dieci anni prima: R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2/2010, 325-354; G. M. Racca, R. Cavallo Perin, G. L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public Contract Law Journal*, vol. 41, 2011, 89-108; A. Massera, M. Simoncini, *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2011.

Presupposti dell'adeguatezza organizzativa sono la professionalità (non occasionalità) nello svolgimento della funzione, nonché una specializzazione per tipologia merceologica che permetta di compiere analisi di mercato⁴⁵ per settori e territori in coordinamento con omologhi enti di altre aree nazionali ed europee⁴⁶, con i conseguenti limiti alla capacità giuridica di contrattare, funzionali alla qualità delle prestazioni.

I modelli di aggregazione della domanda pubblica si realizzano nelle centrali di committenza che operano con differenti strumenti contrattuali, aprendo a differenti e sempre più sofisticate strategie di gara⁴⁷, soprattutto mediante gli accordi quadro⁴⁸.

Sotto il profilo dell'organizzazione, da tempo il fondamento giuridico delle differenti modalità di cooperazione amministrativa è ricondotto alle discipline sugli accordi fra pubbliche amministrazioni⁴⁹. Cooperazione che negli appalti sia all'interno degli Stati membri, sia transfrontaliera e transnazionale, la Commissione europea promuove come strumento di efficienza, integrità e sviluppo

⁴⁵ Cfr. artt. 40 e 41 della Direttiva 2014/24/UE come recepiti dagli artt. 66 e 67 del d.lgs. n. 50 del 2016. Sulle consultazioni preliminari del mercato, cfr.: T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 giugno 2018, n. 340. Cfr. anche il Parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, 14 febbraio 2019, n. 445) sulla proposta di Linee Guida dell'ANAC, (*"Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato"*).

⁴⁶ Si v. *infra*, § 4. G. M. Racca, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Dalle esternalizzazioni alla contrattazione socialmente sostenibile*, Napoli, 2017, 171 ss; Id., *Collaborative and strategic procurement for supporting industrial innovation*, in É. Muller (a cura di) *La commande publique, un levrier pour l'action publique?*, Dalloz, 2018, 121 ss.

⁴⁷ Art. 37, *Aggregazioni e centralizzazione delle committenze*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*; G. M. Racca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 489 - 512.; A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda, Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011; G. L. Albano, C. Nicholas, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge University Press, 2016.

⁴⁸ La Corte di giustizia dell'Unione Europea (C.G.U.E., sez. VIII, 19 dicembre 2018, n. 216, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust e Coopservice Soc. coop. arl contro Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST) e a., causa C-216/17), ha riconosciuto la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di mettere a disposizione le proprie gare, (anche) di amministrazioni che non si siano vincolate in precedenza. Secondo la Corte il richiamo alle "parti" si doveva interpretare, già nella precedente direttiva, come riferito unicamente agli operatori economici. Presupposto necessario dell'adesione è, dunque, sul piano soggettivo, la chiara identificazione di tali amministrazioni nei documenti di gara come potenziali beneficiarie dell'accordo, perciò rendendo nota tale possibilità alle amministrazioni stesse, oltre che agli operatori economici nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e certezza del diritto. La sentenza chiarisce le modalità per assicurare che i beneficiari di un accordo quadro siano *"chiaramente identificati"*. V. A. Brown, *May a contracting authority make use of a framework agreement which it has not signed and is it mandatory to state the total quantity of service that may be called off under that agreement? The Court of Justice ruling in Case C216/17*, in P.P.L.R., 3, 2019, 89-94.

⁴⁹ G. M. Racca, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. Amm.*, 2017, 101-145; R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2016, 1457-1493.

del mercato interno⁵⁰, ma che al contempo richiede capacità e professionalità nuove e differenti rispetto a quelle disponibili nei tradizionali uffici appalti delle oltre 37.000 amministrazioni aggiudicatrici italiane. Le scelte di “aggregazione” possono, prefigurare appalti congiunti occasionali, di comune interesse,⁵¹ a favore delle amministrazioni che scelgono di aggregare le proprie necessità e delegare una di esse allo svolgimento della gara a favore di tutte. Più strutturale è la costituzione di centrali di committenza professionali per lo svolgimento di gare a favore di altre amministrazioni aggiudicatrici, a tal fine delegando lo svolgimento di una specifica gara, ovvero di tutte le gare relative a particolari prestazioni, con scelte vincolate dall’ordinamento, ovvero discrezionali.

Modalità generali o specifiche che possono favorire la cooperazione giungendo talora ad imporla o a condizionarla variamente in ragione del valore o della tipologia di prestazione da acquistare.

Di qui i limiti talora imposti, ma evidenti in ogni caso in relazione al principio di adeguatezza, alla capacità giuridica degli enti autonomi (tra cui proprio la previsione dell’aggregazione dei contratti pubblici), con l’attribuzione delle funzioni a soggetti terzi. Limiti che non costituiscono pregiudizio per l’autonomia agli stessi riconosciuta dalla Costituzione, ma, al contrario, come sopra ricordato, permettono di soddisfare al meglio i bisogni degli amministrati⁵², assicurando perciò la qualità di prestazioni e servizi pubblici che l’ente sceglie o è tenuto ad erogare. Si tratta di attività necessarie al funzionamento dell’ente che permettono la realizzazione dell’autonomia proprio perché assicurano l’adeguatezza organizzativa necessaria a ciascun ente, sviluppando le forme di collaborazione amministrativa più opportune, che per ciò stesso andrebbero attuate anche a prescindere da ogni forma di obbligatorietà, per evitare i rischi derivanti dall’esercizio di funzioni per le quali non si disponga di professionalità adeguate⁵³.

L’analisi del sistema organizzativo delle gare pubbliche aggregate differisce significativamente rispetto alla singola gara intesa come singola procedura

⁵⁰ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 3 ottobre 2017, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l’Europa*, COM (2017) 572 final; I. Locatelli, *Process Innovation under the new Public Procurement directives*, cit., 31-63.

⁵¹ Art. 38, *Appalti congiunti occasionali*, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

⁵² Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937, secondo cui il risparmio rispetto agli importi definiti da Consip è condizione sufficiente, nell’attuale ordinamento giuridico, per non acquisire il servizio, la fornitura o il lavoro, tramite la relativa convenzione. Sul tema: B. G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 5, 613. La misura di gestione del rischio connesso alla conclusione di contratti pubblici per talune amministrazioni è di evitare di stipularli ricorrendo alle gare di centrali d’acquisto o delegandole su gare specifiche; mentre, per l’assegnazione di lavori tra 150 mila e 350 mila euro si potrà applicare una procedura negoziata, con obbligo di aver sondato almeno 10 imprese. La deroga è prevista per tutto il 2019, cfr. l. 30 dicembre 2018, n. 145, *Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*.

selettiva e di esecuzione, svolta da una singola amministrazione nel proprio interesse⁵⁴.

L'introduzione, sempre precaria, nel nostro ordinamento di obblighi di adesione alle convenzioni stipulate dalla Centrale di committenza nazionale, Consip S.p.A., tra esigenze di razionalizzazione della spesa e di mantenimento della piena autonomia contrattuale delle amministrazioni pubbliche⁵⁵, ha determinato incertezze che hanno limitato la definizione di efficaci strategie di gara da parte di Consip, non legittimata a compiere scelte dei settori di intervento, con le correlate implicazioni di politica industriale⁵⁶.

Tali strategie potrebbero ora utilmente svilupparsi considerando i nuovi modelli di aggregazione della domanda pubblica in Europa, seppure con significative differenze legate a consolidate esperienze nazionali, nonché l'avvio di recenti esperienze riconosciute non solo legittime, ma necessarie ed efficienti per la gestione della funzione appalti in ambito nazionale e transfrontaliero, come si vede in tempi di emergenza⁵⁷. Sviluppo che nel nostro ordinamento può essere favorito dalla scelta di prevedere una qualificazione delle stazioni appaltanti. Scelta che, come noto, non è imposta dalla disciplina europea⁵⁸, ma consente di sviluppare le capacità professionali necessarie alla qualità ed integrità dei contratti pubblici, come sollecitato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione e in conformità ai richiamati principi costituzionali⁵⁹.

⁵⁴ A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda, Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, cit., 36. V.: Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926. G. M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2015, 345-387; A. Lopez Mino – P. Valcarcel Fernandez, *Contracting authorities' inability to fight bid rigging in public procurement: reasons and remedies*, in G. M. Racca – C. R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns*, cit., 199 e ss.

⁵⁵ Su tali aspetti sia consentito il rinvio a G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33 ss. Per una ricostruzione degli interventi normativi sui soggetti aggregatori si rinvia a M. Immordino, A. Zito, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente, Nuove autonomie*, cit., 371.

⁵⁶ T.a.r. Lazio, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441, confermata da Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038.

⁵⁷ I. Locatelli, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., 31-63. Per un confronto con il modello spagnolo, si vedano le previsioni contenute nella Sección 4ª (Centrales de contratación) della Ley de Contratos del Sector Público ("*Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*").

⁵⁸ Direttiva 2014/24/UE. Si v. anche: Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

⁵⁹ G. M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. Scomparin (a cura di) *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, 2017, XX; G. M. Racca, R. Cavallo Perin, G. L. Albano, *Public Contracts and International Public Policy Against Corruption*, in M. Audit-S. W. Schill (a cura di) *Transnational Law of Public Contracts*, Bruxelles, 2016, 845 ss.; F. Peirone, *Risk-management as*

La centrale di committenza costituisce dunque modello organizzativo fondato su una cooperazione amministrativa tra soggetti pubblici per l'adempimento di funzioni istituzionali⁶⁰, attuandone il trasferimento verso altro soggetto giuridico⁶¹. Tale "cooperazione pubblica" è funzionale all'adeguatezza della funzione appalti⁶² che, opportunamente coordinata, risulta strategica al perseguimento di obiettivi di qualità in una visione sistemica di politica industriale⁶³.

