

Gabriella M. Racca - Silvia Ponzio

**LA SCELTA DEL CONTRAENTE
COME FUNZIONE PUBBLICA:
I MODELLI ORGANIZZATIVI
PER L'AGGREGAZIONE
DEI CONTRATTI PUBBLICI**

Estratto

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA: I MODELLI ORGANIZZATIVI PER L'AGGREGAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. La qualità dei contratti pubblici, l'effettività dell'autonomia e l'adeguatezza delle amministrazioni aggiudicatrici. — 2. La qualificazione dell'aggregazione nelle centrali di committenza. — 3. Gli accordi quadro per l'innovazione delle strategie di gara e delle prestazioni. — 4. Le strategie di gara e la ripartizione in lotti per l'innovazione e lo sviluppo.

1. *La qualità dei contratti pubblici, l'effettività dell'autonomia e l'adeguatezza delle amministrazioni aggiudicatrici.* — La recente normativa sui contratti pubblici europea e nazionale reca tra le innovazioni più significative la disciplina dell'aggregazione della domanda pubblica, sia con riferimento al profilo soggettivo, con le differenti modalità organizzative di “centralizzazione delle committenze”, sia relativamente agli strumenti contrattuali, con l'apertura a differenti e sempre più sofisticate strategie di gara, mediante gli accordi quadro ².

¹ L'articolo costituisce l'esito di riflessioni comuni, tuttavia i paragrafi 1 e 2 sono di Gabriella M. Racca e i paragrafi 3 e 4 sono di Silvia Ponzio.

² Art. 37, *Aggregazioni e centralizzazione delle committenze*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*; 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*, 2, 2018, 371; G. M. RACCA, *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*

I modelli giuridici di cooperazione amministrativa tra amministrazioni aggiudicatrici³ determinano un radicale cambiamento organizzativo della funzione appalti che risulta spesso affidata a soggetti terzi. Simili modelli organizzativi, noti e particolarmente sviluppati in alcuni Stati europei e americani, determinano mutamenti significativi rispetto alla normale indizione di gare da parte di singole amministrazioni, per la soddisfazione dei propri fabbisogni.

Di recente la Commissione europea ha individuato la cooperazione negli appalti, sia all'interno degli Stati membri, sia transfrontaliera e transnazionale, come uno strumento di efficienza, integrità e sviluppo del mercato interno⁴. È evidente che l'aggregazione della funzione appalti richiede capacità e professionalità nuove e differenti rispetto a quelle disponibili nei tradizionali uffici appalti delle oltre 40.000 amministrazioni aggiudicatrici italiane.

Il fondamento giuridico delle differenti modalità di cooperazione amministrativa è da tempo ricondotto alle discipline sugli accordi fra pubbliche amministrazioni⁵. Alle modalità generali si affiancano quelle specifiche, che permettono e favoriscono la collaborazione, fino ad

34

pace con le imprese, Bologna, Il Mulino, 489; D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; B. G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 5, 613; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda, Vicende della negoziazione con le P.P.A.A., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, 2011; G. L. ALBANO, C. NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge University Press, 2016.

³ R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. Italiana di Dir. Pubb. Comunitario*, 2016, 1474 ss.; M. P. CHITI, *Lo spazio amministrativo europeo*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, Editrice 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 ss.; 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 ss.

⁴ 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*, in G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di) *Public contracting and innovation: lessons across borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (diretto da J.B. AUBY), Bruxelles, Bruylant, in corso di pubblicazione.

⁵ G. M. RACCA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 101; R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, cit., 1476.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

imporla o a condizionarla variamente, a seconda del valore o della tipologia della prestazione da acquistare.

Le scelte di “aggregazione” possono condurre ad appalti congiunti occasionali, di comune interesse⁶, 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 di frequente si sono istituite centrali di committenza per lo svolgimento di gare a favore di altre amministrazioni aggiudicatrici. Alle centrali d’acquisto può infatti delegarsi lo svolgimento di una specifica gara, ovvero di tutte le gare relative a particolari prestazioni, con scelte vincolate dall’ordinamento, ovvero discrezionali.

In ogni caso la specificità che si vuole evidenziare è sul modello organizzativo che sposta l’analisi sul sistema delle gare pubbliche⁷ rispetto alla singola gara, intesa come singola procedura selettiva e di esecuzione, svolta da una singola amministrazione nel proprio interesse⁸. La prospettiva tradizionale di analisi degli appalti pubblici pare destinata ad essere superata dalla richiamata necessità di qualificazione delle stazioni appaltanti, inevitabile, per la soddisfazione dei bisogni dei destinatari delle prestazioni e dei servizi pubblici e per la complessità degli

35

⁶ 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.

⁷ Mentre per la teoria economica i contratti delle pubbliche amministrazioni costituiscono un esempio di mercato rilevante (cfr. F. LAPECORELLA - I. RIZZO, *La regolamentazione del mercato dei lavori pubblici: alcune indicazioni di policy*, in *Intervento pubblico e architettura dei mercati*, Milano, Franco Angeli, 2002, 202), altri considerano la domanda di beni, servizi e lavori della p.a. in distinti e separati segmenti di mercato: cfr. 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. anche: Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

⁸ J. M. GIMENO FELIU e altri, *El control de la ejecución de los contratos de colaboración público-privada como elemento determinante de una nueva gobernanza*, in J.M. GIMENO FELIU e altri (a cura di), *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona, 2018, 13 e ss.; G. M. RACCA, *Dall’Autorità sui contratti pubblici all’Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in questa *Rivista*, 2015, 362; 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 in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 199 e ss.; G. M. RACCA, *Relazione al Convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato - Roma, 14 maggio 2014, cit., 11 e ss. Commissione UE, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell’unione sulla lotta alla corruzione*, 3 febbraio 2014, 34 e 35. M. YSEULT, *Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?*, in J.-B. AUBY - E. BREEN - T. PERROUD (a cura di), *Corruption and Conflicts of Interest A Comparative Law Approach*, Edward Elgar, 2014, 85-112.

interessi correlati, unitamente alla ormai evidente trasformazione tecnologica⁹.

La funzione appalti, pur con ritardi e lentezze, si avvia alla richiamata trasformazione, già sviluppata in altri ordinamenti, e, come si vedrà, non potrà sottrarsi alle evoluzioni del commercio elettronico e delle banche dati, che ormai forniscono indicatori e *benchmarking*¹⁰. Del pari emergono esigenze peculiari di trasparenza e integrità¹¹, che possono essere assicurate solo mediante efficienti modelli organizzativi e strutture qualificate a svolgere analisi di mercato e a elaborare strategie di gara coordinate, nell'interesse pubblico. Di qui la necessità di analizzare il processo, finora non lineare, di trasformazione verso la professionalizzazione e la qualificazione della domanda pubblica, con le connesse modifiche organizzative, in attuazione del principio costituzionale di adeguatezza¹².

