

LA DIMENSIONE SOCIALE  
DELLA CONTRATTAZIONE  
PUBBLICA

DISCIPLINA DEI CONTRATTI  
ED ESTERNALIZZAZIONI SOSTENIBILI

A CURA DI  
CARLO MARZUOLI  
SIMONE TORRICELLI

EDITORIALE SCIENTIFICA

Questo primo volume raccoglie i risultati di una parte delle ricerche svolte dall'Unità dell'Università di Firenze (La funzione di redistribuzione in tempo di crisi fra sviluppo e inclusione) nel quadro e con il contributo del PRIN 2010-2011 (Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica), cofinanziato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright aprile 2017 Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli  
ISBN 978-88-9391-107-8

## INDICE

*Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili* di Simone Torricelli 7

### PARTE PRIMA

#### LE ESTERNALIZZAZIONI

- Esternalizzazioni e vincoli di bilancio (andata e ritorno)* 29  
Livia Mercati
- Legittimità e merito nella scelta di esternalizzare* 55  
Pierpaolo Grauso
- L'externalisation: l'expérience française* 81  
Rozen Noguellou
- L'espletamento di funzioni e servizi pubblici tra esternalizzazione, autoproduzione e cooperazione* 93  
Alberto Massera

### PARTE SECONDA

#### LA CONTRATTAZIONE COME STRUMENTO DI GOVERNO DEGLI INTERESSI

- Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza* 127  
Roberto Caranta
- La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica* 147  
Mauro Montini

<i>La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale</i> Gabriella M. Racca	171
<i>L'aggregazione dell'offerta tra tutela dell'autonomia negoziale delle imprese e sviluppo armonico del mercato</i> Simone Torricelli – Maria Dell'Anno	195
<i>Le attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i "regimi particolari" nel d.lgs. 50/2016</i> Paolo Michiara	221

GABRIELLA M. RACCA

## LA CONTRATTAZIONE PUBBLICA COME STRUMENTO DI POLITICA INDUSTRIALE

SOMMARIO: 1. I contratti pubblici e il mercato. Il potere di acquisto pubblico. – 2. I limiti nel recepimento nazionale della cooperazione amministrativa europea. – 3. La frammentazione della domanda pubblica: rendite di posizione e rischi di collusione. – 4. La (ri)qualificazione della domanda pubblica in Italia: adeguatezza delle amministrazioni aggiudicatrici. – 5. La domanda pubblica come strumento di politica industriale per l'innovazione.

### *1. I contratti pubblici e il mercato. Il potere di acquisto pubblico*

Come noto, la spesa relativa ai contratti pubblici rappresenta in Europa una percentuale pari a circa il 19% del prodotto interno lordo<sup>1</sup> ed evidenzia un significativo potere di acquisto pubblico, che ove utilmente orientato potrebbe costituire un significativo strumento di politica industriale in Europa per la crescita e l'innovazione.

Nell'ordinamento dell'Unione europea, l'integrazione dei principi europei e nazionali e la definizione di una disciplina europea comune in materia di appalti pubblici hanno favorito il coordinamento tra le legislazioni degli Stati Membri e fondato la definizione di un diritto europeo degli appalti pubblici e di procedure di selezione del contraente a tutela della concorrenza che avrebbe dovuto porsi a fondamento di un mercato interno con un impiego efficiente, integro e trasparente dei fondi pubblici (*best value for money*) nell'interesse pubblico.

Il richiamato potere di acquisto pubblico è tuttavia risultato sino ad oggi limitato a causa della elevata frammentazione della domanda pubblica, evidente in Europa – ove circa 250.000 amministrazioni aggiudicatrici hanno capacità contrattuale – ed in particolare in Italia ove, seppur con qualche in-

<sup>1</sup> European Commission DG TRADE (2015), Chief Economist Note: International Public Procurement: From Scant Facts to Hard Data, available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc\\_153347.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc_153347.pdf). See also the EU official submission to the WTO reported under Article XIX:5 of the GPA agreement, available at: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/notnat\\_e.htm#statPro](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/notnat_e.htm#statPro).

certezza sono state censite 37.000 amministrazioni aggiudicatrici e 60.000 centri di spesa<sup>2</sup>.

La frammentazione della domanda pubblica determina la frammentazione delle gare spesso di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea, ove una limitata trasparenza rischia di eludere il principio di concorrenza e di limitare la partecipazione, in particolare transfrontaliera anche in ragione delle barriere giuridiche e linguistiche che hanno sino ad oggi impedito la piena realizzazione del mercato interno.

La crisi economica e la definizione di obiettivi di crescita nell'ordinamento dell'Unione Europea, in particolare con la Strategia Europa 2020, hanno condotto a qualificare gli appalti pubblici come "strumenti basati sul mercato" capaci di favorire una crescita dell'economia europea intelligente, sostenibile e inclusiva<sup>3</sup>. Di qui l'introduzione nella nuova direttiva appalti<sup>4</sup> di strumenti giuridici innovativi di selezione del contraente per favorire la realizzazione del mercato interno a partire dal rafforzamento di strategie dal lato della domanda pubblica per garantire efficienza, integrità e trasparenza nell'esercizio della funzione appalti.

La nuova prospettiva presuppone non solo una più ampia partecipazione e concorrenza tra operatori economici, ma anche professionalità adeguate nella parte pubblica per la efficiente e corretta gestione dell'intero ciclo del contratto pubblico che trova fondamento nell'ordinamento nazionale nel principio costituzionale di adeguatezza (art. 118, co. II Cost.) di cui è attuazione la disciplina sulla qualificazione delle stazioni appaltanti (cfr. art. 38 d. lgs. n. 50 del 2016<sup>5</sup> e *infra*).

<sup>2</sup> 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*, 1. In base ai dati forniti dall'A.N.A.C., in Italia il valore degli appalti pubblici di importo superiore a 40.000,00 nel 2015 è stato di 117,3 miliardi di Euro, mentre il numero di procedure di scelta del contraente è stato quantificato in 131.665: A.N.A.C. *Relazione annuale 2015*, 14 luglio 2016; G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide – Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015, 492.

<sup>3</sup> Commissione UE, *Europe 2020 – A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, 3.03.2010.

<sup>4</sup> Dir. 2014/24/UE del Parlamento UE e del consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici

<sup>5</sup> D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali

Si richiede una visione complessiva delle strategie di acquisto pubblico che le Istituzioni europee propongono agli Stati Membri e che da essi vengano sostenute internamente. Una simile strategia può essere favorita dallo sviluppo di forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici<sup>6</sup> in specie centrali di committenza che svolgono attività contrattuale per numerose e differenti amministrazioni, superando le singole gare tradizionali ove ogni amministrazione svolgeva tutte le procedure selettive a sé necessarie.

I nuovi modelli di gare aggregate possono assicurare una migliore articolazione della domanda pubblica per l'impiego ottimale di tali considerevoli risorse e l'effettività dei principi della contrattazione pubblica in relazione alle specifiche caratteristiche dei mercati di riferimento. L'aggregazione della domanda pubblica consente di giovare non solo dei vantaggi connessi alle economie di scala (*transaction costs*)<sup>7</sup> ma anche e soprattutto di quelli derivanti dalla professionalizzazione della funzione acquisti con lo sviluppo di competenze utili alle strutture organizzative di riferimento che intendano efficacemente continuare a svolgere tale funzione.