La centrale di committenza è qui intesa dunque come amministrazione aggiudicatrice, organismo di diritto pubblico, i cui caratteri peculiari sono, non solo la personalità giuridica, ma anche la sottoposizione ad influenza pubblica dominante e l'istituzione per soddisfare bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale e commerciale, perciò irrinunciabili per la collettività amministrata. Come di recente confermato dalla Corte di Giustizia⁶⁴, non pare dunque in contrasto con i principi europei la scelta dell'ordinamento nazionale di riferirsi per la definizione di centrale di committenza e di soggetto aggregatore a soli soggetti pubblici, poiché è proprio la qualificazione come soggetto pubblico a fondare la legittimazione allo svolgimento della funzione appalti in favore di altre amministrazioni aggiudicatrici, dando attuazione ai principi costituzionali e agli obblighi derivanti dai Trattati.

a compliance tool for addressing corruption in public contracts, 909 ss., in V. Cantino, P. De Vincentiis, G. M. Racca (a cura di) *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, McGraw-Hill Education, London, 2016, 849-946; G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns*, cit.

⁶⁰ *Contra*: Cons. Stato, sez. V, ord. 20 settembre 2018, che afferma che «una centrale di committenza è, dunque, per il diritto euro-unitario, un'impresa che offre il servizio dell'acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici».

⁶¹ La Corte di giustizia UE (sez. III, 21 dicembre 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord / Region Hannover*, in C-51/15) ha escluso la qualificazione di appalto pubblico con riferimento all'accordo di un consorzio intercomunale, persona giuridica di diritto pubblico, con trasferimento a tale nuovo ente pubblico di talune competenze di cui tali enti erano investiti fino ad allora e che sono ormai proprie di tale consorzio intercomunale.

⁶² Corte di giustizia UE, 11 luglio 2006, *FENIN v. EU Commission* in C-205/03, par. 26. Nella giurisprudenza *Fenin, la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria - 'FENIN'*. Cfr. anche: Corte di giustizia UE, 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission of the European Communities and Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, in C-113/07. Cfr. P. D. K. Balshøj, *Can intermediary central purchasing bodies be subject to competition law?*, in *Public Procurement Law Review*, 2019, 2, pp. 59-69 A. S. Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, 2015, 2017 ss.

⁶³ Cfr. il modello di aggregazione della Provincia di Brescia che, tra il 2013 e il 2016 ha raccolto come SUA 111 Comuni, svolgendo circa 600 gare per un importo complessivo di circa 223 milioni di euro, tra cui, nel 2017 una gara aggregata di energia elettrica e servizi di *energy management* con previsione di due lotti e vincolo di aggiudicazione cui hanno partecipato 19 amministrazioni locali e un gruppo di lavoro multidisciplinare con competenze tecnico giuridiche incentrate su tutte le fasi del ciclo dell'appalto. Si rinvia al Report di Accademia per l'autonomia, *La riorganizzazione degli acquisti pubblici a livello locale per il contenimento della spesa pubblica e l'efficienza degli appalti: quale modello organizzativo?*, cit.

⁶⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 4 giugno 2020, causa C- 3/19, cit.; Cons. Stato, Sez. V., 3 novembre 2020, n. 6787.

La Corte di giustizia⁶⁵ ha respinto le prospettazioni volte a qualificare la centrale di committenza come impresa che “offre il servizio dell’acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici” che consentirebbero ai privati di assumere tale qualificazione, con una conseguente ridefinizione della funzione appalti, non come attività rivolta all’ente e funzione istituzionale pubblica, ma come “servizio da aprire al mercato” per assicurare una pretesa parità di trattamento tra i prestatori di servizi⁶⁶. La scelta nazionale, ammessa dalla Corte di giustizia, di mantenimento della funzione appalti nel settore pubblico risulta strategica, come ricordato, proprio per il perseguimento degli obiettivi di politica industriale.

Inoltre, la partecipazione privata alle attività di committenza pubblica potrebbe determinare conflitti di interessi e criticità in relazione al finanziamento ed alla copertura dei costi con percentuali sul transato dalle amministrazioni aderenti o *fees* da parte degli aggiudicatari⁶⁷. Esclusa la partecipazione dei privati, si può rilevare l’ulteriore criticità connessa alla previsione anche della sola forma giuridica privata, poiché se la legge può certamente prevedere *fees*, si può trattare unicamente di contributi che coprono costi pubblici e che restano a soggetti pubblici, come di recente ribadito dall’Anac⁶⁸. La previsione di *fees* o percentuali, pur se a favore di soggetti integralmente pubblici, ma in forma giuridica privata, può talora determinare il rischio di effetti distorsivi rispetto agli obiettivi definiti nella convenzione che attribuisce i finanziamenti, quali la riduzione dei costi, l’aumento del valore delle transazioni intermedie e la cooperazione amministrativa con gli altri soggetti aggregatori, per la creazione di una più vasta rete che promuova qualità ed efficienza del sistema complessivo. Si aggiunga che la forma giuridica privata influisce sulla selezione e retribuzione del personale che non acquisisce lo *status* di funzionario pubblico⁶⁹, con i relativi vincoli costituzionali

⁶⁵ Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza del 4 giugno 2020, causa C- 3/19, cit. Come già sostenuto in G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33 ss.

⁶⁶ Sulla questione rimessa alla Corte di Giustizia da Cons. Stato, sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, concernente l’impugnazione del provvedimento con il quale ANAC ha escluso che una società costituita a sua volta da altre associazioni (Asmel s.c.ar.l) potesse essere inclusa tra i soggetti aggregatori, e respinta poi dalla Corte di giustizia, v. *infra*.

⁶⁷ Il D.M. del MEF del 23 novembre 2012 rende operativi i meccanismi di remunerazione sugli acquisti in forma aggregata realizzati dalla centrale Consip S.p.A. ponendo a carico dei soggetti aggiudicatari di accordi quadro, convenzioni e gare bandite da Consip S.p.A. nell’ambito del programma di razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi, una “commissione” non superiore all’1,5%, il cui importo è parametrato al valore dei contratti stipulati.

⁶⁸ A.N.A.C., Delibera n. 247 del 8 marzo 2017; cfr. ANAC, Atto di segnalazione n. 3, del 25 febbraio 2015.

⁶⁹ Su tali aspetti: G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, cit. 33 ss.; R. Cavallo Perin, *L’etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari Pubblici*, Milano, 2009, 147-161; Id., *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in A. Corpaci, R. Del Punta, M. P. Monaco (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Milano, 2018, 143-153.

di “disciplina e onore”, ex art. 54 Cost., determinando inoltre rigidità nelle possibili forme di collaborazione e coordinamento con il personale pubblico delle singole amministrazioni (es. aziende sanitarie), che utilmente potrebbero essere impiegate per sviluppare la contrattazione aggregata.

Il Codice dei Contratti Pubblici aveva attribuito al Tavolo dei soggetti aggregatori il compito di costituire una rete di collegamento e monitoraggio fra le centrali di committenza regionali qualificate e con la centrale di committenza nazionale, Consip s.p.a.⁷⁰. Tuttavia, come noto, il coordinamento non ha finora sviluppato tutte le potenzialità. La digitalizzazione delle procedure potrebbe determinare la distribuzione di competenze e la possibilità che ogni soggetto aggregatore regionale possa operare anche in ambito nazionale, in coordinamento con Consip⁷¹. Una specializzazione piuttosto che una competizione tra organizzazioni professionali pubbliche di acquisto con l’aggregazione della “funzione appalti”, contribuirebbe al miglioramento delle competenze, riducendo i rischi di contenzioso o di bassa qualità dei prodotti, di inadempimenti dei fornitori e di inadeguatezza dei termini e delle condizioni contrattuali, anche mediante l’uso coordinato e interoperabile di piattaforme elettroniche per la condivisione di dati. Simili modelli possono svilupparsi fra soggetti aggregatori in cooperazione con la centrale nazionale, ma ben potrebbero articolarsi maggiormente, superando il vincolo territoriale all’adesione per aprirsi all’adesione di altre amministrazioni,

⁷⁰ Art. 9, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*, convertito, con modificazioni dalla l. L. 23 giugno 2014, n. 89: «Nell’ambito dell’Anagrafe unica delle stazioni appaltanti di cui all’articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, operante presso l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, è istituito, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica, l’elenco dei soggetti aggregatori di cui fanno parte Consip S.p.A. e una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora costituita ai sensi dell’articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296»; Con la “Spending Review” del 2014, la composizione dell’albo nazionale dei “soggetti aggregatori” - tra cui il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, Consip S.p.A., Invitalia (Agenzia Nazionale per l’Attrattività degli Investimenti-Agenzia per lo Sviluppo degli Investimenti e dell’Imprenditoria) - è stata affidata all’A.N.A.C., con la possibilità di includere anche altre centrali di committenza che soddisfino i principi di qualità, efficienza e professionalità, e di stabilità territoriale. Attualmente l’A.N.A.C. fornisce un elenco di 32 centrali di committenza. Esso comprende 25 enti pubblici e 7 enti privati qualificati come enti di diritto pubblico: InnovaPuglia S.p.a. per la Regione Puglia; So.Re.Sa. S.p.a. per la Regione Campania; CRAS per la Regione Umbria; IN.VA. S.p.a. per la Regione Valle d’Aosta; ARIA S.p.a. per la Regione Lombardia; SCR per la Regione Piemonte e, a livello nazionale, Consip S.p.A. Come noto con Decreto del Ministero dell’Economia è stato approvato l’elenco delle categorie merceologiche e delle relative soglie oltre le quali le Amministrazioni dello Stato, gli Enti Amministrativi e le Aziende Sanitarie Locali sono tenuti a ricorrere a Consip S.p.A. o ad un altro soggetto aggregatore. La spesa pubblica corrente per questi acquisti, di circa 18,054 milioni di euro all’anno, e le attività di acquisto delle centrali di committenza vengono monitorate e coordinate dal Tavolo Tecnico dei soggetti aggregatori, articolato in tre gruppi di lavoro, relativi al settore della sanità, dell’interoperabilità e della spesa pubblica comune (quest’ultimo di prossima attuazione).