Il principio richiede che all'esercizio di funzioni o servizi corrisponda un'adeguata organizzazione, sulla base di un giudizio relazionale, sicché nessuna attribuzione di funzioni e servizi può avvenire ove non sia assicurata l'adeguatezza dell'organizzazione destinataria¹³. È principio

36

⁹ Commissione UE, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, COM (2017) 572, cit.

¹⁰ Negli Stati Uniti d'America il Congresso ha previsto disposizioni che consentissero di testare un metodo di acquisto innovativo noto come "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. Richiedendo l'uso di *e-portals*, su base governativa, la legislazione mira a favorire la concorrenza, accelerare gli appalti, consentire ricerche di mercato e assicurare prezzi ragionevoli dei prodotti commerciali attraverso più contratti con più fornitori di servizi di *e-commerce*, P.T. McKEEN, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, in G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di) *Public contracting and innovation: lessons across borders*, cit., in corso di pubblicazione; D. DAYEN, *Congress Prepares To Send Major Gift To Amazon While Trump Battles*, in *Amazon Washington Post*, The Intercept, 2017; 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.

¹¹ G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit.; G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000.

¹² Art. 118, I co. Cost.: "[l]e 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". Si v. su tali aspetti: F. MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 89.

¹³ R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, vol. I, Firenze University Press, 2016, vol. I, 10.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

istituzionale generale quello per cui le amministrazioni pubbliche sono tenute ad assicurare non solo l'efficienza nell'impiego delle risorse, ma anche l'effettività (*ex post*) dell'esercizio di poteri e funzioni affidati¹⁴ e ancor prima la capacità (*ex ante*) di conseguire i risultati, dunque l'idoneità dell'organizzazione di soddisfare gli interessi (beni) affidati alle sue cure¹⁵.

Di qui l'incostituzionalità delle leggi che attribuiscono funzioni a enti o soggetti che non dispongano di un'adeguata organizzazione, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, con interpretazioni che, nei casi dubbi, conducano all'attribuzione della competenza all'ente adeguato per capacità tecnico organizzative ed economico-finanziarie. Il principio di adeguatezza non è concetto nuovo alla disciplina dei contratti pubblici, pur se un tempo evidenziato in relazione agli operatori economici come requisito di partecipazione alle gare pubbliche, ai quali si è tradizionalmente richiesta la qualificazione delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie¹⁶.

A ciò si aggiunga che l'obiettivo di miglioramento della qualità delle prestazioni contrattuali pubbliche si fonda ora, secondo la nuova prospettiva, non solo sulla qualità dell'offerente e delle offerte, ma soprattutto sulla ridefinizione della domanda pubblica, perciò sulla "qualità" della parte contrattuale pubblica o meglio sulla qualificazione e professionalità delle strutture deputate alla funzione appalti¹⁷, defi-

¹⁴ Da ult. F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 59, sul principio di efficacia come fonte di un potere-dovere attribuito alla p.a. di adeguare la propria struttura organizzativa per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico.

¹⁵ In questi termini: S. PONZIO, *La valutazione della qualità delle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2012, 16.

¹⁶ R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, cit., 7; ID., *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa*, prefazione a J. L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari 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*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA (a cura di), *European Democratic Institutions and Administrations*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, 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, Bononia University Press, 2016, 115-124; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblica e diritto privato*, Torino, 2001, 179.

¹⁷ Cfr. 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

nendo la capacità delle amministrazioni pubbliche cui sono affidati funzioni e poteri perché possano assicurarne l'esercizio¹⁸.

Adeguatezza dell'organizzazione che è funzionale alla migliore selezione, ma anche per la coerente e corretta esecuzione, diversamente le promesse contrattuali restano inadempite e determinano la violazione dei principi della selezione ed in particolare della concorrenza, anche nell'esecuzione¹⁹.

Evidenziare la necessaria qualificazione delle stazioni appaltanti, in chiave di principio costituzionale di adeguatezza, consente di affermare una simmetria che impone a chi richiede una prestazione di saperla definire, selezionare e controllarne l'esecuzione²⁰.

Una simile adeguatezza organizzativa richiede professionalità (non occasionalità) nello svolgimento della funzione, mentre può svilupparsi

Vergata, Roma 22 gennaio 2018. Art. 38 del d.lgs. n. 50 del 2016, che prevede l'istituzione presso l'A.N.AC. di un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate, comprese le centrali di committenza. Lo schema di D.P.C.M. emanato il 4 marzo 2018 attende ancora l'emanazione delle opportune misure attuative, prima delle quali, ai sensi dell'art. 216, co. 10, d.lgs. n. 50 del 2016, i requisiti di qualificazione potranno ancora essere soddisfatti mediante l'iscrizione all'anagrafe di cui all'articolo 33-ter del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

¹⁸ 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, 36-42; 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, Editoriale Scientifica, 2017, 171 ss.; F. MANGANARO, G. VIZZARI, *Accordi tra amministrazioni, situazioni giuridiche soggettive e nuovo rito sul silenzio della P.A.*, in *Urb. e app.*, 2010, 445 e ss.; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, cit., 266 e ss. Cfr. Atti del convegno *L'aggregazione per l'efficienza e l'integrità della contrattazione per i diritti fondamentali dei cittadini*, Università degli Studi di Torino, 27 ottobre 2016; R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, cit., 6 e Id., *L'Organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4/2016, 997-1033.

¹⁹ R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2/2010, 325-354, spec. 332 e 333. 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; Cfr. A. MASSERA - M. SIMONCINI, *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2011.

²⁰ Art. 118 Cost. e 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*, cit.; 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, in <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/17>.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

solo ove una specializzazione per tipologia merceologica permetta di compiere analisi di mercato²¹ per settori e territori in coordinamento con omologhi enti di altre aree nazionali ed europee²². Prospettazione che fonda i conseguenti limiti alla capacità giuridica di contrattare, funzionali alla qualità delle prestazioni.

Le forme di aggregazione dei contratti pubblici e la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici devono svolgersi anzitutto nel rispetto dell'autonomia²³, riconosciuta in particolare agli enti territoriali nell'esercizio di poteri e funzioni²⁴, la quale, negli appalti, va intesa come assegnata alla pubblica amministrazione complessivamente intesa, più che con riferimento alle sue diverse articolazioni. Ciò consente di escludere interpretazioni che abbiano come effetto quello di compromettere il ruolo e la stessa legittimazione (costituzionale) delle centrali di committenza²⁵ ovvero di altre forme di aggregazione dei contratti pubblici.