La recente direttiva europea sugli appalti pubblici promuove l'aggregazione (anche transfrontaliera e transazionale)<sup>8</sup> della domanda pubblica con l'integrazione tra amministrazioni aggiudicatrici che, ancor prima dell'integrazione tra le imprese (offerta), può favorire l'integrazione e l'innovazione dei mercati di riferimento. La legittimazione espressa allo sviluppo di forme di cooperazione (dal lato della domanda) o alla definizione di procedure di selezione del contraente utili a più amministrazioni aggiudicatrici (anche di Stati Membri differenti, artt. 37, 38 e 39, dir. 2014/24/UE)

<sup>6</sup> Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea - TFUE artt. 6 e 197; R. CAVALLO PERIN - G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. pub. com.*; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Le modificazioni organizzative negli appalti e servizi pubblici delle pubbliche amministrazioni e l'ordinamento dell'Unione europea*, in *Scritti in Memoria del Professore Antonio Romano Tassone*, in corso di pubblicazione; M. P. CHITI, *Lo spazio amministrativo europeo*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 163 e ss.; ID., *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, in M. P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012, 19 e s.; M. MACCHIA, *La cooperazione amministrativa come "questione di interesse comune"*, *Ibid.*, 87; M. LOTTINI, *From 'Administrative Cooperation' in the Application of European Union Law to 'Administrative Cooperation' in the Protection of European Rights and Liberties*, in *European Review of Public Law*, 2012, 131 e ss.

<sup>7</sup> Cfr. dir. 2014/24/UE: considerando n.ro 59, 69, 70, 71, 72, 73 e artt. 2 - parr. 14, 15, 16, da 37 a 39).

<sup>8</sup> Cfr. dir. 2014/24/UE, cit. in part. art. 39.

potrebbe favorire lo sviluppo del mercato interno del *procurement* europeo (vista la oggi ancora limitata percentuale di partecipazione transfrontaliera<sup>9</sup>) e assicurare la partecipazione e la concorrenza dal momento che non è stato sino ad oggi a tal fine sufficiente garantire forme di cooperazione dal lato dell'offerta<sup>10</sup>.

I modelli giuridici per gli acquisti aggregati possono prefigurare, in base alle disposizioni della nuova direttiva, forme di coordinamento rivolte alla definizione di specifiche tecniche comuni con procedure di appalto distinte, gare congiunte tra più amministrazioni aggiudicatrici, l'acquisto di beni e servizi da centrali di committenza anche ubicate in altri Stati Membri e, infine, l'istituzione di soggetti congiunti tra cui i gruppi europei di cooperazione territoriale o altri soggetti istituiti in base al diritto nazionale o dell'Unione. Tali modalità organizzative riprendono esperienze da tempo sviluppate in alcuni paesi Europei (es. Regno Unito e Francia) e caratterizzate dalla realizzazione di vaste forme di aggregazione con la conclusione di accordi quadro per più enti pubblici, talora in base ad accordi di collaborazione tra amministrazioni aggiudicatrici con delega ad una di esse delle funzioni di selezione del contraente ("modello contrattuale"), anche favorendo la specializzazione per specifici settori merceologici, talaltra a seguito dell'istituzione di centrali di committenza (*Central Purchasing Body* – CPB o nella dizione americana *Professional Buying Organization* – PBO), talune specializzate in ambito sanitario (modello "corporate") che si qualificano come strutture professionali dotate di un separato *status* giuridico, perciò

<sup>9</sup> Le gare aggiudicate ad imprese transfrontaliere è stato quantificato dalla Commissione UE nell'1.6%. Tale valore raggiunge l'11% con riferimento alle gare transfrontaliere indirette. Cfr. Commissione UE, *Commission staff working paper, Evaluation Report - Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 27 giugno 2011, SEC(2011) 853 final, Part 1, VI; Rambøll Management, *Rambøll study for the EU Commission, Crossborder procurement above EU thresholds*, maggio 2011, 38; S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, 2014, accessibile in [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/20\\_03\\_2015\\_13\\_12-Ponzio\\_IusPub\\_JointProc\\_def.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/20_03_2015_13_12-Ponzio_IusPub_JointProc_def.pdf).

<sup>10</sup> S. TORRICELLI, M. DELL'ANNO, *L'aggregazione dell'offerta tra tutela dell'autonomia negoziale delle imprese e sviluppo armonico del mercato*, in R. F. ACEVEDO – P. VALCARCEL FERNANDEZ (ed. by) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 229.

capaci di modificare in maniera più significativa l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni<sup>11</sup>.

Strutture che possono significativamente aggregare la domanda pubblica come le centrali di committenza possono agire come grossisti o come intermediari<sup>12</sup> ed assumere un ruolo nuovo come organizzazioni complesse ad elevata professionalità, capaci di operare sul mercato europeo, creando anche sinergie tra centrali di diversi Stati membri che permettono di accrescere le capacità e consentire una effettiva riqualificazione della spesa pubblica, attraverso un innovativo utilizzo di strumenti contrattuali quali gli accordi quadro e i sistemi dinamici di acquisizione mediante piattaforme tecnologiche, per assicurare la qualità, la trasparenza e l'*accountability* nell'intero ciclo del contratto pubblico.

Le centrali di committenza con le differenti strategie di aggregazione dei contratti pubblici possono garantire una *governance* del *public procurement* che può superare, come evidenziato dalla Commissione Europea (*DG Growth*), le lacune di *policy* con l'attuazione di un sistema a rete tra organizzazioni professionali di acquisto, nonché la raccolta e l'elaborazione dei dati relativi agli appalti pubblici quali quelli relativi al volume degli acquisti, alle tipologie, al numero degli operatori economici ovvero delle stazioni appaltanti (compresi quelli relativi ai centri di costo analogamente a quanto accade nel settore privato), che agevola l'individuazione di eventuali anomalie e favorisce lo sviluppo di strategie per l'innovazione.

La trasparenza è strumento essenziale per la prevenzione della corruzione, intesa nel senso più ampio del termine come *maladministration*, per la promozione dell'integrità, lo sviluppo della cultura della legalità in ogni ambito dell'attività pubblica<sup>13</sup>. Tuttavia occorre rilevare come una maggiore programmazione e trasparenza è interesse anzitutto delle imprese, le quali conoscendo l'andamento del mercato in un determinato settore produttivo possono meglio organizzare le proprie strategie in vista di una competizione per sé e per la collettività, superando un atteggiamento che ha portato negli

<sup>11</sup> G. M. RACCA, G. L. ALBANO, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience*, in C. HARLAND, G. NASSIMBENI, E. SCHNELLER, *Strategic Supply Management* Sage Publications, Londra, 2013, 179-213.

<sup>12</sup> Dir. UE 2014/24, art. 2, p.to 14 e 16; d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 3, lett. i) e l).

<sup>13</sup> A.N.AC., Delibera n. 831 del 3 agosto 2016 Determinazione di approvazione definitiva del Piano Nazionale Anticorruzione 2016 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale supplemento ordinario n. 35 del 24 agosto 2016). G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2-3/2015, 345 ss.

ultimi vent'anni ad una chiusura e conservazione dell'esistente che a lungo andare ne ha impedito lo sviluppo e l'innovazione<sup>14</sup>.

La digitalizzazione degli atti e dei procedimenti amministrativi di gara, di stipula del contratto e di sua esecuzione apre a tutti l'analisi comparativa dei dati e dei flussi della massa di beni e servizi e lavori contrattati dalla pubblica amministrazione, può costituire la maggiore deterrenza a compiere atti corruttivi<sup>15</sup>. Le banche dati possono inoltre dare consistenza e intelligibilità del dato reputazionale di coloro che hanno partecipato alle gare o eseguito contratti pubblici<sup>16</sup>, sicché la conoscenza della qualità e tempestività dell'impresa, parte di un contratto pubblico, dovrebbe divenire un incentivo al conseguimento del valore aggiunto reputazionale assicurato ai "migliori appaltatori", determinando un vantaggio competitivo, anche nel mercato privato<sup>17</sup>.