⁷¹ Art. 1, c. 457, l. 27 dicembre 2006 n. 296 – legge per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007). La digitalizzazione consentirebbe una immediata condivisione dei dati ed una più efficace programmazione.

seguendo le più evolute esperienze europee⁷². La specializzazione delle centrali di committenza su forniture sanitarie, servizi di pulizia, ristorazione, vigilanza, sulle differenti tipologie di opere pubbliche genererebbe efficienza e qualità ed ovviamente possibilità di confronto con le migliori pratiche europee, accompagnando lo sviluppo degli operatori economici e dei mercati europei verso l'innovazione⁷³.

Si darebbe così concretezza ai piani strategici di sviluppo della digitalizzazione, dell'*e-procurement*, per la sostenibilità e l'innovazione evitando le nocive forme di concorrenza rovesciata fra acquirenti pubblici cui si è assistito in fase di emergenza (fra Regioni, fra Regioni e Stato e fra Stati Europei per la mancanza di coordinamento).

4. Contratti digitali: sistemi dinamici di acquisizione, accordi quadro, aste e cataloghi elettronici.

Il servizio gare digitalizzato, come funzione pubblica, può dunque essere affidato a Centrali d'acquisto pubbliche qualificate e specializzate che operino con Sistemi dinamici di acquisizione della Pubblica Amministrazione – SdaPA⁷⁴ per fornire i beni servizi già in tutto o in parte sottoposti a procedura competitiva (“già garati”), tra i quali sia possibile scegliere, anche superando gli obblighi di adesione alle gare di una sola centrale d'acquisto, riaffermando l'esercizio dell'autonomia delle singole amministrazioni nel potere di scelta tra più aggiudicazioni già avvenute⁷⁵.

I sistemi dinamici di acquisizione, interamente elettronici, consentono agli acquirenti pubblici di consultare un gran numero di potenziali fornitori di lavori, beni o servizi standardizzati (“*off-the-shelf*”), le cui capacità sono già state verificate in sede di ammissione al sistema. Il sistema dinamico di acquisizione risulta particolarmente adatto per acquisti di uso corrente e ripetitivi, permettendo al tempo stesso adattamenti alle specifiche esigenze delle amministrazioni utilizzatrici. Un sistema dinamico può essere predisposto per categorie definite di

⁷² Sul punto: G. M. Racca e S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33 ss.

⁷³ G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit.

⁷⁴ D.lgs. n. 50 del 2016, n. 50, art. 55. Si veda anche la L. 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge di Bilancio 2019), art. 1, commi 581-587, che ha introdotto disposizioni che mirano ad estendere l'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni di strumenti elettronici e centralizzati di acquisto e negoziazione.

⁷⁵ G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, cit., 321-341. Cfr. R. Cavallo Perin, Relazione conclusiva al Convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, cit.; G. M. Racca, Introduzione al Convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, cit.13. Id., *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide*, Rapporto 2015, *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, 489 ss. Tali aspetti sono ripresi nel § 4. V. R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, cit., 1457-1493.

prodotti, lavori o servizi sulla base delle caratteristiche del contratto da eseguire, che possono comprendere un riferimento al quantitativo massimo ammissibile degli appalti specifici successivi o a un'area geografica specifica in cui gli appalti saranno eseguiti⁷⁶. Tali sistemi possono essere istituiti anche al fine di promuovere l'acquisto di prodotti innovativi a favore delle amministrazioni italiane ed europee, in attuazione degli strumenti giuridici di cooperazione negli appalti tra amministrazioni di Stati Membri differenti⁷⁷.

Il sistema dinamico è articolato in due fasi, di cui la prima comprende la pubblicazione di un bando sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, che apre alla partecipazione di qualsiasi operatore economico che ne richieda l'ammissione e che soddisfi i criteri di selezione stabiliti, senza limiti al numero dei candidati ammessi, assicurando trasparenza, partecipazione e concorrenzialità. La seconda fase si caratterizza per l'indizione e aggiudicazione di appalti specifici a seguito di un confronto concorrenziale tra gli operatori economici ammessi al sistema applicando la disciplina prevista per la procedura ristretta⁷⁸. Questa seconda fase potrebbe essere utilmente coordinata e gestita anche dai soggetti aggregatori regionali, conciliando efficienza, autonomia e collaborazione amministrativa.

Attualmente, esempi di SdaPA attivi della centrale di committenza nazionale Consip includono ventuno principali categorie di prodotti⁷⁹, di cui sei dedicati al settore sanitario e farmaceutico. In particolare, negli ultimi anni, gli acquisti di farmaci sulla piattaforma elettronica hanno consentito alle pubbliche amministrazioni sanitarie di concludere 173 gare d'appalto per l'acquisto di 6.360 prodotti farmaceutici, per un valore di acquisto complessivo di 10,3 miliardi di euro e le potenzialità di sviluppo sarebbero notevoli con un migliore coordinamento nel Tavolo dei soggetti aggregatori.

La recente legge di Bilancio ha ampliato il numero dei soggetti invitati a fare ricorso agli strumenti elettronici e centralizzati di acquisto e negoziazione. In particolare, le amministrazioni statali centrali e periferiche – comprese le

⁷⁶ In Italia lo SdaPA (“Sistema Dinamico di Acquisizione per le Pubbliche Amministrazioni”) è parte, assieme agli altri strumenti di negoziazione elettronici quali Convenzioni, Mercato Elettronico e Accordi Quadro elaborati da Consip S.p.A., del “Programma per la razionalizzazione della spesa pubblica per gli acquisti di beni e servizi” avviato a partire dal 2000 dal Ministero dell'Economia come nuovo modello per l'ottimizzazione della funzione appalti.

⁷⁷ Ex art 39, dir. 14/24 UE. Cfr. G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit.; Commissione europea, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, BBG and SKI, Brussels, Marzo 2017. V. I. Locatelli, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., 31 – 63; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, in F. Merloni, A. Pioggia (a cura di), *European Democratic Institutions and Administrations*, Torino, 2018, 266; S. Ponzio, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2014.

⁷⁸ D.lgs. n. 50 del 2016, n. 50, art. 61.

⁷⁹ Tra cui: arredamento, buoni pasto, beni e servizi ICT, prodotti alimentari, manutenzione di impianti, pulizia.

Università e le scuole di ogni ordine e grado – ove disponibili potrebbero approvvigionarsi attraverso gli accordi quadro stipulati da Consip oppure mediante lo SdaPa, anche in coordinamento con le Regioni⁸⁰. Si ammette così anche l'aggiudicazione di accordi quadro tramite sistema dinamico di acquisizione⁸¹. In precedenza, l'utilizzo di tale strumento era limitato all'aggiudicazione di appalti specifici ad un unico concorrente, vale a dire il primo in graduatoria. Di conseguenza, le stazioni appaltanti non potevano acquistare sullo SdaPa ad esempio i farmaci biologici, per i quali – in base alla Legge di Stabilità 2017⁸²– era previsto l'obbligo di ricorso allo strumento dell'accordo quadro, con l'esclusione del sistema dinamico. Si aprono nuovi e interessanti scenari per le centrali d'acquisto regionali, anche a favore delle aziende sanitarie nella scelta dei modelli di approvvigionamento più adatti a rispondere alle proprie esigenze.

In particolare, per acquisire tutte le tipologie di farmaci (inclusi i farmaci biologici), le amministrazioni possono scegliere autonomamente la struttura di gara, differenziandola, se opportuno, per singoli lotti merceologici o funzionali e secondo le tecniche di aggiudicazioni più adatte allo strumento dell'accordo quadro. Tali possibilità, oltre ad aumentare la flessibilità dell'accordo quadro, si aggiungono ai già numerosi vantaggi offerti dallo SdaPa in termini di velocizzazione, razionalizzazione e coordinamento del processo di acquisto nonché di promozione dell'accessibilità e trasparenza delle informazioni contrattuali⁸³.

Come detto, i vantaggi della digitalizzazione e automatizzazione dei procedimenti si rivelano utili anche nella fase di valutazione delle offerte con

⁸⁰ L. 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge di Bilancio 2019), art. 1, comma 583. Gli operatori economici possono accedere in qualsiasi momento durante il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione. Per partecipare ad un appalto specifico indetto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione, gli operatori economici devono preliminarmente conseguire l'ammissione, entro la data di invio della lettera d'invito, alle categorie merceologiche del bando istitutivo oggetto dell'appalto specifico, ricevere la lettera di invito alla gara da parte della stazione appaltante e presentare un'offerta attraverso le funzionalità della piattaforma entro i termini definiti per la presentazione delle offerte. Le Stazioni Appaltanti ammetteranno gli operatori economici che, all'invio della lettera d'invito, avranno conseguito l'ammissione alle categorie merceologiche oggetto dell'appalto. Il termine minimo per la ricezione delle offerte negli appalti specifici è pari a 10 giorni dalla trasmissione dell'invito. All'esito di ogni appalto specifico aggiudicato si rende necessaria la pubblicazione dell'esito di gara da parte della stazione appaltante.

⁸¹ L. 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge di Bilancio 2019), art. 1, comma 586, ove si prevede che le convenzioni Consip di cui all'art. 26 della L. 488/1999 (Legge finanziaria 2000), nonché gli accordi quadro di cui all'art. 54 del d.lgs. 50/2016 possono essere stipulati in sede di aggiudicazione di appalti specifici basati sul sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55 del d.lgs. 50/2016. In tale caso, si applica il termine dilatorio (c.d. "*stand still*") di 35 giorni previsto dal comma 9 dell'art. 32 del d.lgs. 50/2016 che prescrive che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

⁸² Legge 11 dicembre 2016, n. 232, art. 1, comma 407.