Il riconoscimento dell'autonomia agli enti territoriali supera l'impostazione tradizionale della capacità degli stessi di darsi ordinamenti propri, adottando statuti e regolamenti, giungendo a qualificarsi come capacità di esercitare poteri e funzioni (propri) secondo i principi fissati

39

²¹ 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. da ultimo: TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 giugno 2018, n. 340. Cfr. anche il recente Parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, 14 febbraio 2019, n. 445) sulla proposta di Linee Guida dell'A.N.A.C., ("Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato").

²² Si v. *infra*, § 4. G. M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, cit., 171; 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.

²³ L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*. Sul tema cfr. G. SCACCIA, *Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO e V. LOPILATO, Milano 2006, 4. Cfr. G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni 2001*, 1247.

²⁴ A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1987, 30-41; Cfr. 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. 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.

²⁵ R. CAVALLO PERIN, *Intervento al Convegno L'aggregazione per l'efficienza e l'integrità della contrattazione per i diritti fondamentali dei cittadini*, cit.

dalla Costituzione, al fine di soddisfare bisogni di cittadini e utenti²⁶. La Costituzione definisce tali enti come autonomi (non sovrani)²⁷ e l'esercizio dell'autonomia va coordinato con la disciplina, sempre costituzionale, di definizione del riparto delle funzioni amministrative tra i diversi livelli di governo sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza²⁸.

L'individuazione di poteri e funzioni in capo agli enti autonomi ha efficacia verso i terzi, gli utenti, i cittadini o, più propriamente, gli amministrati, con definizione che per ciò stesso pare escludere le attività di supporto all'ente, tra cui rientra la funzione appalti. Funzione che non costituisce esercizio di autonomia qualificandosi, al contrario, come servente la stessa autonomia di esercitare funzioni o di definire programmi di erogazione dei servizi pubblici²⁹, come la funzione appalti resa all'ente autonomo dalla centrale di committenza.

I limiti alla capacità giuridica degli enti autonomi (tra cui l'aggregazione dei contratti pubblici), imposti con l'attribuzione delle funzioni a soggetti terzi, non pregiudicano l'autonomia agli stessi riconosciuta dalla Costituzione, ma, al contrario permettono di soddisfare al meglio i bisogni degli amministrati³⁰, assicurando la qualità di prestazioni e servizi pubblici che l'ente sceglie o è tenuto ad erogare.

²⁶ Da ult. F. FABRIZZI, *Commento all'art. 114 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, *La Costituzione Italiana, Commento articolo per articolo*, Vol. II, Parte II, Bologna, Il Mulino, 2018, 321.

²⁷ Sul concetto di autonomia come distinto da quello di sovranità si rinvia all'analisi di A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, cit., 32. G. BERTI, Art. 5, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, vol. I, Bologna - Roma, 1975, 277 ss. Cfr. Corte Cost., 14 gennaio 2016, 1, in cui si sottolinea la necessità del rispetto del principio di leale collaborazione da parte del legislatore statale che intervenga in un ambito in cui concorrono competenze eterogenee, ripartite fra Stato ed enti territoriali minori.

²⁸ R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, cit., 9, per cui i principi di adeguatezza e sussidiarietà sono funzionali a realizzare "un'azione istituzionalmente integrata" per garantire l'effettività di un ordinamento e delle sue componenti. Cfr. 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. SAIITA, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 407 e ss. e 301 ss.

²⁹ R. CAVALLO PERIN, Intervento al Convegno *L'aggregazione per l'efficienza e l'integrità della contrattazione per i diritti fondamentali dei cittadini*, cit.

³⁰ Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937, in *giustizia-amministrativa.it*, 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. Cfr. B. G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 5, 613. La misura di gestione del rischio connesso alla stipulazione dei contratti

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

Se, dunque, le attività necessarie al funzionamento dell'ente non costituiscono esercizio in senso significativo e principale dell'autonomia, al contrario ne permettono la realizzazione proprio perché assicurano l'adeguatezza organizzativa necessaria a ciascun ente, sviluppando le forme di collaborazione amministrativa più opportune. Si tratta di scelte che andrebbero attuate anche a prescindere da ogni forma di obbligatorietà, in quanto se ne evidenzia la necessità per la mancanza di adeguatezza ed il rischio, da rilevare nei piani di prevenzione della corruzione, insito nell'esercizio di funzioni per le quali non si disponga di professionalità adeguate.

La professionalità necessaria allo svolgimento della funzione appalti, intesa come attività rivolta all'ente, può soddisfare sempre meglio le scelte di autonomia ove si affermi un modello articolato sull'attività di più centrali d'acquisto pubbliche che offrano il "servizio gare" e fra le quali sia possibile scegliere. Si tratta della questione relativa al concetto di competizione tra una pluralità di centrali di committenza che possa anche superare gli obblighi di adesione alle gare di una sola centrale d'acquisto, riaffermando l'esercizio dell'autonomia proprio nel potere di scelta (gara delle gare, come scelta tra aggiudicazioni già avvenute) ³¹.

Il sistema appalti è chiamato a soddisfare i bisogni e la sua inefficienza o inadeguatezza, soprattutto quando risulti persistente, può determinare una perdita di legittimazione e fiducia nei cittadini il cui diritto alla buona amministrazione viene sacrificato ³².

L'inefficienza e la scarsa integrità della funzione appalti hanno determinato, nel nostro ordinamento, l'imposizione di varie forme di aggregazione. La stessa inefficienza dei modelli di aggregazione può

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*.

³¹ 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*, cit., 489 e ss. Tali aspetti sono ripresi nel § 4. R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, cit., 1474 e ss.

³² R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, cit., 22 e s.

determinare la scelta di diversi e nuovi modelli organizzativi. Per questo motivo occorre sviluppare il sistema delle centrali d'acquisto e la rete dei soggetti aggregatori³³ per soddisfare i bisogni degli enti che ad essi ricorrono, per evitare di affidare la selezione ad algoritmi privati non trasparenti³⁴.

L'attribuzione di funzioni richiede dunque il trasferimento degli uffici, in senso tecnico giuridico, cioè l'insieme dei beni e delle persone e dell'organizzazione di essi. Il principio di proporzionalità può permettere di riorganizzare la funzione e raggiungere l'adeguatezza anche mediante uffici più limitati numericamente rispetto al passato. Ovviamente questo è possibile ove si raggiungano professionalità e aggregazione significative, mentre non si ottiene con la sommatoria di piccoli uffici che restano inadeguati, anche ove cooperino nelle stazioni uniche appaltanti o nelle centrali uniche di committenza, che non assicurano la trasformazione della funzione appalti in effettiva aggregazione, ma attuano sommatorie di singole gare tradizionali, ciascuna con differenti documenti di gara e commissioni giudicatrici.