La Commissione europea (*DG Growth*) ha elaborato linee di *policy* volte a sviluppare i vantaggi derivanti dall'attività delle centrali di committenza (es. nei paesi dell'Est Europa ove le centrali di committenza sono spesso di-

<sup>14</sup> A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Villa Monastero - Varenna 17 - 18 e 19 settembre 2015, accessibile in [https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/ufficiostudio/Notiziaringola/index.html?p=NSIGA\\_3981217](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/ufficiostudio/Notiziaringola/index.html?p=NSIGA_3981217).

<sup>15</sup> L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori*, cit. M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione (art. 1, commi 15-16 e 26-36)*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 113 e ss.

<sup>16</sup> Cfr. il ruolo delle informazioni contenute nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici per l'attribuzione del rating di legalità: ANAC-AGCM, Protocollo d'intesa contro la corruzione firmato da Cantone e Pitruzzella: nuovi criteri per il rating di legalità alle imprese, 11 dicembre 2014, art. 3. Il rating di legalità può costituire anche uno dei criteri di valutazione delle offerte nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Cfr. ANAC, *Nota illustrativa al Bando-tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture*, 19 maggio 2015, 10-11, in cui il loro utilizzo è giustificato "in considerazione del fatto che il rating è rilasciato in presenza di requisiti che attengono in modo specifico all'organizzazione aziendale o derivano direttamente dall'adozione di prassi operative improntate alla legalità, alla moralità ed alla correttezza e, quindi, si rivelano astrattamente idonei ad incidere sulle modalità esecutive della specifica prestazione"; ANAC, *Determinazione 9 dicembre 2014*, n. 3, *Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*.

<sup>17</sup> G. M. RACCA, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2015, 345. G. M. RACCA e S. PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in corso di pubblicazione,

partimenti dei ministeri, perciò prive di autonomia gestionale e con un limitato ambito di operatività) anche per la definizione di politiche di *public procurement* di livello generale comprensive di strategie per il perseguimento di obiettivi ambientali, sociali e di innovazione<sup>18</sup>, che in alcuni paesi, come la Gran Bretagna sono da tempo e viepiù sviluppate proprio dalle centrali di committenza. Tra queste, nel settore sanitario rileva l'NHS Supply Chain un ente *no profit*<sup>19</sup> che opera a livello nazionale per l'aggregazione degli acquisti in sanità assicurando il servizio di approvvigionamento, logistica, *eCommerce* e supporto per i soli ospedali pubblici del NHS. *NHS Supply Chain* agisce come centrale di committenza con la stipulazione di accordi quadro (circa 3.000 attualmente in utilizzo; normalmente aperti, con più operatori, suddivisi in più lotti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa)<sup>20</sup> preceduta da ampie analisi di mercato per un totale di circa 670.000 beni (di tipo medicale<sup>21</sup> e non medicale<sup>22</sup>) resi

<sup>18</sup> Una possibilità di sviluppo particolare è resa dal fatto che, per esempio in Francia, le centrali di committenza su direzione governativa, realizzino acquisti innovativi: le centrali di committenza francesi sono per esempio obbligate a realizzare una spesa pari all'1-2% di contratti pubblici di acquisti innovativi: Cfr. I. LOCATELLI, *EU policies on Innovation and cross-border Procurement*, Relazione al Convegno Public Contracts and Innovation, Torino, 27 maggio 2016. Si v. sul punto: Ministère de l'économie et des finances, *Guide pratique de l'achat public innovant*, Aprile 2013, versione 1.

<sup>19</sup> Cfr. il Master Services Agreement (MSA). *NHS Supply Chain* è considerato 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 (artt. 33 e 34, nonché le schedules 2). L'ente conta 2.400 dipendenti di cui 1.500 coinvolti nel settore appalti pubblici.

<sup>20</sup> <https://my.supplychain.nhs.uk/Catalogue/contract>. Il criterio del prezzo più basso può trovare applicazione nella fase di rilancio competitivo.

<sup>21</sup> Le principali categorie merceologiche di tipo medicale sono riferite a: la gestione delle vie aeree (5839); ossigeno per anestesia e rianimazione (1686); audiologia (7203); cannula e cateteri (1111); cardiologia (37415); reparti clinici (7565); prodotti clinici (46174); cura della continenza (923); uso odontoiatrico (5695); drappaggi e abiti (2200); Neuromodulazione (1486); prodotti sala operatoria (17505); oftalmici (3180); ortopedia (194.401); pathology (12856); monitoraggio del paziente (8); cura zona di pressione (2147); riabilitazione (25439); Stoma care (1741); Urologia (1722); la donna e la promozione della salute del bambino / sessuale (1503); gestione della ferita (3546).

<sup>22</sup> Le principali categorie merceologiche di tipo non medicale sono riferite a: Catering - food (1246); Catering - food - freshfayre (5); Catering - non food (2278); Cleaning hygiene and infection control (3243); Clothing - inc disposable and protective (190); Delivery charge (90); Furniture and furnishings (117); Office (207); Stationery - Banner (3516); Stationery -

disponibili mediante un catalogo elettronico<sup>23</sup> (con la pubblicizzazione dei prezzi dei beni che favorisce l'attività di *benchmarking* tra i beni garantiti<sup>24</sup>). *NHS Supply Chain* opera talora come grossista (nel 75% dei casi), talaltra come intermediario (nel 25% dei casi).

## 2. I limiti nel recepimento nazionale della cooperazione amministrativa europea

Rientra tra le forme di cooperazione tra centrali di committenza di Stati Membri differenti ancorché non istituzionalizzata o convenzionale la possibilità di aderire alle attività svolte da centrali di committenza anche ubicate in altri Stati Membri (e ai relativi accordi quadro). L'innovazione della disposizione appare evidente nella previsione che esclude espressamente che gli Stati Membri possano vietare alle proprie amministrazioni di utilizzare attività di centralizzazione delle committenze offerte da organizzazioni professionali di acquisto ubicate in uno degli Stati Membri dell'Unione Europea<sup>25</sup>, evidenziando il favore dell'ordinamento europeo per simili forme di cooperazione che possono cogliere tutti i vantaggi del mercato interno a tutela della concorrenza. La possibilità riconosciuta agli Stati in sede attuativa di precisare le attività alle quali le rispettive amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere<sup>26</sup> (grossista o intermediario) rischia di condurre a significative limitazioni del richiamato principio nel recepimento, dunque di costituire ostacolo alla realizzazione del mercato interno<sup>27</sup>. Ad oggi risulta signifi-

<sup>23</sup> <https://my.supplychain.nhs.uk/catalogue>. cfr. anche: <https://www.supplychain.nhs.uk/Home/Product%20News/Publications/National%20Catalogue>.

<sup>24</sup> <https://my.supplychain.nhs.uk/Catalogue/product/comparison>.

<sup>25</sup> Art. 39 § 2, Dir. 24/2014/UE.

<sup>26</sup> attività di grossista o di intermediario svolte dalle centrali di committenza: cfr. dir. 2014/24, art. 2, § 1, punto 14, lett. a e b: *per quanto riguarda le attività di centralizzazione delle committenze offerte da una centrale di committenza ubicata in un altro Stato membro rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, gli Stati membri possono tuttavia scegliere di specificare che le rispettive amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere unicamente alle attività di centralizzazione delle committenze definite all'articolo 2, paragrafo 1, punto 14, lettera a) o b)*.