⁸³ Tra questi, ad esempio, la disponibilità di modelli di negoziazione già predisposti; la gestione più efficiente delle fasi di valutazione e aggiudicazione; la formulazione automatica della graduatoria di merito e la generazione di un report a consultazione libera, contenente i prezzi di aggiudicazione di tutte le negoziazioni effettuate sullo SdaPa stesso.

riferimento agli elementi di qualità misurabile e quindi valutabili oggettivamente in automatico, mentre l'intermediazione umana delle commissioni giudicatrici potrebbe restare a presidio e correzione degli esiti anomali e per le verifiche dei campioni necessari in settori come la sanità. Nello specifico, il ricorso agli algoritmi, già in uso da parte delle centrali d'acquisto pubbliche, consentirebbe di conoscere e standardizzare le migliori scelte, valide per amministrazioni omologhe, per i comuni più piccoli come per le aziende sanitarie o per i ministeri, distinguendo gli acquisti nei vari settori pubblici. Tramite i meccanismi di *machine learning*, errori o prassi inefficienti potrebbero essere individuati e corretti rapidamente dando consistenza ai principi di efficienza e correttezza, fondamentali per rendere il fenomeno corruttivo in senso ampio (*maladministration*, come incapacità e non solo corruzione in senso proprio) un momento patologico e non quasi fisiologico della funzione appalti⁸⁴.

Consip S.p.A. gestisce anche l'*e-marketplace* "Mercato Elettronico della pubblica amministrazione - MePa" normalmente impiegato dalle amministrazioni aggiudicatrici per gli acquisti di valore molto basso e che perciò si presta a soddisfare esigenze percepite come urgenti. L'introduzione del MePa è stata certamente utile in quanto ha determinato risparmi sui processi e sulle risorse rispetto ai metodi di negoziazione tradizionali e la possibilità di un monitoraggio dettagliato della spesa pubblica tramite una costante acquisizione di dati. Tuttavia, le caratteristiche del portale si prestano ad un utilizzo improprio, generando possibilità di frammentazione abusiva degli acquisti, per rimanere sottosoglia. Per evitare le distorsioni del MePa, si potrebbe introdurre come alternativa uno strumento elettronico di negoziazione, basato sul modello già testato dello SdPa, per qualificare le imprese e per poter disporre di uno scaffale virtuale di beni (sul modello "Amazon", ma pubblico e trasparente) anche al fine di evitare che fornitori improvvisati possano acquistare sui portali di *e-commerce* privati per poi rivendere tali prodotti sul MePa. Tale sistema, unendo i benefici della semplificazione e dell'immediatezza caratteristici del MePa e della verifica dei requisiti già elaborata con gli SdPa, consentirebbe di ottenere sistemi di gara digitalizzati con la verifica della qualificazione delle imprese istantanea e aggiornata, in tempo reale, e le prestazioni già pronte per l'acquisto, escludendo la necessità di procedere con richieste di offerta. La definizione di strategie di acquisto pubblico fondate sulle

⁸⁴ V. *Open Data Consip: dati.consip.it/*. L'analisi territoriale dei contratti aggiudicati nel biennio 2018 – 2020 tramite SdPa, effettuata da Consip S.p.A. ha evidenziato come la realtà degli acquisti elettronici tramite sistema dinamico di acquisizione mostri un significativo consolidamento negli ultimi anni. Nel 2018 e nel 2019 il numero degli appalti aggiudicati tramite lo SdPa è stato rispettivamente pari a 8.406 ed a 4.700 per un valore medio d'asta di 3.652.034,04 euro e 2,943,505.99 euro. Nell'ultimo trimestre (gennaio – marzo 2020) il numero degli appalti aggiudicati è stato di 2.989 contratti per un valore medio di base d'asta pari a 1.611.418,93 euro. La distribuzione territoriale degli acquisti tramite il sistema dinamico appare tendenzialmente omogeneo, con una leggera flessione nella parte insulare. Nello specifico, nell'ultimo trimestre le stazioni appaltanti che hanno acquistato tramite lo SdPa si dividono per il 20,26% per l'Italia Nord Occidentale, per il 17,93% per l'Italia Nord Orientale, per il 25,52% per l'Italia Centrale e per l'11,95% per l'Italia Insulare. I primi tre settori merceologici per valore d'acquisto sono: Sanità e Welfare, ITC, Prodotti e materiali consumabili.

specifiche caratteristiche dei mercati di riferimento può favorire l'attivazione di sistemi dinamici di acquisizione, anche con lotti molto piccoli, da mettere a disposizione su piattaforme elettroniche, in relazione alle esigenze dei piccoli comuni e sotto il coordinamento dei soggetti aggregatori, per favorire la qualità della contrattazione nell'interesse dei cittadini e delle imprese. Evoluzione che potrebbe perciò accompagnare il nuovo MePa, trasformato in SdaPA, proprio a favore di piccole e microimprese e delle relative innovazioni sostenibili. L'adeguata pianificazione e verifica dei requisiti oggettivi e soggettivi consentirebbe anche una più attenta analisi della domanda pubblica, evitando rischi di apertura a imprese private che si qualificano come centrali di committenza. La funzione appalti risulta infatti strategica al perseguimento di obiettivi di qualità in una visione sistemica di politica industriale che non pare opportuno cedere alle piattaforme private, sul modello Amazon⁸⁵.

Il principio di fondo è sviluppare e coordinare le attività, in parte già intraprese dalla centrale di committenza nazionale, con i soggetti aggregatori regionali specializzati e per taluni settori chiamati ad operare per l'intero territorio nazionale e per l'Europa, a favore delle imprese più innovative. La contrattazione e l'acquisto avverrebbero direttamente su piattaforme elettroniche, consentendo agli amministratori pubblici di scegliere dal portale *online* i beni e servizi per i quali la gara è già stata svolta, a monte, e secondo le loro esigenze di quantità e qualità. Una "funzione appalti" efficiente, aggregata e qualificata che assicuri una effettiva autonomia nella scelta fra più "negozi elettronici" ove, con l'aggiudicazione di gare aggregate, vengano selezionate (mediante accordi quadro o sistemi dinamici di acquisizione) le prestazioni di interesse e l'adesione sia semplificata, assicurando l'effettività dei principi della contrattazione pubblica, anche elettronica, ma basata su gare e algoritmi pubblici (a differenza dei portali privati). Tali piattaforme potrebbero favorire la cooperazione europea e consentire l'accesso per valori e prodotti definiti anche ad amministrazioni di Stati Membri differenti offrendo

⁸⁵ Come ricordato, la questione è stata rimessa alla Corte di Giustizia da Cons. Stato, sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, con riguardo all'impugnazione del provvedimento con il quale A.N.AC. escludeva che una società di diritto privato costituita a sua volta da altre associazioni (Asmel s.c.a.r.l.) potesse essere inclusa tra i soggetti aggregatori e perciò qualificata come centrale di committenza legittimata a svolgere attività di intermediazione degli acquisti pubblici — nella specie aggregazione degli appalti di enti locali — in ragione di una partecipazione solo "indiretta" degli enti locali al soggetto giuridico cui veniva delegata tale attività, della mancanza di forme di "controllo analogo" nonché di un ambito territoriale definito e limitato (A.N.AC., comunicazione del 9 novembre 2015 e A.N.AC., Comunicato del Presidente del 23 marzo 2016). La Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 4 giugno 2020, causa C- 3/19, cit., ha chiarito che non contrasta con il diritto europeo e con i principi di libera prestazione dei servizi e di massima apertura alla concorrenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, la normativa italiana sugli affidamenti contrattuali da parte dei piccoli comuni a mezzo delle "centrali di committenza", precisamente laddove limita i modelli organizzativi a sole due tipologie, escludendo la partecipazione anche di soggetti privati, e laddove limita l'ambito territoriale di operatività delle suddette centrali di committenza. A seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, il Consiglio di Stato (Sez. V, sent. 3 novembre 2020, n. 6787) ha affermato l'assenza della qualifica di centrale di committenza in capo ad Asmel nonché l'illegittimità degli "oneri di committenza" consistenti nella previsione a carico dell'aggiudicatario di *fees* sul transato.

significative occasioni di sviluppo alle imprese inserite negli SdaPA. Un mercato europeo di adesione a gare svolte in Italia e messe a disposizione di altri Stati membri che può essere molto interessante per lo sviluppo economico⁸⁶.

5. La modellazione digitale per la qualificazione della domanda pubblica e gli *smart contracts* e la *blockchain* per la definizione di relazioni contrattuali trasparenti e collaborative con gli operatori privati.

Le tecnologie e metodologie digitali stanno cambiando il modo in cui può essere definita la domanda pubblica e le conseguenti fasi della progettazione, esecuzione e gestione delle opere pubbliche in *team* sempre più integrati e collaborativi. Proprio le direttive europee e, a seguito del recepimento, il codice dei contratti pubblici, hanno introdotto il concetto di transizione digitale con l'introduzione della modellazione informativa, ponendo le basi per richiedere metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (*Building Information Modeling* o BIM)⁸⁷. Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, per non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra gli operatori. L'uso dei metodi e degli strumenti digitali può tuttavia essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato⁸⁸, superando la situazione attuale in cui lo scambio di informazioni, specialmente nelle fasi preliminari del procedimento, è ancora

⁸⁶ Tra le iniziative di *soft law* europee ed internazionali, il modello "*Business Process Modeling Notation*" (BPMN), elaborato congiuntamente dall'EBRD (*European Bank for Reconstruction and Development*) e dall'UNCITRAL (*The United Nations Commission on International Trade Law*) intende stimolare l'utilizzo delle tecnologie digitali nei processi di appalto pubblico, non solo tramite la digitalizzazione del procedimento di scelta del contraente (eProcurement), ma attraverso uno scambio di dati, sempre più accurati ed interoperabili, per rendere più semplice la partecipazione delle imprese e la gestione della spesa pubblica, specialmente nelle economie emergenti. In particolare, tale iniziativa, basandosi sul modello standardizzato di open data per gli appalti pubblici elaborato dall'EBRD (OCDS, Open Contracting Data Standard), traduce gli standard normativi elaborati dall'UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on Public Procurement, 2011) in un linguaggio di modellatori di processi aziendali formulati nel dettaglio per ciascun singolo processo del ciclo dell'appalto, per accelerare la digitalizzazione e consentire un'uniforme svolgimento dei processi di approvvigionamento nei sistemi digitali. V., Sul tema si rinvia al recente report dell'Open Contracting Partnership e dall'EBRD, *How governments spend: Opening up the value of global public procurement*, 2020, disponibile a: www.open-contracting.org/wp-content/uploads/2020/08/OCP2020-Global-Public-Procurement-Spend.pdf.