42

Nella sua dimensione costituzionale il principio di adeguatezza costituisce norma imperativa la cui violazione determina nullità degli atti amministrativi³⁵ ed incostituzionalità delle leggi che traferiscano funzioni senza uffici. In base all'art. 114 Cost. “*La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*”, con affermazione che può essere interpretata come di unione e non di separatezza, funzionalmente orientata a valorizzare i concetti di comunità, dell'insieme degli enti che costituiscono la Repubblica e di riconoscimento e promozione dell'autonomia, e che richiede un impiego diffuso di sinergie negli obiettivi della Repubblica per il perseguimento del “pieno sviluppo della persona umana”³⁶. Promozione dell'autono-

³³ Sui modelli si veda *infra*, § 2.

³⁴ Cfr. P.T. McKEEN, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, in G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di) *Public contracting and innovation: lessons across borders*, cit.; D. DAYEN, *Congress Prepares To Send Major Gift To Amazon While Trump Battles*, in *Washington Post*, The Intercept, cit.

³⁵ Ai sensi del 21, *septies*, l. 241 del 1990, cit. e dell'art. 1418, comma primo, cod. civ.: R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325-354.

³⁶ Art. 3, co. 2, Cost. e dell'art. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Per tutti da ult.: M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Art. 3*, Carrocci, 2017; D. SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 122.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

mia, dunque, per la migliore realizzazione del buon andamento (dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità) in attuazione dell'art. 97 della Costituzione, in favore dei cittadini, proprio in ragione dell'adeguatezza delle organizzazioni pubbliche che tali bisogni soddisfano.

L'affermazione costituzionale dell'autonomia, in questa prospettiva, mentre non può giustificare le inefficienze, al contrario legittima, fino a renderlo doveroso, l'esercizio di attività rivolte all'ente al livello organizzativamente e professionalmente più adeguato, poiché funzionali alla qualità delle prestazioni ai cittadini³⁷. In questo senso si distingue l'esercizio dell'autonomia nel rapporto con i cittadini dalle questioni relative all'efficienza interna all'ente, che richiede di attuare le diverse forme di cooperazione amministrativa e di ricorso ad attività realizzate da altri enti. Il trasferimento da un ente ad un altro di funzioni risulta dunque costituzionalmente irrilevante ove si tratti di funzioni serventi l'autonomia, volte, perciò, ad assicurarne l'efficienza e la migliore qualità per i cittadini.

2. *La qualificazione dell'aggregazione nelle centrali di committenza.*

— L'aggregazione dei contratti pubblici nel nostro ordinamento ha trovato, come noto, un primo riferimento normativo nella disciplina che attribuiva al Ministero dell'Economia e delle Finanze la competenza sull'acquisizione (centralizzata) di beni e servizi per le amministrazioni (statali e non), mediante convenzioni quadro aggiudicate dalla società pubblica Consip, come centrale unica di committenza nazionale³⁸.

³⁷ I nuovi enti territoriali di "area vasta", Province e Città Metropolitane, sono stati indicati come dimensione territoriale ottimale rispetto agli obiettivi di riorganizzazione del sistema degli appalti pubblici a livello locale, anche in ragione del notevole patrimonio di competenze tecnico-specialistiche per soddisfare i bisogni del territorio. Sui possibili modelli di *governance* territoriale negli appalti pubblici: v. il 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.

³⁸ D.Lgs. 19 novembre 1997 n. 414 che affida a Consip le attività informatiche dell'Amministrazione statale in materia finanziaria e contabile; D.M. 22 dicembre 1997 e 17 giugno 1998 con cui si assegnano la gestione e lo sviluppo di servizi informatici Ministero del Tesoro. Alla Centrale di committenza vengono successivamente attribuite competenze di promozione dell'aggregazione di enti decentrati di spesa e la costituzione di consorzi per l'elaborazione di strategie comuni di acquisto e la standardizzazione merceologica dei beni e servizi da acquistare (art. 59, l. 388 del 2000) nonché la facoltà di stipulare convenzioni quadro per l'approvvigionamento di beni o servizi di specifico interesse di una o più amministrazioni e di svolgere facoltativamente ed a titolo gratuito, per conto e su richiesta delle amministrazioni medesime, le attività di stazione appaltante, nel rispetto della normativa nazionale e europea sugli appalti pubblici (art. 24, co. 6, legge 27 dicembre 2002, n. 289). L. 23 dicembre 1999, n.

Tale modello organizzativo è stato introdotto nelle disposizioni a carattere finanziario, con l'obiettivo della razionalizzazione della spesa pubblica, prevedendo significativi risparmi di spesa, non sempre conseguiti in ragione del carattere "estemporaneo" di tali misure e dell'assenza di una prospettiva strategica di medio-lungo periodo³⁹. Di qui l'introduzione, con modalità intermittenti, di obblighi di adesione alle convenzioni stipulate dalla Centrale di committenza nazionale. Obblighi inizialmente imposti in capo solo alle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato e poi progressivamente estesi alle altre amministrazioni pubbliche⁴⁰, consentendo peraltro di procedere all'acquisizione di beni e

488, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria per l'anno 2000)*; art. 26. D.m. 24 febbraio 2000. 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*, cit., 371; C. ACOCELLA, *L'aggregazione della domanda e la centralizzazione degli acquisti nel codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, 115 e ss. Cfr. S. GIACCHETTI, *La finanziaria 2000 apre la caccia ai contratti pubblici*, in *Cons. Stato*, 2000, 789. L. FIORENTINO, *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2007.

³⁹ Cfr. MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE - CONSP S.p.A., *I Quaderni dell'Innovazione. Linee guida per interventi di gestione della domanda*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., 2005. In relazione alla disciplina di contabilità pubblica si richiamano: R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato* e R.D. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*. Cfr. G. L. ALBANO, C. NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements*, cit.; L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 4/2016, 443-450.