<sup>27</sup> [http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item\\_id=8826&lang=en&title=Public-procurement%3A-Commission-requests-21-Member-States-transpose-new-EU-rules-on-public-procurement-and-concessions](http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8826&lang=en&title=Public-procurement%3A-Commission-requests-21-Member-States-transpose-new-EU-rules-on-public-procurement-and-concessions). Benché ad oggi 21 gli Stati Membri non abbiano proceduto al recepimento delle dir. UE del 2014 (*Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Cyprus, Estonia, Ireland, Greece, Latvia, Li-*

ficativa la scelta di taluni ordinamenti come Regno Unito<sup>28</sup> e Francia<sup>29</sup> di attuare tale disposizione assicurando la più ampia apertura alla cooperazione amministrativa transnazionale consentendo dunque alle relative amministrazioni aggiudicatrici di aderire ad attività di centralizzazione delle committenze svolte sia nella forma di grossista che nella forma di intermediario.

In diversa direzione si è posta la scelta dell'ordinamento italiano che in sede di recepimento della direttiva UE 2014/24<sup>30</sup> ha previsto di limitare la possibilità per le stazioni appaltanti nazionali di ricorrere all'attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture e/o servizi e dunque alle attività di grossista escludendo quelle di intermediario<sup>31</sup>. Una simile scelta in evidente controtendenza verso lo sviluppo dell'integrazione e della cooperazione amministrativa pare costituire limite significativo all'instaurazione di forme di cooperazione dal lato della domanda per l'adesione reciproca agli accordi quadro già conclusi atteso che solo le amministrazioni europee potrebbero, secondo tale prospettiva, aderire ad accordi quadro italiani, mentre al contrario le stazioni appaltanti italiane potrebbero solo usufruire delle attività svolte come grossisti da centrali di committenza europee<sup>32</sup>. Tale ultima disposizione contiene la

*thuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovenia, Finland, Spain and Sweden*.

<sup>28</sup> In questo senso si richiama un primo recepimento della direttiva appalti secondo il metodo del "copy out" per evitare il rischio di *goldplating*, con cui la Gran Bretagna (in largo anticipo rispetto al termine del 18 aprile 2016) ha previsto che le amministrazioni aggiudicatrici debbano "essere libere" di utilizzare attività di centralizzazione delle committenze di altri Stati Membri con la conseguente individuazione della disciplina applicabile in quella dello Stato Membro in cui ha sede la centrale di committenza (*Contracting authorities shall be free to use centralised purchasing activities offered by central purchasing bodies located in another member State* (UK – Public Contract Regulation 2015 art. 39).

<sup>29</sup> Analoghe disposizioni si ritrovano nel recepimento francese secondo cui "les acheteurs peuvent recourir à une centrale d'achat située dans un autre Etat Membre de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application des dispositions nationales qui intéressent l'ordre public" (Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, (Article 26).

<sup>30</sup> In Italia cfr. d. lgs. n. 50 del 2016, art. 43 in combinato disposto con l'art. 37, co. XIII.

<sup>31</sup> D. lgs. n. 50 del 2016, art. 37, co. XIII.

<sup>32</sup> In particolare si stabilisce che "le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono ricorrere a centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro dell'Unione europea che svolgono la propria attività in conformità alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata, nei limiti previsti dall'articolo 37, co. XIII" d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Art. 43, co. I, Appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori di Stati membri diversi: "Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono



disciplina generale dell'aggregazione e delle forme di centralizzazione delle committenze prevedendo in particolare che "le stazioni appaltanti possono ricorrere ad una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea solo per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture e/o servizi a stazioni appaltanti; la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze da parte di una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro è effettuata conformemente alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata la centrale di committenza"<sup>33</sup>.

Il recepimento restrittivo di una disposizione posta per lo sviluppo della partecipazione e del mercato interno richiede un intervento in sede di adozione dei primi decreti legislativi correttivi del testo vigente<sup>34</sup> approvato il 18 aprile 2016 che superi il limite richiamato ammettendo per le stazioni appaltanti la possibilità di ricorrere ad entrambe le attività di centralizzazione delle committenze previste dalla disciplina europea, sia di grossista, sia di intermediario, rimuovendo gli ostacoli alla cooperazione amministrativa che rischia di costituire un limite all'innovazione e all'efficienza favorita dall'adesione ad accordi quadro di centrali di committenza europee, segnatamente in settori come quello della sanità o della ricerca ove la qualità della contrattazione pubblica assurge a elemento essenziale per assicurare il rispetto di diritti fondamentali dei cittadini.

La scelta restrittiva del recepimento evidenzia la considerazione del rischio che parte della domanda pubblica nazionale possa essere soddisfatta da attività di centralizzazione delle committenze di altri Stati membri, senza considerare che proprio da tale possibilità può svilupparsi la reciproca messa a disposizione soprattutto verso paesi che ancora non hanno sviluppato modelli evoluti di aggregazione dei contratti pubblici.

*ricorrere a centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro dell'Unione europea che svolgono la propria attività in conformità alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata, nei limiti previsti dall'articolo 37, co. XIII<sup>o</sup>. Tale disposizione deve essere letta congiuntamente all'art. 37, co. XIII, che disciplina in generale l'aggregazione e le forme di centralizzazione delle committenze ove si prevede che "Le stazioni appaltanti possono ricorrere ad una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea solo per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture e/o servizi a stazioni appaltanti; la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze da parte di una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro è effettuata conformemente alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata la centrale di committenza".*

<sup>33</sup> D. lgs. n. 50 del 2016, art. 43, co. I.

<sup>34</sup> Art. 37, co. XIII, d. lgs. n. 50 del 2016.

Sembra sia stato trascurato il forte potenziale della norma in relazione alla possibilità di assicurare anche alle micro, piccole e medie imprese innovative di entrare in accordi quadro nazionali e di poter giovare di tale selezione contrattuale per poter portare la propria prestazione, senza alcuna necessità di ulteriori gare, in altri Stati membri. Tale possibilità, sicuramente compromessa ove non sia, almeno nella previsione normativa, reciproca, potrebbe sviluppare e diffondere l'innovazione in Europa e assicurare nuovi canali di sviluppo per gli operatori economici<sup>35</sup>.

Un correttivo all'attuale recepimento potrebbe infatti consentire lo sviluppo della capacità di mettere a disposizione accordi quadro ad amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati Membri, tenuto conto che *a fortiori* il recepimento consente di attuare modelli simili a livello nazionale, con la specializzazione in settori merceologici (superando le limitazioni territoriali che, in taluni casi, non consentono l'innovazione dell'attività delle centrali di committenza e lo sviluppo di professionalità adeguate per la miglior conoscenza dei mercati di riferimento) e con il coordinamento attraverso la messa a disposizione di accordi quadro alle amministrazioni locali, nazionali ed europee che solo la reciprocità e la cooperazione transnazionale sembrano poter assicurare.

### 3. La frammentazione della domanda pubblica: rendite di posizione e rischi di collusione

Nel modello tradizionale di gara pubblica le amministrazioni aggiudicatrici per mancanza di capacità e di risorse raramente svolgono analisi di mercato per la migliore strutturazione dei documenti di gara (bandi di gara e capitolati di appalto) con la definizione della qualità adeguata ai fabbisogni ed alle risorse disponibili, dunque con una strategia di gara che tenga anzitutto in considerazione il mercato di riferimento, locale, nazionale, europeo o globale. Le analisi di mercato e la definizione aggregata di fabbisogni possono favorire lo sviluppo di tali attività per assicurare la qualificazione della domanda pubblica e l'apertura del mercato degli appalti pubblici a nuove imprese innovative. Bandire molte gare di importo limitato costituisce pre-

<sup>35</sup> Report Pwc - *Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies*, 2015-2016, in <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/17261?locale=en>; Pwc, *SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, Febbraio 2014.

giudizio per la concorrenza e rischia di determinare “rendite di posizione” sul mercato talora favorendo collusioni tra imprese che si spartiscono il mercato ai danni dell'amministrazione e della qualità dei servizi destinati ai cittadini.