⁸⁷ G.M. Di Giuda (a cura di), *Introduzione al BIM. Protocolli di modellazione e gestione informativa*, Bologna, 2019; G.M. Di Giuda, G.M. Racca, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (Bim) in public procurement*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 2019, 223 – 271; G.M. Di Giuda, S. Valaguzza, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Napoli, 2019; G.M. Racca, *I contratti pubblici collaborativi e le prospettive innovative della modellazione digitale (Building Information Modeling, BIM)*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, Milano-Udine, 2020, 581 – 600.

⁸⁸ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 23, comma 13.

prevalentemente cartaceo⁸⁹. Si è previsto di assicurare formazione idonea al conferimento dell'incarico di responsabile unico del procedimento con specifici incentivi⁹⁰ in vista della graduale introduzione della modellazione digitale nella progettazione di opere pubbliche, rendendola obbligatoria dal 2019 per progetti complessi con un valore di gara pari o superiore a 100 milioni di euro⁹¹. Tuttavia, la disciplina non pare chiarire sufficientemente le conseguenze applicative del BIM negli appalti pubblici e richiede lo sviluppo di modelli contrattuali e bandi tipo che coinvolgano gli operatori economici nella trasformazione strutturale delle relazioni con la committenza pubblica. I nuovi modelli contrattuali sono essenziali per definire il comune interesse alla tempestività dell'esecuzione, assicurando una nuova sinergia basata sulla trasparenza e conoscibilità dei dati strutturati in *smart contracts* che, ove correttamente impostati nelle fasi preliminari, permettono di non avere incertezze e dubbi in sede di esecuzione⁹².

Il successo nell'uso di queste nuove metodologie può essere assicurato solamente da una effettiva adeguatezza dell'ente aggiudicatore – che può non coincidere con il destinatario dell'opera, nel caso dei piccoli comuni – e del gruppo di operatori economici – che può raccogliere anche PMI secondo innovativi modelli collaborativi. La modellazione delle informazioni costituisce infatti uno strumento strategico per sviluppare collaborazioni tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati nel perseguimento del comune obiettivo della realizzazione tempestiva e dell'efficiente gestione delle opere pubbliche.

Gli strumenti digitali consentono di raccogliere informazioni più precise e di processarle meglio, permettendo così di innalzare il livello di efficacia e razionalità della risposta delle pubbliche amministrazioni ai bisogni collettivi delle loro comunità. Essi consentono anche di ridurre la quantità di informazioni che generano incertezze e problemi interpretativi, che spesso riguardano il completamento di edifici progettati con tecniche tradizionali, nonché di ridurre la quantità di errori o vuoti normativi che potrebbero emergere nella fase esecutiva, con varianti *extra* costi, ritardi e contenzioso⁹³.

Dal punto di vista giuridico la possibilità di scambiare informazioni è la chiave per garantire trasparenza, efficienza e integrità nella procedura d'appalto, dalla definizione della domanda pubblica alle fasi di aggiudicazione e gestione dell'appalto⁹⁴. In questa prospettiva, la modellazione informativa può favorire l'osservanza dei principi fondamentali che le pubbliche amministrazioni sono tenute a rispettare nel mercato degli appalti pubblici, quali il principio di

⁸⁹ R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti nativi digitali*, cit., 119 - 158.

⁹⁰ Così il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 31, comma 9 e art. 113, comma 4.

⁹¹ Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 560/2017 (relativo all'attuazione dell'articolo 23, comma 13, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

⁹² T.A.R. Lombardia, sez. I, 29 maggio 2017, n. 1210.

⁹³ G.M. Racca, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. del Federalismo*, 3, 2019, 739. S. Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 160 ss.

⁹⁴ M. Corradino, considerazioni conclusive al convegno *Il futuro dei contratti pubblici: aggregazione, analisi dati e innovazione*, Università degli Studi di Torino, 28 marzo 2019.

trasparenza delle attività svolte e il principio di controllo e razionalizzazione della spesa pubblica.

La legge di bilancio 2019 ha previsto l'ampliamento dell'ambito operativo di Consip estendendo anche al settore dei lavori pubblici l'utilizzo degli strumenti di acquisto e negoziazione, quindi con possibile aggregazione anche per i lavori⁹⁵, ovviamente digitalizzata.

La transizione digitale per il settore delle costruzioni rappresenta un'opportunità di efficienza e sviluppo del settore con significativi risparmi di tempi e di costi e con positivi effetti sull'ambiente⁹⁶.

La digitalizzazione dei requisiti è un aspetto fondamentale per garantire la tracciabilità delle informazioni lungo tutto il processo e per passare dall'approccio *document-based* a quello *model-based*. La modellazione informativa del procedimento di scelta del contraente garantisce trasparenza, tracciabilità e oggettività nella valutazione delle offerte poiché consente di definire le scelte discrezionali nella fase di preparazione del bando. Si precisano in quella sede i criteri, i sub-criteri, le modalità di valutazione, i metodi e le formule per l'attribuzione e la sommatoria dei punteggi.

L'integrazione della metodologia BIM con forme contrattuali collaborative, che andranno sviluppate e predisposte in documenti tipo, garantisce una maggiore efficienza dell'impiego dello strumento, aumentando le sinergie tra committenti pubblici, imprese e filiera dei sub-contraenti. Impostata in questo modo la selezione delle offerte risulta oggettiva e supera il rischio dei ribassi eccessivi che spesso trovano spazio proprio nelle imprecisioni del bando di gara. Una volta selezionato, l'operatore economico, o normalmente, un gruppo di operatori economici saprà esattamente come procedere in ragione della digitalizzazione e condivisione di tutte le scelte, connesse all'offerta accettata in quanto aggiudicataria, con tutti gli operatori coinvolti e con la committenza pubblica. Nella fase di esecuzione della prestazione l'integrazione della modellazione informativa con un *Document Management System* (DMS) assicura infatti la tracciabilità delle informazioni e dei documenti tra le parti, facilitandone l'acquisizione, la condivisione e la consultazione. La digitalizzazione di processi può integrare l'approccio BIM con la tecnologia *Blockchain*, che tramite l'applicazione degli *Smart Contracts* potrebbe ulteriormente sviluppare una automazione certificata del procedimento e del ciclo del contratto assicurando il coordinamento tra le parti e l'efficienza nell'esecuzione, evitando comportamenti opportunistici connessi alla scarsa qualità e alle lacune del

⁹⁵ L. 27 dicembre 2019, n. 160, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022* (Legge di Bilancio 2019), art. 1, comma 582, che integra l'articolo 4, comma 3-ter, del d.l. n. 95 del 2012, il quale pone in capo alla Consip S.p.A. le attività di realizzazione del Programma di razionalizzazione degli acquisti, di centrale di committenza e di *e-procurement*.

⁹⁶ Si tratta di 45% dei rifiuti solidi urbani e 50% del consumo energetico. Si noti che l'art. 1, comma 582, l. 27 dicembre 2019, n. 160, Legge di Bilancio 2019, introduce la possibilità di usare gli strumenti Consip anche ai lavori pubblici modificando l'art. 4, comma 3-ter, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

progetto, riducendo i tempi di esecuzione e le occasioni di contenzioso. La modellazione permette di integrare l'attività contestuale di più operatori economici e di ricevere in cantiere parti già formate su misura da assemblare più rapidamente e con minori scarti e residui secondo i principi dell'economia circolare.

L'introduzione della modellazione informativa deve fondarsi sulla definizione degli obiettivi specifici della committenza pubblica e quindi sulla indicazione dei risultati attesi. In una prima fase la modellazione dovrà partire dalla committenza pubblica. Una committenza capace di individuare i fabbisogni e richiedere ai privati la progettazione digitale. Per garantire la corretta strutturazione dell'approccio BIM, è opportuno predisporre linee guida specifiche basate sull'analisi dei processi e delle procedure, per la modellazione di edifici nuovi o esistenti. Linee guida che consentano di verificare i criteri di modellazione e quindi la validazione dei modelli e che possano essere definite per la gestione di patrimoni esistenti e di beni e per la relativa manutenzione, oppure per la modellazione di nuove opere pubbliche, con l'obiettivo di creare uno standard specifico.

La modellazione digitale permette di strutturare procedure per la verifica semi-automatica delle normative vigenti (ad esempio con riferimento alle previsioni antincendio). Dai dati del modello si potrà rilevare l'osservanza delle prescrizioni tecniche e normative che risulteranno integrate e verificabili. La definizione di un modello informativo consente di combinare dati geometrici e informazioni, facilitando simulazioni strutturate, combinando l'approccio BIM con i dati raccolti da sensori di vario tipo. In tal modo il modello diventa *repository* e agevola il tracciamento e l'aggiornamento costante dei dati, fornendo altresì una modalità di rappresentazione facilitata, consentendo di visualizzare i dati in uno spazio effettivo. Il modello informativo fornisce una base costantemente aggiornata per la gestione degli edifici tenendo in considerazione in un approccio dinamico e *data-based* tutti gli aspetti caratterizzanti, quali geometria, condizioni interne, presenza e spostamento degli utenti⁹⁷. Il modello si configura quindi come un gemello digitale (*digitaltwin*) dell'edificio reale, in grado di simularne qualsiasi fase del ciclo di vita (costruzione, logistica, ottimizzazione dei flussi, operatività, gestione delle emergenze), includendo dati in tempo reale provenienti dai sensori e tracciando la vita dell'edificio. Questi strumenti di rappresentazione degli spazi potranno integrarsi con i sistemi di *smart planning* in via di sviluppo per integrare aree sempre più vaste di territorio con una visione integrata e finalmente efficiente delle differenti pianificazioni entro le quali si collocano le opere pubbliche e private.