⁴⁰ Quanto alle aziende ospedaliere v. l. 16 novembre 2001, n. 405, attraverso la previsione da parte delle Regioni di iniziative volte a favorire l'adesione alle convenzioni e strumenti utili al contenimento della spesa sanitaria approvati dal CIPE; agli enti locali: cfr. artt. 24 e 32, l. 448 del 2001 - c.d. legge finanziaria 2002; infine a tutte « le pubbliche amministrazioni » e agli « enti pubblici istituzionali » v. art. 24, co. 3, l. n. 289 del 2002 (legge finanziaria 2003). Ancora, v. l'art. 1, co. 7, l. 7 agosto 2012 che impone alle amministrazioni a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, il ricorso agli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali, sanzionando con la nullità i contratti stipulati in violazione di tale disposizione. Per le applicazioni giurisprudenziali, cfr. TAR Lazio, 24 maggio 2018, n. 5781, in cui si afferma che l'obbligo per i Comuni di avvalersi delle Convenzioni Consip ha natura diversa rispetto a quello di considerare a cd. *benchmark*, ex art. 1, comma 449, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007). Si precisa che l'obbligatorietà si riferisce ai parametri "di prezzo-qualità" come "limiti massimi del prezzo per l'acquisto di beni e servizi". L'obbligo suddetto di adesione è previsto anche per i Comuni ex art. 59, comma 5, l. n. 388 del 2000, abrogato e reintrodotta dall'art. 9, d.l. n. 66 del 2014, aggiungendosi agli altri obblighi nel rispetto del principio contenimento della spesa pubblica, in particolare se richiamati dalla stessa normativa. Sulla non obbligatorietà di adesione alle Convenzioni Consip da parte degli enti locali quando si tratti di servizi oggettivamente diversi rispetto all'offerta di cui alla stessa Convenzione v. TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 30

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

servizi equipollenti e di adottare « i prezzi delle convenzioni come base d'asta al ribasso », dunque a condizioni contrattuali più vantaggiose, prefigurando la nullità dei contratti conclusi in violazione di suddetti obblighi e la responsabilità amministrativa in capo al dipendente ⁴¹. Impostazione che si ritrova nella successiva affermazione della facoltatività dell'adesione alle convenzioni Consip per tutte le amministrazioni pubbliche ⁴², per la contropinta a mantenere la piena autonomia contrattuale ⁴³, nonché nella più recente reintroduzione dell'obbligo ⁴⁴ per « tutte le amministrazioni centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle

maggio 2017, n. 189, conforme a Cons. Stato, sez. III, 14 aprile 2015, n. 1908; cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2015, n. 2194. Sulla possibile deroga alle convenzioni Consip, *ex multis*, v. la deliberazione Corte Conti, n. 35/2016/PAR della Sezione regionale di controllo per il Friuli-Venezia Giulia, deliberazione n. 348/2017/PAR della Sezione regionale di controllo per il Veneto e la deliberazione 37/2018/INPR Sezione regionale di controllo per il Trentino-Alto Adige/Südtirol, in cui si sottolinea, in particolare, il carattere eccezionale della deroga alle convenzioni che resta, pertanto, un'opzione residuale. Sul parere di congruità, in funzione di supporto fornita da A.N.AC. alle stazioni appaltanti per acquisti in situazioni di urgenza, v. Comunicato, 15 febbraio 2017 rubricato “*Presupposti di ammissibilità e modalità di presentazione delle istanze per il rilascio del parere sulla congruità del prezzo, ai sensi dell'art. 163 del d.l.gs. n. 50/2016*”.

⁴¹ L'abrogato art. 24, co. 4, l. 289/2002, prevedeva che « i contratti stipulati in violazione dell'obbligo di utilizzare le convenzioni quadro definite dalla Consip s.p.a. » fossero nulli, che il dipendente che avesse sottoscritto il contratto rispondesse, « a titolo personale, delle obbligazioni eventualmente derivanti dai predetti contratti », e che la stipula degli stessi fosse causa di responsabilità amministrativa. V. S. PONZIO, *La verifica di congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip s.p.a. negli appalti pubblici di forniture e servizi*, in *Foro Amm. CDS*, 10, 2009, 2356 ss.

⁴² Da cui sono esclusi i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti e i comuni montani con popolazione fino a 5.000 abitanti: v. L. 350 del 2003 (legge finanziaria 2004) e n. 191 del 2004, che abroga l'art. 24, l. 289/2002 (ad eccezione dei commi 3, ultimo periodo, e 6-bis e 7) e modifica l'art. 26, l. 488 del 1999. Si prevede l'utilizzo dei « parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi », Ove la « differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni e quello indicato nel contratto », è valutata ai fini della quantificazione del danno erariale. D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101 (ora D.P.R. 207 del 2010).

⁴³ Cfr. Art. 114, co. 2 Cost: “*I comuni, le province, le Città Metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione*”.

⁴⁴ Cfr. d. l. 24 aprile 2014 n. 66, conv. con l. 23 giugno 2014, n. 89 che prevede l'obbligo, in capo a talune Amministrazioni, di ricorrere ai soggetti aggregatori e di approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione dalla Consip e dalle centrali di committenza costituite dalle Regioni o, in alternativa, tramite i sistemi telematici di negoziazione, dove il mancato adempimento di tali obblighi è rilevante ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale dei soggetti che vi erano tenuti. Sul tema: G. FIDONE - F. MATAIUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro Amm.*, 11, 2014, 2995 ss.; C. GALBIATI, *Una PA scissa tra tradizione e novità. Breve analisi e riflessioni aperte*, *Dir. rel. ind.*, 3, 2014, 208 ss.

istituzioni universitarie» di approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro stipulate da Consip⁴⁵, e, per gli enti del Servizio sanitario nazionale, di ricorrere alle convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento (poi qualificate come soggetti aggregatori)⁴⁶. Gli obblighi di adesione risultavano, soprattutto in passato, limitati dall'esiguità del numero e del valore delle convenzioni stipulate dalla Centrale di acquisto nazionale, unitamente alla possibilità di provare che la gara autonoma avesse un oggetto differente⁴⁷. Il ricorso a convenzioni, ove disponibili, delle centrali di committenza nazionale o regionali⁴⁸ trova dunque il proprio limite nel "giudizio di congruità"⁴⁹ riferito ai parametri di qualità e prezzo *ivi* definiti, salva la comparabilità dei beni e servizi⁵⁰.

⁴⁵ L'art. 1, co. 449-450, l. n. 296 del 2006 (mod. da l. 94/2012) aventi ad oggetto le tipologie di beni e servizi individuati, entro il mese di gennaio di ogni anno, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, tenuto conto delle caratteristiche del mercato e del grado di standardizzazione dei prodotti (cfr. D.M. 1 marzo 2007 e 23 gennaio 2008; cfr. anche art. 2, co. 574, l. 24 dicembre 2007, n. 244).

⁴⁶ Delibera A.N.A.C., 17 gennaio 2018, n. 31, *Elenco dei soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014*, n. 66.