L'appalto pubblico assurge, come detto, a strumento di politica industriale per orientare le scelte degli operatori economici, verso l'innovazione e servizi sempre migliori accompagnandoli alla crescita. La rendita di posizione, fondata sulla ripetizione di gare e sull'affidamento delle stesse alle “imprese di fiducia” garantisce rendite di posizione a taluni operatori economici violando la concorrenza e determina nelle imprese aggiudicatarie l'aspettativa di una “domanda pubblica garantita” che per ciò stesso ne ostacola il cambiamento e la competitività nel mercato interno.

La perdita di competitività che deriva dalle rendite di posizione è ancor più evidente ove si consideri un mutato contesto giuridico di riferimento che richiede alle imprese capacità di innovare o di partecipare a gare che si collocano nell'ambito di un sistema di aggregazione della domanda pubblica anche a livello europeo e che richiedono capacità di innovazione e sviluppo utili anche alla eventuale costituzione di raggruppamenti temporanei di impresa.

L'analisi di mercato, strutturando centrali di committenza capaci di specializzarsi in differenti settori e di conoscere adeguatamente le imprese locali, nazionali e europee che operano nei mercati di riferimento contribuisce alla riqualificazione della domanda pubblica che è presupposto per la corretta rilevazione dei fabbisogni e per l'elaborazione delle strategie di gara.

La capacità e le strategie di gara delle centrali di committenza si rivelano efficaci ove elaborino ripartizioni in lotti che superino i confini amministrativi dei diversi livelli territoriali, o addirittura nazionali, ma tengano conto delle differenti caratteristiche dei settori merceologici, delle realtà produttive, distributive e delle innovazioni, superando la frammentazione e l'opacità sull'esecuzione che sino ad oggi hanno determinato scarsa qualità e costi irragionevoli e insostenibili<sup>36</sup>.

La suddivisione dei grandi appalti in lotti richiede una accurata strategia di gara e può essere di stimolo alla concorrenza: può essere effettuata su base territoriale, quantitativa (per volume) per assicurare che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, ovvero su base qualita-

<sup>36</sup> G. L. ALBANO, F. ANTELLINI RUSSO, *Problemi e prospettive del Public Procurement in Italia tra esigenze della pubblica amministrazione e obiettivi di politica economica*, in *Economia Italiana*, 2009, 809-830.

tiva, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI (lotti merceologici)<sup>37</sup>.

La possibilità di articolare i lotti per valore e tipologie merceologiche e soprattutto di limitare il numero di lotti aggiudicabili alla medesima impresa, può favorire l'accesso al mercato di nuovi operatori (con la rottura di cartelli consolidati nel tempo)<sup>38</sup>.

Ovviamente tali strategie vanno attuate sulla base di accurate analisi di mercato e individuando le soluzioni maggiormente vantaggiose per le amministrazioni aggiudicatrici.

Inoltre una corretta e trasparente programmazione può consentire di anticipare al mercato le strategie future per indicare obiettivi di crescita e di innovazione soprattutto per le PMI.

L'Unione Europea ha affermato la legittimità della previsione di distinti lotti correlata alla presenza di operatori economici nel settore, ovviamente richiedendo una particolare attenzione al contrasto della collusione ove gli operatori economici sul mercato di riferimento siano in numero limitato<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> V. GRIMM, R. PACINI, G. SPAGNOLO, M. ZANZA, *Division into Lots and Competition in Procurement*, in N. DIMITRI, G. PIGA and G. SPAGNOLO (a cura di) *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 2006.

<sup>38</sup> G. L. ALBANO, C. NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge University Press, 2016, 24-35 e 47.

<sup>39</sup> Si veda dir. 24/2014/UE, considerando n. 79. “Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente. Tuttavia, l'obiettivo di facilitare un maggiore accesso agli appalti pubblici da parte delle PMI potrebbe essere ostacolato se le amministrazioni aggiudicatrici fossero obbligate ad aggiudicare un appalto lotto per lotto anche se ciò implicasse dover accettare soluzioni sostanzialmente meno vantaggiose rispetto a quella di un'aggiudicazione che raggruppi più lotti o tutti i lotti. Pertanto, qualora la possibilità di applicare tale metodo sia stata chiaramente indicata in precedenza, dovrebbe essere possibile per le amministrazioni aggiudicatrici effettuare una valutazione comparativa delle offerte per stabilire se quelle presentate da un particolare offerente per una specifica associazione di lotti rispondano meglio, nel loro complesso, ai criteri di aggiudicazione stabiliti in conformità della presente direttiva in relazione a tali lotti rispetto alle offerte per i singoli lotti in questione, prese isolatamente. In tal caso, all'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe essere consentito aggiudicare un appalto che associ i lotti in questione all'offerente interessato. Occorre chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero effettuare tale valutazione comparativa determinando prima quali offerte rispondano meglio ai criteri di aggiudicazione stabiliti per ogni singolo lotto per poi compararle, nel loro complesso, a quelle presentate da un particolare offerente per una specifica associazione di lotti”.

La necessità di motivare le scelte relative alle strategie di gara e alla articolazione in lotti richiede indubbiamente di sviluppare nuove competenze in tal senso in modo da evitare che il sindacato giurisdizionale su tali scelte<sup>40</sup> comprometta lo sviluppo delle strategie di gara adeguate allo sviluppo di efficienza integrità e innovazione. Il sindacato su tali scelte deve limitarsi ad un'evidente irragionevolezza che non pare rinvenibile ove l'aggregazione riguardi comunque limitate percentuali del mercato di riferimento.

#### 4. La (ri)qualificazione della domanda pubblica in Italia: adeguatezza delle amministrazioni aggiudicatrici

La disciplina dei soggetti aggregatori individua l'Autorità Nazionale Anticorruzione, quale soggetto chiamato a gestire il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, "teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi" che consenta una "razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti"<sup>41</sup>.

L'attuazione della disciplina europea<sup>42</sup> persegue l'obiettivo di ridurre il numero delle stazioni appaltanti e garantire la loro adeguata qualificazione "in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce di importo"<sup>43</sup>.

L'adeguatezza si riferisce all'organizzazione e alla capacità di essere titolare della funzione e con riferimento agli appalti pubblici è correlata ai diversi tipi di contratti che sono normalmente stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici<sup>44</sup>. La tipicizzazione dei contratti in area pubblica assume dun-

<sup>40</sup> T.A.R. Lazio, Roma, II, 30 agosto 2016, n. 9441.

<sup>41</sup> L. 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, lett. bb.

<sup>42</sup> D. lgs. n. 50 del 2016, art. 3, co. I, lett. n.

<sup>43</sup> D. lgs. n. 50 del 2016, art. 38, co. I.

<sup>44</sup> R. CAVALLO PERIN, *Tavola Rotonda - Convegno Copanello 2005*, in AA. VV., *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, a cura di F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA, Torino, 2006, 128; P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Milano, 2011, 18 ss. Per un'analisi unitamente al principio di sussidiarietà seppur incidentalmente cfr.: I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, 78 ss.; R. BIN, P. CARETIL, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, 2009, Bologna, 111 ss.; S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale*, Bologna 2005, 186; R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2002, 367; G. FALCON, *Modello e transizione nel*

que una valenza particolare, poiché definendo il tipo di attività determina il tipo di professionalità necessaria per la stipula e per il controllo sull'esatta esecuzione. Tipicità dei contratti pubblici che scaturisce dall'informatizzazione dei pubblici uffici, dal software che diverrà necessario utilizzare per la stipulazione e l'esecuzione, offrendo una banca dati sulle funzioni e le prestazioni pubbliche che imporrà *ex facto* un giudizio sull'adeguatezza delle organizzazioni a svolgerle.