È evidente che solo stazioni appaltanti qualificate possono gestire queste innovazioni ed in tale prospettiva solo centrali di committenza dedicate, o reti fra amministrazioni aggiudicatrici particolarmente qualificate, riusciranno a sviluppare tutta l'efficienza di questi strumenti da mettere al servizio delle scelte

⁹⁷ Simulazioni di *Post-Occupancy* consentono di migliorare l'uso e la gestione degli spazi, sulla base dell'effettiva occupazione e della qualità ambientale interna (*Indoor Environmental Quality* - IEQ) rilevata dai sensori. Le simulazioni tengono inoltre in considerazione anche gli spostamenti degli utenti all'interno degli edifici, simulando i flussi di ingresso, di uscita, e di spostamento.

delle amministrazioni pubbliche, che una volta individuato il fabbisogno dovranno delegare tutto il procedimento di selezione ai soggetti qualificati. Di qui, di fatto, avverrà la significativa riduzione delle stazioni appaltanti poiché di fronte alla scelta tecnologica e qualificata, sicura e celere, difficilmente si vorrà ancora procedere con le modalità tradizionali. Il soddisfacimento dell'interesse pubblico imporrà la transizione digitale che sarà richiesta dai piccoli comuni come dai grandi che non abbiano sviluppato una qualificazione adeguata, così come da tutte le altre amministrazioni pubbliche. Ovviamente la modellazione assicura trasparenza e tracciabilità, che invece andrebbe di molto rafforzata verso chi ancora volesse attuare le precedenti procedure cartacee e solo “scansionate” ed a incerti affidamenti diretti.

6. I modelli organizzativi in Europa per le centrali d'acquisto specializzate sulla sanità.

In Italia, la frammentazione della domanda pubblica e delle amministrazioni aggiudicatrici hanno determinato, come noto, un'elevata frammentazione delle gare⁹⁸. Come accennato, occorre quindi specializzare e professionalizzare le centrali d'acquisto. Specializzazione che può svilupparsi dalla cooperazione tra centrali di committenza per condurre complesse procedure di aggiudicazione in specifici mercati. Ciò presuppone che si effettuino analisi di mercato per conoscere esattamente le caratteristiche del settore di riferimento (*Supply chain*) con la definizione di soggetti pubblici che acquistino per amministrazioni omologhe (es. per tutte le aziende sanitarie italiane), anche in collaborazione con le centrali d'acquisto europee, evitando duplicazioni e sovrapposizioni di gare su medesimi prodotti e servizi, come già ampiamente sperimentato in altri ordinamenti, con significativi risultati in termini di risparmio, qualità e innovazione.

In ambito europeo si sono attuati differenti modelli di aggregazione della domanda pubblica, talora distinti in ragione dello *status* giuridico di chi svolge l'attività, delle modalità di finanziamento, dei destinatari, nonché dell'obbligo eventuale di aderire a gare aggregate.

I possibili modelli di aggregazione, disciplinati dalla Direttiva sugli appalti pubblici⁹⁹ riprendono esperienze da tempo sviluppate (in particolare nel settore sanitario) in Paesi europei quali (almeno finora) Regno Unito e Francia, con la realizzazione di forme di aggregazione o la conclusione di accordi quadro per più enti pubblici. Si tratta di forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici che talora determinano la delega ad una di esse delle funzioni di selezione del contraente (“modello contrattuale”), talaltra l'istituzione di centrali di committenza (*Central Purchasing Body* – CPB o nella dizione americana *Professional Buying Organization* – PBO) (modello “*corporate*”); alcune di esse si sono poi

⁹⁸ Il dato sulle 32.000 amministrazioni aggiudicatrici risale già all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, Segnalazione 12 gennaio 2012, n. 1, in tema di Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici.

⁹⁹ Dir. 24/2014/UE.

specializzate in ambito sanitario e si qualificano come strutture professionali dotate di un separato *status* giuridico.

In Francia l'aggregazione della domanda pubblica si realizza principalmente attraverso la costituzione di raggruppamenti di acquisto (*groupements de commandes*) o l'attività di centrali di committenza. Nel settore sanitario si individuano tre principali esperienze che offrono la loro attività di aggregazione degli acquisti alle strutture sanitarie francesi: l'UGAP, l'UniHA e il Resah-IDF.

L'*Union de groupements d'achats publics* (UGAP) è una centrale di committenza generalista a livello nazionale cui sono attribuite anche competenze per l'acquisto di dispositivi medici¹⁰⁰, la cui attività ha evidenziato, nel 2019, 1,7 milioni di ordinativi per un valore pari a 3,5 miliardi di euro. L'*Ugap* agisce mediante convenzioni quadro messe a disposizione dei soggetti interessati, dunque come intermediario, ma anche come grossista con l'acquisto di beni e servizi per la rivendita ad amministrazioni aggiudicatrici. L'adesione all'attività contrattuale dell'*Ugap* da parte dei singoli centri di acquisto è volontaria in ragione della vantaggiosità delle condizioni contrattuali offerte, ma tale centrale di committenza svolge anche un'attività di impulso nei confronti del mercato in relazione alle caratteristiche dei beni e servizi, a favore dello sviluppo sostenibile, del sostegno alle PMI e della promozione dell'innovazione¹⁰¹.

L'*Union des Hôpitaux pour les Achats* (UniHA) è un GCS (*groupements de coopération sanitaire*) che riunisce nell'ambito di una politica di acquisto comune i più grossi ospedali francesi¹⁰² ripartiti in singoli istituti membri, assistiti da acquirenti pubblici e che attraverso la specializzazione in determinati settori merceologici, assicura l'elaborazione di adeguate strategie di approvvigionamento, la raccolta dei fabbisogni dei membri del gruppo e la conduzione di procedure di appalto (per conto di tutti i membri del raggruppamento) sulla base di capitolati di appalto comuni.

Vi è poi il *Réseau des acheteurs Hospitaliers*, Resah-IDF (Resah – IDF) come *groupement d'intérêt public*, fondato nel 2007 tra i principali operatori specializzati (ad oggi 150 strutture dell'*Île-de-France*) nella *mutualisation* e nella professionalizzazione degli acquisti del settore sanitario e medico-sociale, sia pubblico che privato, non lucrativo¹⁰³. Ad oggi il *Resah* opera, oltre che con lo

¹⁰⁰ L'*Ugap* è un *établissement public industriel et commercial* (EPIC) istituito nel 1985 (il relativo statuto è definito dal décret n. 85-801 del 30 luglio 1985). Si vedano i dati riportati in www.ugap.fr. L'*Ugap* dispone di una rete di circa 700 collaboratori e di 1000 lavoratori dipendenti che assicura anche una articolazione territoriale mediante una strutturazione su 25 sedi regionali, generalmente situate nelle sedi delle regioni amministrative, raccolte in otto direzioni interregionali, a cui si aggiunge la direzione incaricata delle relazioni con i servizi centrali dello Stato ed i grandi operatori. A questo proposito, si veda il Rapporto UGAP 2019: fr.calameo.com/read/0031564233d22850de535?authid=9y9goTHQm2AZ.

¹⁰¹ L'iniziativa si pone quale obiettivo la conclusione di 200 milioni di acquisti innovativi entro il 2020: www.ugap.fr/images/media-wp/media/videos/ugap_chiffres_2017.mp4.

¹⁰² Si tratta di 972 strutture ospedaliere e più di 100 raggruppamenti ospedalieri territoriali – GHT, le cui attività sono coordinate e monitorate da un *Comité de Direction*. La responsabilità operativa del raggruppamento d'acquisto è affidata ai coordinatori di filiera (farmacisti, dirigenti ospedalieri, ingegneri).

¹⁰³ Nel 2018 *Resah* ha potuto vantare 1.051 miliardi di euro per circa 59 milioni di euro di

strumento tradizionale del *groupement de commande*, come centrale di committenza e, in base alle nuove direttive sugli appalti pubblici e alle disposizioni francesi di recepimento, l'attività è accessibile a tutte le strutture operanti nel settore sanitario e medico-sociale francesi o d'altro paese membro dell'Unione Europea¹⁰⁴.

L'aggregazione della domanda pubblica nel Regno Unito, invece, ha iniziato a svilupparsi fin dagli anni Novanta, nel 1999 l'*Office of Government Commerce* (OGC) istituito in Inghilterra per fornire un maggiore coordinamento delle attività di approvvigionamento. Nel 2011 è il *National Audit Office*¹⁰⁵ ad aver stimato un potenziale di risparmio di almeno 500 milioni di sterline laddove il NHS adottasse una miglior strategia di acquisto pubblico, che sconta tuttavia una diffusa diversificazione e frammentazione della spesa in ragione dell'acquisto di prodotti da diversi soggetti pubblici senza un'adeguata strategia in termini di standardizzazione (dei prodotti) e centralizzazione degli acquisti.