⁴⁷ G. M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119-133; D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, cit.; G. L. ALBANO - F. DINI - G. SPAGNOLO, *Strumenti a Sostegno della Qualità negli Acquisti Pubblici*, in *Quaderni Consip*, 2008, I, 32; L. FIORENTINO (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella repubblica federale*, Il Mulino, Bologna, 2011, 18; G. MAZZANTINI, *La spesa per consumi finali nella pubblica amministrazione: analisi del trend delle sue componenti e ruolo di Consip*, *ivi*, 53 ss.; G. M. RACCA - R. CAVALLO PERIN, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Maggioli Editore, Rimini, 2011, 193-215.

⁴⁸ Cfr. art. 26, co. 3, l. 488 del 1999: "Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi del d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101", nonché anche art. 2, co. 572-573, l. 24 dicembre 2007, n. 244.

⁴⁹ Su tali questioni: S. PONZIO, *La verifica di congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip s.p.a. negli appalti pubblici di forniture e servizi*, cit., 2356.

⁵⁰ Con le correlate conseguenze sulla validità dei contratti e sulle responsabilità dei funzionari. L'obbligo è stato ribadito dal d.l. 95 del 2012 e s.m.i. Il giudizio di congruità esclude, come di recente evidenziato dal giudice amministrativo, l'utilizzo dei parametri prezzo-qualità quali limiti minimi e ineludibili di congruità degli importi a base d'asta e congruità delle offerte, qualificandoli invece come limiti massimi per l'acquisto di beni e servizi solamente ove risultino comparabili: Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2392, ove si afferma che "nel caso di specie, come evidenziato, fa difetto proprio tale comparabilità, in quanto il servizio messo a gara dal Comune di Crema, non era a quello oggetto delle condizioni della convenzione Consip Luce 4, sia per diversità dei servizi sia per diversità della durata (15 anni in luogo di 9 anni)".

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

La richiamata incertezza normativa ha, in passato, compromesso la definizione di efficaci strategie di gara da parte della Centrale d'acquisto nazionale, non legittimata a compiere scelte sui settori di intervento in base ad analisi di mercato, sui lotti merceologici e territoriali, con le correlate implicazioni di politica industriale⁵¹, che potrebbero ora utilemente svilupparsi.

Nella prospettiva delineata non pare possibile trascurare come nuovi modelli di aggregazione della domanda pubblica si vadano diffondendo nel territorio dell'Unione Europea, pur con significative differenze legate a consolidate esperienze nazionali, ovvero con il recente avvio di esperienze riconosciute non solo legittime, ma efficienti e promettenti per la gestione della funzione appalti in ambito nazionale ed europeo⁵².

La previsione, nella disciplina europea, di una categoria di amministrazioni aggiudicatrici che possono svolgere gare per soggetti terzi⁵³, si è basata sulle consolidate esperienze di alcuni Stati Membri, in particolare di Francia e Regno Unito⁵⁴.

I modelli organizzativi delle centrali di committenza in Europa sono differenti per settore di interesse o area territoriale⁵⁵, pur se riconduci-

47

⁵¹ TAR Lazio, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441, confermata da Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038.

⁵² I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit. 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”), laddove si prevede, all’articolo 227, che “Las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados.”. Quanto agli enti territoriali, si prevede specificamente che per i comuni con meno di 5000 abitanti, l’acquisto attraverso le centrali di committenza è facoltativo, (*Disposición adicional segunda. Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales*).

⁵³ Art. 37, d.lgs. n. 50 del 2016, cit. Cfr. Dir. 2004/18/CE, considerando n. 15 in cui si evidenziava il crescente ruolo assunto dalle tecniche di centralizzazione delle committenze negli Stati membri dell’Unione.

⁵⁴ I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit. La percentuale degli acquisti centralizzati sul totale dei contratti aggiudicati nel mercato europeo — pari al 20% — è nettamente influenzata dai numeri delle centrali di committenza inglese, che si attesta al 55% del totale dei propri acquisti. Per l’esperienza francese, v. A. TAILLEFAIT, *Groupements de commandes et centrales d’achats publics en France après la transposition des directives européennes de 2014*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2017.

⁵⁵ Cfr. Rapporto SIGMA - *Support for improvement in Governance and Management* (“Organising Central Public”) sui differenti modelli di centralizzazione europei, disponibile al link: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/organising-central-public-procurement-functio ns_5js4vmn5s5kd-en#page1.

bili alla definizione generale di amministrazioni aggiudicatrici (o enti aggiudicatori) che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie.

Tali attività possono consistere nell'aggiudicazione di appalti o nella conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati ad (altre) amministrazioni aggiudicatrici, talora sulla base di impegni vincolanti, ovvero senza alcun impegno o vincolo all'acquisto⁵⁶. Ne deriva la possibilità, talora l'obbligo⁵⁷, delle amministrazioni aggiudicatrici di aderire a gare già svolte da centrali di committenza (in funzione di "intermediario") o da alcune di esse qualificate come soggetti aggregatori o la possibilità di procedere all'acquisto presso centrali di committenza (in funzione di "grossista"), anche oltre i confini nazionali⁵⁸, in alternativa all'esperimento di gare autonome per l'acquisizione di beni, servizi o lavori a sé necessari.

Dalle esperienze di aggregazione nazionale si è tratto lo spunto per l'introduzione di collaborazioni ben più complesse, anche transfrontaliere e transnazionali fondate sull'utilità di attività di *benchmarking*, per superare le segmentazioni di mercato e condividere il rischio dell'innovazione⁵⁹. Il favore per le forme di cooperazione tra centrali di committenza di Stati Membri differenti può infatti contribuire allo sviluppo del mercato europeo e ad accrescere le capacità superando il "basso livello

⁵⁶ Art. 3, co. 1, lett. i), lett. l) e lett. m) d.lgs. n. 50 del 2016. Tale ruolo di intermediari potrebbe essere, appunto, svolto in ottemperanza di istruzioni e impegni vincolanti, ovvero senza uno specifico impegno o vincolo all'acquisto, che esclude "istruzioni particolareggiate dalle amministrazioni aggiudicatrici" (cfr. Direttiva 24/2014/UE, § 69).

⁵⁷ Sulla distinzione tra obblighi di adesione e mera facoltà di scelta per le altre amministrazioni di beneficiare dell'accordo quadro cfr. il caso *Copymoore Ltd contro Commissioners of Public Works in Ireland* (High Court of Ireland, sentenza del 29 maggio 2013).

⁵⁸ Cfr. art. 39, Direttiva 24/2014/UE, cit. S. PONZIO - *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, 2/2014, 11 ss.