Le informazioni sulla stipula dei contratti nonché quelle che riguardano le prestazioni che si sono ottenute grazie alle professionalità impiegate nell'organizzazione di una gara e nel monitoraggio dell'esecuzione, rivelano le costanti ineludibili tra capacità delle organizzazioni (potenziale - *ex ante*) e qualità delle prestazioni (reale - *ex post*).

Soprattutto in materia di organizzazione da un monitoraggio dei dati sulle attività funzioni o servizi scaturisce il vincolo all'adeguatezza delle organizzazioni. La disponibilità di accordi quadro apre alla scelta di aderirvi o bandire in autonomia. La scelta preliminare - se bandire o aderire alla gara d'altri - è atto d'organizzazione che è soggetto al sindacato giurisdizionale che gli è proprio, quello per vizio d'eccesso di potere di proporzionalità secondo i principi dell'Unione europea<sup>45</sup>.

*nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Regioni*, n. 2001, 1259 s.; ID., *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Regioni*, 2002, 383 ss.; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 609.

<sup>45</sup> R. CAVALLO PERIN, *Atti del convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive - Consiglio di Stato - 14 maggio 2014*, accessibili in [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18\\_11\\_2015\\_18\\_40\\_Atti\\_del\\_Convegno\\_Consiglio\\_di\\_Stato\\_14\\_05.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18_11_2015_18_40_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05.pdf). Sul principio di proporzionalità di recente: Corte giust. UE, 8 luglio 2010, C-343/09, *Afton Chemical Limited c. Secretary of State for Transport*; Corte giust. UE, 29 giugno 2010, C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa Company Ltd*; Corte giust. UE, 24 giugno 2010, C-375/08, *Luigi Pontini e a.*; Corte giust. UE, 8 giugno 2010, C-58/08, *Vodafone LTD e a. c. Secretary of State Business, Enterprise and Regulatory Reform*; Corte giust. UE, 20 maggio 2010, C-365/08, *Agrana Zucker GmbH c. Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*; Corte giust. UE, 21 gennaio 2010, C-311/08, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI) c. Regno del Belgio*. Cfr. D.U. GALETTA, *Le principe de proportionnalité*, in *Droit administratif Européen*, sous la direction de J.B. Auby et J. Duthail de la Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2013, 501 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 74 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 110 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 108 ss.

L'attività di vigilanza di ANAC mediante la *disclosure* dei dati<sup>46</sup>, di per sé determina dei riallineamenti ed anche un adeguamento all'appropriatezza delle quantità e delle qualità di volta in volta necessarie e la disponibilità di accordi quadro cui attingere indurrà a rinunciare a procedure selettive autonome per aderire volontariamente a gare già fatte, ove sia evidente l'impossibilità di ottenere condizioni migliori.

La disciplina europea in materia di contratti pubblici si concentra sulla qualificazione degli operatori economici, senza considerare la necessità che tali livelli di qualificazione debbano corrispondere anche dal lato pubblico della stazione appaltante. Questa concezione, ispirata a garantire l'adeguatezza della stazione appaltante, è oggi presa in considerazione nell'attuazione nazionale delle Direttive UE del 2014.

La razionalizzazione e la riorganizzazione della funzione acquisti richiedono l'individuazione di soggetti giuridici dotati delle risorse (economiche e professionali) idonee alle caratteristiche dei differenti mercati ed alla tipologia e valore dei contratti.

La disciplina attuativa delle direttive UE in materia di contratti pubblici interviene sui profili organizzativi della domanda pubblica, con norme in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti che tendono ad assicurare il "contenimento dei tempi e la piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti (...), salvaguardando l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea"<sup>47</sup>.

Un ruolo centrale compete all'Autorità Nazionale Anticorruzione – A.N.A.C. nella definizione delle modalità attuative del sistema di qualificazione<sup>48</sup> e nella tenuta dell'elenco delle stazioni appaltanti e centrali di committenza "qualificate"<sup>49</sup>.

Vi rientrano anche i cosiddetti "soggetti aggregatori" i quali, oltre ad avere la natura giuridica di centrale di committenza, costituiscono "una forma evoluta della seconda, in quanto si tratta di centrale di committenza 'qualificata' ed 'abilitata' (*ex lege* o tramite preventiva valutazione

<sup>46</sup> G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al bit*, Torino, Giappichelli, 2014, 360-363. Sulla qualità dei dati cfr. E. CARLONI, *La qualità dei dati pubblici*, in B. PONTI (a cura di) *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2008, 253 e ss.

<sup>47</sup> L. n. 11 del 2016, art. 1, lett. dd).

<sup>48</sup> D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 38, co. V, VI e VII.

<sup>49</sup> D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 38, co. I.

dell'A.N.A.C. e successiva iscrizione nell'apposito elenco) all'approvvigionamento di lavori, beni e servizi per conto dei soggetti che se ne avvalgono"<sup>50</sup>. I soggetti aggregatori, nel numero massimo di 35 (oggi 32), sono stati individuati da A.N.A.C. a seguito della verifica circa il possesso di alcuni requisiti. Tale sistema è coordinato dal "tavolo tecnico dei soggetti aggregatori" composto da rappresentanti delle istituzioni e delle centrali di committenza, sulla base di proprie analisi, determina le categorie di beni e servizi (e le soglie)<sup>51</sup> per la cui acquisizione le amministrazioni pubbliche devono ricorrere alla centrale di committenza nazionale Consip S.p.a. ovvero ad altri soggetti aggregatori.

La corretta gestione delle risorse pubbliche comporta la definizione di strategie di gara che possono essere attuate solo con un coordinamento ed una collaborazione amministrativa che superi la duplicazione e moltiplicazione di gare per le medesime prestazioni.

La dimensione organizzativa degli acquisti pubblici comporta l'utilizzo e la condivisione di tecnologie, evitando duplicazioni e sprechi legati all'acquisizione di piattaforme e software non necessarie e richiede la costruzione di modelli operativi e gestionali efficienti<sup>52</sup> ed in grado sia di contenere i costi, sia di innovare metodi e modelli, con professionalizzazione del personale.

La definizione dei requisiti tecnico-organizzativi per ottenere la qualificazione è demandata a un apposito D.P.C.M. tenendo conto dei criteri di qualità, efficacia e professionalizzazione. Per le centrali di committenza deve, altresì, aversi riguardo al carattere di stabilità e al relativo ambito territoriale.

La qualificazione ha ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano i processi di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione alla capacità di programmazione e progettazione, ai processi di affidamento e di verifica sull'esecuzione, nonché a quelli relativi al controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera<sup>53</sup>. Essa è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia, alla complessità del contratto e per fasce d'importo ed è valida per un periodo di tempo di cinque anni nonostante possa essere rivista a seguito di verifica, anche a

<sup>50</sup> A.N.A.C., delibera n. 3 del 25 febbraio 2014.

<sup>51</sup> D.P.C.M. del 24 dicembre 2015 individua le categorie e le soglie per gli anni 2016 e 2017.

<sup>52</sup> L. FIORENTINO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4, 436.

<sup>53</sup> D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 38, co. III.

campione, da parte di A.N.A.C. o su richiesta della stazione appaltante stessa.

Nell'elenco sono iscritti, di diritto, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le sue articolazioni periferiche (costituite dai Provveditorati interregionali per le opere pubbliche), Consip S.p.a., Invitalia (che risulta tra i soggetti inseriti nell'elenco, su indicazione delle Commissioni Parlamentari), nonché i soggetti aggregatori regionali.

La disciplina individua i parametri sulla base dei quali saranno definiti i criteri per la qualificazione delle stazioni appaltanti distinguendo "requisiti di base"<sup>54</sup> a "requisiti premianti"<sup>55</sup>.