L'attuale agenzia responsabile dell'efficientamento dell'attività di approvvigionamento è il *Crown Commercial Service* (CCS) presso il *Cabinet Office*¹⁰⁶. Il perseguimento del "value for money" costituisce una responsabilità per tutti gli enti pubblici di governo centrale e locale, NHS e amministrazioni decentrate, valutata prendendo in considerazione la performance conseguita¹⁰⁷. Nel settore sanitario gli NHS Trusts possono effettuare procedure di gara autonomamente ovvero ricorrere, a livello nazionale, all'attività contrattuale svolta da NHS Supply Chain¹⁰⁸ e, a livello territoriale, ad uno degli HUBS. Un processo di rinnovamento di tale sistema è stato di recente avviato con l'adozione del nuovo programma operativo FOM, anche mediante l'utilizzo di strumenti digitali e forme di aggregazione della domanda secondo 11 torri merceologiche, che punta a

risparmi nel 2018, prevalentemente nel settore sanitario.

¹⁰⁴ Viene offerta la disponibilità di oltre 3.500 accordi quadro o contratti per beni, servizi o lavori, conclusi con 600 fornitori (il 40% PMI) in 10 grandi ambiti di acquisto, e si assicura la diffusione di soluzioni il cui livello di performance è valutato attraverso attività di *benchmarking* e di monitoraggio delle prestazioni affidate ad apposito dipartimento incaricato della messa a disposizione dei contratti.

¹⁰⁵ Il *National Audit Office* è un'autorità indipendente che svolge per conto del Parlamento inglese funzioni di controllo sull'economicità, efficacia ed efficienza della gestione delle risorse pubbliche (www.nao.org.uk/).

¹⁰⁶ Si vedano i dati presenti su: www.gov.uk/guidance/public-sector-procurement-policy.

¹⁰⁷ HM Treasury, *Managing Public Money*, luglio 2013. Danny Alexander MP, Chief Secretary to the Treasury, 'transparency and value for public money are the essential results' in public spending. House of Commons, BRIEFING PAPER Number 6029, *Public Procurement*, 3 luglio 2015, 12. Cfr.: www.gov.uk/government/collections/nhs-procurement.

¹⁰⁸ NHS Supply Chain, che attualmente conta 2.400 dipendenti, di cui 1.500 coinvolti nel settore appalti pubblici, era stato creato come un ente *no profit*, in quanto il margine di utile è soggetto ad un sistema di *profit cap* che consente la distribuzione ai propri dipendenti di incentivi economici in relazione ai risultati ottenuti. Opera a livello nazionale per l'aggregazione degli acquisti in sanità, assicurando il servizio di approvvigionamento, logistica, *e-commerce* e supporto per i soli ospedali pubblici del NHS. *NHS Supply Chain* agisce, quindi, come centrale di committenza con la stipulazione di accordi quadro, preceduti da ampie analisi di mercato per un totale di circa 670.000 beni (di tipo medicale e non medicale), resi disponibili mediante un catalogo elettronico (con la pubblicizzazione dei prezzi dei beni che favorisce l'attività di *benchmarking* tra i beni garantiti). *NHS Supply Chain* opera talora come grossista (nel 75% dei casi), talaltra come intermediario (nel 25% dei casi).

raggiungere nel 2022 un risparmio di spesa pari a 615 milioni di sterline e mantenerlo costante anche negli anni successivi (il risparmio di spesa è stato di 183 milioni di sterline nel 2018)¹⁰⁹. In tale contesto ovviamente andranno valutati gli effetti derivanti dall'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea.

7. Gli effetti della digitalizzazione sulla riduzione del contenzioso.

Una gara digitalizzata fin dall'inizio con le tecnologie disponibili (es. *Building Information Modeling*) permette di garantire la coerenza dalla progettazione e selezione all'esecuzione del contratto, evitando opportunismi e varianti ingiustificate. Ciò consente di gestire l'intero ciclo dell'appalto in piena trasparenza e tracciabilità, garantendo il principio di libera concorrenza, come evidenziato di recente dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹¹⁰.

Attualmente una gran parte del contenzioso, fino a circa il settanta per cento, si riferisce alla verifica dei requisiti di qualificazione delle imprese e verrebbe in gran parte superato dalla digitalizzazione¹¹¹, consentendo alla giurisprudenza amministrativa di concentrarsi sulle violazioni del principio di concorrenza, come già accade nella giurisprudenza amministrativa francese, che dal 2008, dispone l'annullamento solo per vizi relativi alla *mise en concurrence*¹¹².

La digitalizzazione della verifica dei requisiti di qualificazione delle imprese comporterebbe una riduzione del settanta per cento anche dei tempi delle gare, che sono in prevalenza dedicati a tali verifiche ed alla successiva impugnazione dell'esito di tali verifiche per i margini di incertezza delle regole e delle clausole poste nei bandi.

¹⁰⁹ Il rapporto realizzato dal *Lord Carter of Coles* per il *Department of Health (Lord Carter of Coles Operational productivity and performance in English NHS acute hospitals: Unwarranted variations. An independent report for the Department of Health, Febbraio 2016)* ha evidenziato come una parte dei problemi che impediscono il perseguimento di risparmi negli acquisti del settore sanitario sia riconducibile al modello di base per l'approvvigionamento e alla filiera all'interno del NHS inglese. Un esempio è costituito dalla varietà di prodotti e dal numero di fornitori presenti all'interno di ogni trust. In un campione di 22 trust sono stati individuati 30.000 fornitori, 20.000 diverse marche di prodotti, oltre 400.000 articoli e più di 7.000 persone abilitate ad effettuare ordini di acquisto. Dal 2006, DHL ha fornito servizi in PPP con NHS *supply chain* ai sensi del *Master Services Agreement (MSA)*. Il contratto di DHL è scaduto il 28 febbraio 2019. Il MSA è stato sostituito dal modello *Future Operating Model (FOM)*, basato sulla riorganizzazione del sistema di *supply chain* in 11 torri merceologiche di aggregazione degli acquisti, con la stima di un risparmio di 280 milioni di sterline nei primi tre anni.

¹¹⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza n. 10 del 2020, cit.

¹¹¹ Di tale tema se ne è discusso nel webinar "*Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti*", organizzato il 29 aprile 2020 dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (cfr. www.aipda.it/event/save-the-date_webinar-aipda-emergenza-sanitaria-societa-economia-pubblica-amministrazione/). Si rinvia altresì all'intervento di M. Lipari al webinar "*Capacità nell'aggregazione e capacità per l'innovazione*" organizzato nell'ambito del Master in Strategie per l'Efficienza, l'Integrità e l'Innovazione nei contratti pubblici dell'Università degli Studi di Torino l'8 maggio 2020.

¹¹² Si veda: Conseil d'Etat, sentenza del 3 ottobre 2008, n. 305420, *Smirgeomes (Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe)*.

Come noto, i casi più ricorrenti di impugnazioni riguardano i requisiti di ordine generale come le false od omesse dichiarazioni di precedenti penali¹¹³, da valutare non solo per la verifica delle cause automatiche di esclusione¹¹⁴, ma anche ai fini della sussistenza di gravi illeciti professionali¹¹⁵.

Sempre con riferimento a questo profilo, si possono riscontrare impugnazioni inerenti alla mancata indicazione dell'applicazione di penali che determina l'esclusione per gravi illeciti professionali¹¹⁶: se vi fosse piena interoperabilità fra il casellario dell'A.N.AC. nel quale sono annotate le penali e la Banca dati degli operatori economici (oggi ancora AVCpass) la stazione appaltante potrebbe direttamente verificare la sussistenza delle stesse, verifica oggi invece rimessa all'adempimento dell'obbligo dichiarativo da parte del partecipante alla gara. Altra causa di notevole contenzioso deriva dall'impossibilità di una verifica automatica della regolarità contributiva delle imprese (DURC)¹¹⁷.

Con un nuovo sistema di verifica automatica dei requisiti di qualificazione e di semplificazione della fase di selezione degli offerenti le centrali d'acquisto, ma anche tutte le amministrazioni aggiudicatrici, potrebbero invece velocizzare notevolmente l'aggiudicazione dei contratti pubblici¹¹⁸.

A ciò si collegano altre misure fondamentali, soprattutto in tema di digitalizzazione delle procedure e incremento della capacità professionale delle amministrazioni aggiudicatrici, per un generale migliore funzionamento del settore. Sotto il profilo delle responsabilità delle amministrazioni le recenti modifiche normative delle fattispecie di responsabilità erariale e del reato di abuso d'ufficio sembrano contrastare la cosiddetta "paura della firma"¹¹⁹. Sotto il primo profilo, limitatamente ai fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto e fino al 31 luglio 2021 (termine spostato al 31 dicembre 2021 in sede di conversione), si limita la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità per dolo con eliminazione dei profili di colpa grave (seppur limitata ai comportamenti positivi e

¹¹³ *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, n. 1603 del 2020.

¹¹⁴ Art. 80, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

¹¹⁵ Art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

¹¹⁶ *Ex art. 80 comma 5*, cit. T.a.r. Genova, (Liguria) sez. II, 18 febbraio 2019, n.129.

¹¹⁷ Si veda l'articolata pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4100 del 2020, che ha sanzionato l'illegittima prassi della "regolarizzazione postuma" del DURC. Nella stessa pronuncia peraltro è descritta la complessa procedura di richiesta della verifica di posizione contributiva dalla stazione appaltante all'INPS.

¹¹⁸ Per una ricognizione delle banche dati esistenti la cui effettiva interconnessione in una unica Banca dati degli operatori economici consentirebbe la rapida verifica di tutti i requisiti v. *supra*, § 2.

¹¹⁹ Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120. Sul tema: S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 293 ss. Il tema è stato recentemente oggetto, tra gli altri, del webinar "Conversazione sulle riforme amministrative" con B.G. Mattarella e R. Garofoli, organizzato dal Master MIDA il 15 maggio 2020 e del convegno online dal titolo "Abuso d'ufficio e responsabilità amministrativa: il difficile equilibrio tra legalità ed efficienza", organizzato da M.A. Sandulli il 13 luglio 2020.

non alle condotte realizzate in forma omissiva), per superare le lentezze ed omissioni¹²⁰.