⁵⁹ Nella Risoluzione del 4 ottobre 2018 sul pacchetto sulla strategia in materia di appalti pubblici (2017/2278(INI)), il Parlamento europeo ha invitato le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati Membri a fare ampio uso degli appalti innovativi per realizzare obiettivi di sostenibilità economica e sociale e ad adottare "un codice etico europeo degli appalti pubblici per le diverse parti interessate dalle procedure di appalto". Cfr. anche R. LUNNER, *Human Rights in Public Procurement. Protecting Them Properly?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018, 13, 198 - 2016; R. WILLIAMS PUBLIC, *Procurement for a circular economy*, *Public Procurement Law review*, 2018, 2, 70 - 71; Å. EDMAN - P. NOHRSTEDT, *No Socially Responsible Public Procurement without Monitoring the Contract Conditions*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2017, 12, 352-357.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

di professionalizzazione come problema sistemico”⁶⁰, dando così effettività alla riqualificazione della spesa.

La specificazione sulle differenti modalità operative delle centrali di committenza, come intermediari⁶¹, ovvero come grossisti, potrebbe risultare di particolare interesse, benché in Italia la seconda esperienza non si sia ancora sviluppata. Vi sono già talune esperienze europee in tal senso e perciò la direttiva ha scelto di prevedere anche tale differente modalità operativa, che incide sulla qualificazione dell’attività, non più di mera intermediazione⁶².

L’assenza di vincoli relativi a forme e modalità di svolgimento delle attività di centralizzazione delle committenze lascia agli Stati Membri⁶³ la scelta sui modelli organizzativi e sui soggetti giuridici qualificati allo svolgimento della funzione appalti, anche mediante l’instaurazione di forme di cooperazione amministrativa che per ciò stesso escludono l’applicazione dei principi e della disciplina relativi agli appalti pubblici⁶⁴. L’obbligo di scelta del contraente con gara pubblica si afferma infatti solo quando vi sia un incontro tra domanda ed offerta, che non si verifica con l’atto giuridico pubblico che fonda l’aggregazione della domanda e la costituzione di un gruppo pubblico di acquisto ovvero l’affidamento della funzione appalti ad altro soggetto (pubblico), che assolve in tutto o in parte agli oneri derivanti dai Trattati europei⁶⁵.

La centrale di committenza può dunque anzitutto considerarsi come

⁶⁰ Cfr. Commissione UE, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l’Europa*, 3.10.2017, cit.; S. PONZIO, *L’integrazione organizzativa europea nel settore degli appalti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN - A. POLICE - F. SAITTA (a cura di), *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., 597 ss.

⁶¹ D. K. BALSHØJ, *Can intermediary central purchasing bodies be subject to competition law?*, in *Public Procurement Law Review*, 2019, 2, 59-69 collega il pagamento di *fees* allo svolgimento di attività economica imprenditoriale con sottoposizione alla concorrenza di cui agli artt. 101-106 TFUE.

⁶² Corte di giustizia UE, 22 ottobre 2015, C-185/14, « *EasyPay* » AD, « *Finance Engineering* » AD c. *Ministerski savet na Republika Bulgaria, Natsionalen osiguritelnen institut*; cfr. A. SANCHEZ-GRAELLS, I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *Revisiting the Concept of Undertaking from a Public Procurement Law Perspective - A Discussion on EasyPay and Finance Engineering*, in *European Competition Law Review*, Vol. 37, n. 3, 2016, 93-98. Cfr. A. S. GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, 2015, p. 2017.

⁶³ Direttiva 2014/24/UE, art. 37.

⁶⁴ Direttiva 2014/24/UE, § 70.

⁶⁵ R. CAVALLO PERIN, *Relazione Conclusiva*, in Atti del Convegno: *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*; R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli di gestione e destino delle utilities*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L’integrazione degli ordinamenti giuridici ordinamenti in Europa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 32 e ss.

modello organizzativo fondato su una cooperazione amministrativa tra soggetti pubblici per l'adempimento di funzioni istituzionali ⁶⁶, attuandone il trasferimento verso altro soggetto giuridico ⁶⁷, con una "cooperazione pubblica" ⁶⁸ che consente di svolgere con adeguatezza la funzione appalti ⁶⁹. E ciò a prescindere dai modelli organizzativi e gestionali che possono differenziarsi in ragione della forma giuridica delle centrali (agenzie governative, enti no profit, società pubbliche) e dei settori o livelli delle attività pubbliche che esse svolgono, delle modalità attraverso le quali sono conferiti i mandati a tali organizzazioni (accordi tra amministrazioni o istituzione di nuovi soggetti giuridici cui imputare l'esercizio di poteri e funzioni), delle tipologie di strumenti contrattuali utilizzati o, ancora, dell'organizzazione e del finanziamento delle stesse ⁷⁰.

⁶⁶ *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". Su cui si v. *infra*.

⁶⁷ Recentemente 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.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ C.G.U.E., 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: C.G.U.E., 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. BALSØJ, *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.

⁷⁰ Come descritti in A.N.AC., *Relazione ai fini della redazione di un nuovo referto al Parlamento avente per oggetto l'informatica pubblica. Il codice dei contratti pubblici: il sistema degli approvvigionamenti, la centralizzazione, degli acquisti, i soggetti aggregatori, gli strumenti di scelta del contraente*, ottobre 2018, cit. Il grado di strutturazione prescelto per l'organizzazione della funzione acquisti va da modelli "leggeri" in cui alcuni soggetti istituzionali operano sulla base di accordi e convenzioni, a modelli in cui l'amministrazione territoriale ha deliberato l'istituzione di un nuovo soggetto giuridico cui imputare l'esercizio dei relativi poteri. Si contano, in particolare, cinque soggetti aggregatori regionali costituiti in forma privata (So.Re.Sa. S.p.A. per la Campania; InnovaPuglia S.p.A. per la Puglia; Arca S.p.A. per la Lombardia; In.Va. S.p.A. per la Valle D'Aosta; S.C.R. S.p.A. per il Piemonte). Cfr. A.N.AC., *Relazione ai fini della redazione di un nuovo referto al Parlamento avente per oggetto*

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

Dunque l'indifferenza del modello organizzativo è affermata purché non si ravvisino il carattere remunerativo della prestazione e la partecipazione di soggetti privati, che escludono la natura giuridica di centrale di committenza e perciò la possibilità di una cooperazione amministrativa. Centrale di committenza qui intesa come amministrazione aggiudicatrice, organismo di diritto pubblico i cui caratteri peculiari sono, oltre alla personalità giuridica, 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. Non pare infatti in contrasto con i principi europei la scelta dell'ordinamento nazionale di riferirsi, per la definizione di centrale di committenza, a soggetti pubblici (pure nella forma dell'ente *in house*, che svolge unicamente la "funzione appalti" per enti pubblici), definizione, questa, necessaria anche alla qualificazione di soggetto aggregatore. E, anzi, proprio la qualificazione come soggetto pubblico fonda la legittimazione allo svolgimento della funzione appalti in favore di altre amministrazioni aggiudicatrici, in attuazione dei principi costituzionali e degli obblighi derivanti dai Trattati.