I requisiti di base richiesti attengono prevalentemente a profili di carattere organizzativo, quindi ad esempio, le strutture organizzative destinate alle attività di *procurement*, il sistema di formazione e aggiornamento del personale dedicato, la dimensione dell'attività. Tra i requisiti premianti, rientrano, invece, la valutazione positiva dell'A.N.A.C. in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione<sup>56</sup>, la promozione della legalità e la disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara.

L'effettività delle previsioni in tema di qualificazione, sono garantite da misure sanzionatorie e premiali. Per quanto concerne le misure sanzionatorie, si stabilisce che, dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, l'A.N.A.C. non rilascerà più il codice identificativo di gara, dal cui possesso non può prescindere per avviare le procedure, alle stazioni appaltanti che procedono all'acquisizione di beni, servizi o lavori non rientranti nella qualificazione conseguita. L'attribuzione di una quota parte delle risorse destinate alla premialità delle stazioni appaltanti al fondo per la remunerazione del risultato dei dipendenti e dirigenti appartenenti alle unità organizzative competenti per i procedimenti disciplinati dalla disciplina costituisce un incentivo per la corretta applicazione delle misure.

<sup>54</sup> D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 38, co. IV, lett. a).

<sup>55</sup> D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 38, co. IV, lett. b).

<sup>56</sup> In materia di conflitto di interesse (art. 42(31)), le stazioni appaltanti dovranno predisporre misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione(32), nonché individuare, prevenire e risolvere, in modo efficace, ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

La qualità degli approvvigionamenti pubblici concerne anche gli strumenti e le tecniche contrattuali utilizzate dalle stazioni appaltanti. Per ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare, si demanda ad un futuro intervento normativo<sup>57</sup> la revisione degli strumenti negoziali (accordi quadro, convenzioni e altre procedure di appalto) utilizzabili da Consip S.p.a., dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza.

La rilevanza di tale disciplina per il mercato di riferimento è evidente poiché da tale nuovo assetto della domanda pubblica deriverà anche una conformazione degli operatori economici che vi parteciperanno.

Fra gli obiettivi di tale ri-qualificazione della domanda pubblica vi è infatti la creazione di un contesto favorevole alle micro, piccole e medie imprese, anche attraverso l'incremento del ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico. L'estensione della digitalizzazione degli appalti pubblici avrà anche un impatto sui tempi di espletamento delle procedure.

L'operatività concreta del "sistema a rete" delle centrali di committenza, fondato sulla interazione e sulla condivisione di *best practices*, mediante il coordinamento dell'attività contrattuale e della pubblicazione dell'attività svolta pare volto alla trasparenza e costituisce l'occasione per evitare una duplicazione di gare aventi il medesimo oggetto<sup>58</sup> e promuovere la definizione di strategie che tendano a far sviluppare il mercato di riferimento.

##### 5. La domanda pubblica come strumento di politica industriale per l'innovazione

Le organizzazioni professionali di acquisto, come si è visto, possono assumere peculiare rilievo nel *public procurement* d'innovazione, i cui rischi difficilmente possono essere sostenuti da singole amministrazioni aggiudicatrici, mentre appalti congiunti e cooperazioni anche transfrontaliere possono aprire a nuove opportunità commerciali con accrescimento dei vantaggi del mercato interno per le imprese più innovative<sup>59</sup>.

Lo sviluppo di competenze giuridiche, economiche, informatiche, economiche e di conoscenza dei mercati, può anche favorire la realizzazione di appalti verdi, sociali e innovativi assicurando l'effettiva concorrenza tra operatori economici di Stati Membri differenti, ove sino ad oggi le sole forme di

<sup>57</sup> Un D.P.C.M. da emanarsi entro un anno dall'entrata in vigore del Codice.

<sup>58</sup> D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 41.

<sup>59</sup> Dir. UE 2014/24, considerando n. 73.



cooperazione dal lato dell'offerta<sup>60</sup> non sono risultate sufficienti a garantire una più ampia partecipazione<sup>61</sup>.

La domanda pubblica può costituire in Italia e in Europa un importante strumento di politica industriale per orientare lo sviluppo e la crescita. Una migliore qualificazione della domanda pubblica può stimolare gli investimenti in ricerca industriale orientando il mercato verso uno sviluppo dell'offerta in conformità ai principi di qualità e concorrenza che possa trovare anche altri mercati.

Le più recenti evoluzioni normative si sono fondate su numerosi progetti Europei<sup>62</sup> avviati per verificare e superare le richiamate criticità con l'obiettivo di sostenere sia gli appalti pubblici innovativi per l'acquisto di innovazioni già esistenti ma non diffuse sul mercato<sup>63</sup>, sia attraverso gli appalti pre-commerciali che hanno ad oggetto attività di ricerca e sviluppo ovvero l'acquisizione di beni e servizi non ancora presenti sul mercato e rispondenti ad uno specifico bisogno delle amministrazioni aggiudicatrici de-

<sup>60</sup> Su cui si v. S. TORRICELLI, M. DELL'ANNO, *L'aggregazione dell'offerta tra tutela dell'autonomia negoziale delle imprese e sviluppo armonico del mercato*, in R. F. ACEVEDO, P. VALCARCEL FERNANDEZ (ed. by) *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 229.

<sup>61</sup> R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Le modificazioni organizzative negli appalti e servizi pubblici delle pubbliche amministrazioni e l'ordinamento dell'Unione europea*, cit.

<sup>62</sup> Commissione UE, DG Enterprise and Industry, *The lead market initiative*, 2009. S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new Eu Directive and in some EU-funded projects*, cit.

<sup>63</sup> WILKINSON et al., *Public procurement for research and innovation, DG research of the EU Commission*, 2005, che definisce l'innovazione come "trasformazione di un'idea: in un prodotto (bene o servizio) o processo, manifatturiero o distributivo, nuovo o significativamente migliorato". Si distinguono differenti tipologie di innovazione: innovazione incrementale che comprende la modifica, la rifinitura, la semplificazione, il consolidamento e il miglioramento di prodotti, processi, servizi e attività di produzione e distribuzione già esistenti; innovazione radicale che implica l'introduzione di nuovi prodotti o servizi che possono dare origine a nuove aziende importanti, oppure essere causa di modifiche considerevoli all'interno di un'intera impresa, e motore per la creazione di nuovi valori e innovazione *breakthrough* (o innovazione rivoluzionaria) che punta sulla sorpresa che genera nelle persone. Questa tipologia di innovazione è rara e deriva da intuizioni scientifiche o ingegneristiche. Si veda sul punto: *Guide to Support Innovation in Small and Middle Enterprises (SMEs)*, realizzata nell'ambito del progetto Europeo *InnoSupport*: cfr. <http://www.innoskills.net/>.

finito nel capitolato tecnico e perciò esclusi dall'applicazione delle procedure ordinarie di selezione del contraente<sup>64</sup>.

Per stimolare l'evoluzione dell'innovazione è risultato strategico il sostegno all'istituzione di reti di acquirenti pubblici in Europa<sup>65</sup> per la promozione di forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici di Stati Membri differenti<sup>66</sup>, capaci di assicurare la piena realizzazione del mercato interno. In tale contesto hanno assunto sempre maggiore rilievo le strutture di aggregazione della domanda pubblica quali le centrali di committenza che possono favorire un più ampio uso di strumenti contrattuali quali gli accordi quadro nonché un innovativo utilizzo di strumenti elettronici per rafforzare la trasparenza e l'*accountability* nell'intero ciclo del contratto pubblico assicurando altresì un più diffuso controllo da parte dei cittadini sulla qualità della spesa pubblica<sup>67</sup>.

La nuova direttiva europea sugli appalti pubblici<sup>68</sup> riprende dagli esiti di tali progetti le rilevate criticità e si propone di superarle, evidenziando tra

<sup>64</sup> Si veda: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/innovation-procurement>. Sugli appalti pre-commerciali si veda: Comunicazione della Commissione Europea COM (2007) 799 del 14 dicembre 2007, *Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*.