Per quanto concerne il reato di abuso d'ufficio, le modifiche normative confermano la pena da uno a quattro anni prevista dall'art. 323 c.p., attribuendo rilevanza alla violazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, nello svolgimento delle pubbliche funzioni, di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, nella misura in cui non residuino margini di discrezionalità per il soggetto, con il tentativo di attenuare l'elevato grado di atipicità che contraddistingueva tale reato. La sua scarsissima effettiva applicazione in passato segnalava l'incongruenza di una norma che non ha garantito integrità e celerità, ma ha ritardato o impedito scelte qualificate e tempestive; anche in questo caso il confronto con il delitto francese di "*favoritisme*" permette di verificare come l'efficacia deterrente sia molto più concreta in altre esperienze europee¹²¹.

8. La tracciabilità e predittività dei dati per la qualità e trasparenza dall'aggiudicazione all'esecuzione.

L'analisi dati offre innovativi strumenti di conoscenza e vigilanza mediante indicatori o segnali d'allarme (*red flags*) alle amministrazioni che sono tenute ad attivarsi per una valutazione specifica¹²². Non si tratta soltanto di misurare le quantità, ma di capire le ragioni della cattiva gestione degli appalti pubblici (o viceversa: evidenziando le *best practices*) e al verificarsi di quali condizioni si può accendere un *alert*, che aiuti a prevenire e migliorare¹²³. Risulta centrale quindi l'effettiva accessibilità e fruibilità dei dati (soprattutto per i soggetti qualificati come enti di ricerca e Università¹²⁴) della Banca dati nazionale dei contratti

¹²⁰ Si veda il webinar "*Conversazione su Corte dei conti e burocrazia difensiva*" con M. Clarich e L. Caso, organizzato dall'Osservatorio sui mutamenti del diritto amministrativo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma il 22 giugno 2020.

¹²¹ Y. Marique, *Integrity in English and French Public Contracts. Towards Clarifying Administrative Cultures*, in J.-B. Auby, E. Breen, T. Perroud (a cura di), *Corruption and Conflicts of Interest. A Comparative Law Approach*, Cheltenham-Northampton, 2014, 85 ss. e spec. 94 ss.; E. Morlino, *International Public Procurement*, in S. Cassese (a cura di), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham-Northampton, 2016, 82 ss.

¹²² Per alcune esperienze concrete cfr. M. Gnaldi, B. Ponti, *Misurare la corruzione. Obiettivi, metodi, esperienze*, Milano, 2018, spec. il capitolo di A. Melandri, G. Bevilacqua, F. Morando, D. Allavena, *Misurare la corruzione sul grafo dei contratti pubblici italiani*, 113 ss.

¹²³ Fra i documenti di A.N.A.C. dedicati all'analisi dati applicata alla BDNCP, si veda il capitolo dedicato agli indicatori di rischio corruttivo nella *Relazione annuale 2018*, 6 giugno 2019, 46 ss.; lo studio A.N.A.C. a cura di F. Sbicca, G. Marino, *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, 2018; il Report finale del Programma PON di azione e Coesione Complementare al PON "Governance e Assistenza Tecnica 2007-2013", *Analisi istruttoria per l'individuazione di indicatori di rischio corruzione e di prevenzione e contrasto nelle amministrazioni pubbliche coinvolte nella politica di coesione*, 2017.

¹²⁴ Come nel caso della già menzionata Convenzione fra l'Università degli Studi di Torino e l'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'accesso alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici a fini di ricerca.

pubblici (BDNCP)¹²⁵, con un migliore coordinamento con gli Osservatori regionali dei contratti pubblici¹²⁶ e con gli altri sistemi di raccolta dati sui contratti pubblici (pagine “Amministrazione trasparente”; banche dati del MIT, del MEF ecc.), sfruttando appieno le potenzialità degli indicatori in grado di segnalare ai soggetti incaricati della vigilanza, ma anche allo stesso decisore pubblico ed ai cittadini attivi, anomalie e difformità del sistema¹²⁷.

Come rilevato, le analisi dati permettono di verificare le incapacità e la mancanza di corretta programmazione che determina aggiudicazioni alla stessa impresa, un numero anomalo di contratti, ovvero ipotesi di frammentazione abusiva o rotazioni su enti limitrofi¹²⁸. Le più recenti metodologie di analisi dati di tipo predittivo¹²⁹ consentono di stabilire in anticipo quali caratteristiche dei bandi di gara daranno più probabilmente luogo a varianti o a contenzioso. Si tratta di strumenti di apprendimento automatico (*machine learning*) che, partendo da un *dataset* di contratti qualificati come “positivi” (perché oggetto di vicende anomale quali varianti, proroghe ecc.) o di impugnazione avanti al giudice amministrativo, addestrano l’algoritmo a riconoscere (predicendo) quali nuovi CIG inseriti nella banca dati presenteranno anomalie simili. Queste informazioni possono essere di grande utilità per le stazioni appaltanti, che potranno, avuto l’esito dell’analisi dati, rimodulare il bando per evitare le anomalie predette dall’algoritmo¹³⁰.

L’analisi dati sui contratti pubblici è di grande interesse ove effettuata sulla fase di esecuzione, come affermato di recente dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha sottolineato la centralità della vigilanza di ANAC (nel caso di

¹²⁵ Istituita dall’art. 62-*bis* del d.lgs. n. 82 del 2005 (introdotto dall’art. 44 della legge n. 235 del 2010: «Per favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi ed assicurare l’efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell’azione amministrativa per l’allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione, si utilizza la «Banca dati nazionale dei contratti pubblici» (BDNCP) gestita dall’Autorità Nazionale Anticorruzione ai sensi dell’articolo 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”) e attribuita all’A.N.A.C dall’art. 213, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016: «L’Autorità gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, nella quale confluiscono, oltre alle informazioni acquisite per competenza tramite i propri sistemi informatizzati, tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive».

¹²⁶ Ossia con la stipula del protocollo generale per definire le regole di interoperabilità e le modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati *ex art.* 29, comma 4-*bis* del d.lgs. n. 50 del 2016.

¹²⁷ Sin dalla costituzione dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, la gestione e l’analisi delle banche dati a sua disposizione rientra fra le sue funzioni più importanti per la prevenzione e contrasto della corruzione e di promozione dell’efficienza: G.M. Racca, *Dall’Autorità sui contratti all’Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, 363.

¹²⁸ R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, cit., 2020.

¹²⁹ G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019.

¹³⁰ Intervento di R. Meo, *Data Analysis e contratti pubblici* all’interno del panel *L’analisi dati sui contratti pubblici per la prevenzione della corruzione* nella Conferenza di ICONS Italia, *Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico*, Firenze, 23 novembre 2019.

specie stimolato dallo strumento dell'accesso civico generalizzato) anche in questa fase nell'interesse pubblico¹³¹.

9. Conclusioni

La capacità delle amministrazioni di svolgere la funzione appalti si fonda su principi costituzionali di adeguatezza e differenziazione (art. 118 Cost.). Non si può richiedere ad ognuna delle attuali 37.000 stazioni appaltanti un'organizzazione tale da poter aggiudicare correttamente qualunque tipo di contratto, controllandone anche la corretta esecuzione.

La crisi economica, determinata dalla crisi sanitaria, impone agli acquirenti pubblici un ripensamento delle tradizionali modalità di approvvigionamento di lavori, forniture e servizi.

La domanda pubblica che non riesce a coordinarsi rischia di non conseguire gli obiettivi e di determinare danni irreparabili non solo economici, ma ai diritti fondamentali¹³², nonostante le semplificazioni connesse alle procedure di emergenza.

Il modello organizzativo delle centrali di committenza digitalizzate in cooperazione tra loro, può promuovere un'“Amazon pubblica”, con algoritmi pubblici che possano operare sulla base di parametri di qualità misurabile ed assicurare celerità e trasparenza, in conformità ai principi del nostro ordinamento, per assicurare l'efficienza del servizio per un rapido rilancio del mercato dei contratti pubblici, fondato su un nuovo patto di efficienza, trasparenza e fiducia per lo sviluppo di imprese innovative, al servizio dei cittadini.

Solo la soddisfazione dei bisogni e la qualità delle prestazioni può assicurare che dai piccoli comuni alle amministrazioni nazionali la funzione appalti sviluppi una politica industriale di rilancio sostenibile per le imprese appaltatrici, senza i rischi di discriminazione connessi agli affidamenti diretti. Diversamente, le piattaforme private con la loro capacità di analisi dati e i loro algoritmi privati entreranno anche nel mercato degli appalti pubblici e svolgeranno le loro scelte industriali di ingresso sui mercati con i margini di profitto più elevati (es. in sanità, ma non solo), con abuso di posizione dominante e grave danno per lo sviluppo delle imprese innovative. Come visto nell'esperienza statunitense il rischio di devolvere a tali efficienti piattaforme i contratti di valore limitato determina la rinuncia allo

¹³¹ Cons. Stato, Ad. plen., sentenza n. 10 del 2020, cit., punto 31.3: «Le sentenze n. 5502 e n. 5503 del 2 agosto 2019 della V sezione hanno ben richiamato l'essenziale ruolo di vigilanza svolto dall'ANAC in questo settore, ma non va trascurato il ruolo che un controllo generalizzato sull'aggiudicazione e sull'esecuzione del contratto svolge proprio l'accesso civico generalizzato, come ridisegnato dal d. lgs. n. 96 del 2017, con la conseguente possibilità di effettuare segnalazioni documentate da parte di terzi, una volta ottenuta la relativa documentazione con l'accesso, anche all'ANAC, che può esercitare il suo potere di raccomandazione ai sensi dell'art. 213 del d. lgs. n. 50 del 2016 anche nella fase esecutiva».

¹³² R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G. M. Racca– C. R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014, 23.

sviluppo di analoghe piattaforme pubbliche, con le prevedibili conseguenze negli anni futuri.

Gabriella M. Racca
Dipartimento di Management
Università degli Studi di Torino
gabriella.racca@unito.it