<sup>65</sup> La Commissione UE ha supportato la creazione di tre reti transnazionali. "Enprotex", con l'obiettivo di stimolare l'innovazione di prodotti tessili di protezione attraverso gli appalti pubblici volti a soddisfare le future esigenze dei servizi antincendio e di soccorso per incoraggiare l'innovazione nel settore (su "Enprotex" vedi: <http://www.firebuy.gov.uk/home.aspx>). "Sci-Network" per sfruttare le innovazioni sostenibili nell'edilizia concentrandosi su tre temi: ristrutturazione del patrimonio edilizio esistente, materiali da costruzione innovativi, e l'uso dell'analisi del life-cycle analysis (LCA) e del life-cycle costing (LCC) (su "Sci-Network" vedere <http://www.iclei.org/index.php?id=796>). Infine, "Lcb-Healthcare" cerca di stimolare la creazione di soluzioni innovative a basse emissioni per il settore sanitario. Verrà creata una piattaforma per una rete di soggetti interessati in materia di appalti pubblici che vogliono essere proattivi nello stimolare soluzioni edilizie innovative a basse emissioni per il settore sanitario. Cfr. Commissione UE, *iniziativa dei mercati guida per sbloccare i mercati innovativi*, 7 gennaio 2008, accessibile in: [file:///C:/Documents%20and%20Settings/silvia/Documents/Downloads/IP-08-12\\_EN.pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/silvia/Documents/Downloads/IP-08-12_EN.pdf).

<sup>66</sup> PONZIO (2014: 11); RACCA (2014c: 225-254). Su cui si veda infra § 2.

<sup>67</sup> P. TREPTE, *Regulating Procurement Understanding the end and means of Public Procurement Regulation*, Oxford, 2004, 390-392; P. TREPTE, *Transparency and Accountability as Tools for promoting Integrity and preventing Corruption in Procurement possibilities and limitations*, *OSCD expert group meeting on integrity in public procurement*, Parigi, 20 giugno 2005, 15-23; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a Violation of fundamental rights: re-orientation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS, *Integrity and efficiency in Sustainable Public contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 71 e ss.

<sup>68</sup> Dir. 2014/24/UE, cit., considerando no. 71 e ss.

gli obiettivi prioritari una maggiore efficienza della spesa pubblica e un utilizzo strategico degli appalti pubblici da parte dei committenti per perseguire “obiettivi condivisi a valenza sociale”<sup>69</sup> e ambientale o legati alla tutela della salute<sup>70</sup> favorendo, attraverso politiche incentrate sulla domanda, l’innovazione delle piccole medie imprese<sup>71</sup>. La domanda pubblica, se correttamente orientata, può costituire utile stimolo all’innovazione e agli investimenti da parte degli operatori economici dei mercati di riferimento, favorendo la competitività tra gli stessi, la creazione di nuove opportunità di lavoro e una crescita economica intelligente, sostenibile e inclusiva<sup>72</sup>, con un più efficiente impiego di risorse e finanziamenti pubblici<sup>73</sup>.

Gli appalti pubblici di beni, lavori e servizi innovativi possono consentire lo sviluppo di nuovi prodotti ovvero il miglioramento di quelli già esistenti, assicurando efficienza, qualità e sostenibilità della contrattazione pubblica. L’innovazione si qualifica, in tale contesto, come innovazione di prodotto e incide sulla definizione dell’oggetto del contratto, sull’individuazione dei criteri di valutazione delle offerte e sulle clausole di esecuzione<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Dir. 2014/24/UE, *cit.*, considerando no. 2. *COMPORI* (2015: 4).

<sup>70</sup> EDLER – GEORGHIOU (2007: 949-963); RACCA (2010a: 165-178).

<sup>71</sup> Commissione UE, 3 marzo 2010, *Europa 2020 — Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

<sup>72</sup> Commissione UE, 3 marzo 2010, *Europa 2020 — Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»). Dir. 2014/24/EU, *cit.*, considerando n. 2.

<sup>73</sup> Dir. 2014/24/EU, *cit.*, considerando n. 2.

<sup>74</sup> Dir. 2014/24/EU, *cit.*, considerando n. 95. “È d’importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. In tale contesto, è opportuno ricordare che gli appalti pubblici sono essenziali per promuovere l’innovazione, che è di primaria importanza per la futura crescita in Europa. Tenuto conto delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati, non sarebbe tuttavia opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione. Il legislatore dell’Unione ha già fissato requisiti obbligatori in materia di appalti volti ad ottenere obiettivi specifici nei settori dei veicoli per il trasporto su strada (dir. 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio) e delle apparecchiature da ufficio (regolamento (CE) n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio). Inoltre, la definizione di metodologie comuni per il calcolo dei costi del ciclo di vita ha fatto grandi progressi. Pertanto, appare opportuno proseguire su questa strada, lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente, e promuovere lo sviluppo e l’utilizzazione di un approccio a livello europeo per il calcolo dei costi del ciclo di vita in modo da favorire ulteriormente il ricorso agli appalti pubblici a sostegno di una crescita sostenibile.

La domanda di beni, servizi e lavori innovativi sostiene lo sviluppo di tali soluzioni che potranno essere impiegate anche nel mercato privato.

Tuttavia, per sfruttare appieno le potenzialità offerte dal mercato interno con la condivisione dei rischi legati allo sviluppo di progetti innovativi che difficilmente possono essere sostenuti dalle singole amministrazioni aggiudicatrici, occorre affiancare all’innovazione del prodotto un’innovazione giuridica che involga i modelli organizzativi per l’acquisto pubblico<sup>75</sup> con il coordinamento tra centrali di acquisto capaci di sostenere l’innovazione.

Come si è detto la frammentazione della domanda pubblica ha limitato significativamente tali strategie e lo sviluppo dell’innovazione.

Gli operatori economici si sono adattati ad una domanda frammentata anche quando l’offerta perviene da poche multinazionali che hanno adattato la loro catena distributiva alle gare locali. Le recenti strategie di aggregazione, mediante articolazione in lotti della domanda pubblica richiedono un significativo cambiamento agli operatori economici che dovranno ripensare la loro organizzazione.

Non solo la disciplina dei raggruppamenti temporanei, ma anche uno sviluppo che porti alla crescita e all’adattamento alla programmazione della domanda pubblica che richiederà anche innovazione, sostenendola ed accompagnandola nel tempo.

La riqualificazione della domanda pubblica richiede agli operatori economici l’accettazione delle mutate regole e modalità della selezione, in parità con gli altri operatori, con trasparenza che diviene essenziale per assicurare la qualità e l’integrità improrogabilmente richiesta dai destinatari (anche finanziatori) delle prestazioni stesse.

<sup>75</sup> RACCA (2014b: 10). Si veda: République Française, Ministère de l’économie, *Faire de la commande publique un vrai moteur de croissance des achats hospitaliers innovants*, maggio 2015, 33, ove, in conformità con il “Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l’emploi”, vengono individuate le strategie per favorire l’accesso delle PMI nel settore degli appalti pubblici anche quale strumento per favorire l’innovazione attraverso un “risk-sharing” tra l’amministrazione pubblica e gli operatori economici privati. cfr. la disciplina relativa ai soggetti aggregatori individuati quali soggetti qualificati, d. lgs. n. 50 del 2016, art. 38, co. I. cfr. anche: ANAC Delibera di revisione dell’Elenco dei Soggetti Aggregatori 20 luglio 2016, n. 784. Circa il tavolo dei soggetti aggregatori cfr. d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito con l. 23 giugno 2014, n. 89 - art. 9, co. II; D.P.C.M. 14 novembre 2014, art. 2; D.P.C.M. 7 marzo 2016.