Non pare condivisibile la prospettazione volta a qualificare la centrale di committenza come impresa che "offre il servizio dell'acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici" estendendo il novero di soggetti che potrebbero assumere tale qualificazione ai privati, poiché condurrebbe alla ridefinizione della funzione appalti, non come attività rivolta all'ente e funzione istituzionale pubblica, ma come "servizio da aprire al mercato" per assicurare la parità di trattamento tra i prestatori di servizi⁷¹. Come ricordato, la funzione appalti, opportunamente coordinata, risulta strategica al perseguimento di obiettivi di qualità in una visione sistemica di politica industriale.

l'informatica pubblica. Il codice dei contratti pubblici: il sistema degli approvvigionamenti, la centralizzazione, degli acquisti, i soggetti aggregatori, gli strumenti di scelta del contraente, cit.

⁷¹ Questione di recente rimessa alla Corte di Giustizia: Cons. Stato, sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, ove si impugna il provvedimento con il quale A.N.AC. ha escluso che una società di diritto privato costituita a sua volta da altre associazioni (Asmel s.c.ar.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).

Già la forma giuridica privata di società⁷² pare determinare talune criticità in relazione agli obiettivi di autofinanziamento o di parziale copertura dei costi⁷³ con percentuali sul transato o percentuali in *fees* da parte degli aggiudicatari⁷⁴. L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha infatti ritenuto illegittima una clausola del bando di gara che ponga a carico dell'aggiudicatario, al di fuori dei casi previsti dalla legge, rimborsi relativi ai costi di funzionamento di una centrale di committenza⁷⁵. La

⁷² Alla cooperazione pubblico privato si preferiscono ormai strategie di politica industriale che evitino rischi di deviazione negli obiettivi da parte del socio privato. Come è accaduto nell'esperienza inglese dell'NHS Supply Chain, un PPP costituito dall'NHS Business Services Authority con la società tedesca DHL Logistics con significativi obiettivi di risparmio della spesa a favore di una efficiente erogazione di prestazioni sanitarie. Dal 2006, DHL ha fornito servizi di logistica *end-to-end* al servizio sanitario inglese (NHS) in base a un Master Services Agreement (MSA) che si chiude il 28 febbraio 2019, con la sostituzione con il modello Future Operating Model (FOM) basato sulla riorganizzazione del sistema di *supply chain* in 11 merciologiche il cui servizio sarà gestito da differenti operatori economici, con la stima di un risparmio di £ 280 milioni di sterline nei primi tre anni dall'entrata in vigore del FOM.

⁷³ V., in particolare, il D.M. del MEF del 23 novembre 2012 che rende operativi i meccanismi di remunerazione sugli acquisti in forma aggregata realizzati dalla centrale Consip S.p.A. Viene posta a carico dei soggetti aggiudicatari di accordi quadro, in 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. Cfr. TAR Bari, Sez. I, 30 maggio 2015, n. 1551, che afferma che il suddetto D.M. "fissa semplicemente un limite massimo di importo della commissione, lasciando a Consip la determinazione esatta dello stesso. Sia la previsione della commissione, sia l'importo esatto della stessa, devono essere riportati nella documentazione di gara, come stabilito nell'art. 2, comma 2 del DM 23.11.2012. Pertanto, la semplice prescrizione normativa priva di una corrispondente previsione all'interno degli atti di gara, non comporta alcun obbligo a carico dell'aggiudicatario". La ridefinizione della Convenzione MEF- Consip potrebbe riconfigurare l'attuale previsione di *fees* (e forse rivalutare il superamento della forma giuridica privata), con una definizione degli obiettivi di razionalizzazione della spesa e di coordinamento delle attività tra soggetti aggregatori, per assicurare servizi aggiuntivi di monitoraggio e di sviluppo delle professionalità per la funzione appalti aggregata, anche in relazione alla fase di esecuzione e allo sviluppo dell'innovazione.

⁷⁴ I rischi di deviazione rispetto agli obiettivi dell'aggregazione si evidenziano con la previsione di "*fees*" per la (parziale) copertura dei costi delle centrali di committenza a livello regionale. In base alle Linee Guida per l'applicazione del meccanismo di remunerazione emanate dalla Regione Piemonte in attuazione dell'art. 4, comma 2-*bis*, l.r. n. 19/2007, gli aggiudicatari delle gare bandite tramite procedura centralizzata sono tenuti a versare una commissione non superiore all'1, 5% del fatturato, mentre il mancato o inesatto pagamento della commissione determina l'avvio delle procedure esecutive di riscossione del credito. Cfr. L.R. Piemonte, 26 marzo 2019, n. 10, art. 3, comma 1, che abroga tale previsione.

⁷⁵ A.N.AC., Delibera n. 247 del 8 marzo 2017; cfr. A.N.AC., Atto di segnalazione n. 3, del 25 febbraio 2015. Cfr. M. MACCHIA, *Il regime delle spese di funzionamento delle centrali di committenza*, in *giustamm.it*, 3, 2016. La previsione di simili *fees* violerebbe infatti la riserva di legge in materia tributaria prevista dall'art. 23 Cost., e gli artt. 34, comma 9 e 51, comma 2 della Direttiva 2014/24/UE. La giurisprudenza nazionale ritiene invece legittime tali clausole "impositive" o in quanto la spesa non graverebbe sui concorrenti, ma solo sull'aggiudicatario in qualità di contraente con la pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 17 giugno 2014, n.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

legge può prevedere *fees*, si può trattare di contributi che coprono costi pubblici e che restano a soggetti pubblici. Tuttavia la previsione di percentuali (*transation fees*), pur se a favore di soggetto integralmente pubblico, ma in forma giuridica privata, potrebbe determinare rischi di sviamento rispetto agli obiettivi che sono caratterizzanti dell'aggregazione della domanda e che sono volti alla riduzione dei costi e all'aumento dell'efficienza, che relega le *fees* ad una ipotesi di paradossale eterogenesi dei fini.

Inoltre la forma giuridica privata influisce sulla selezione e retribuzione del personale che non acquisisce lo *status* di funzionario pubblico⁷⁶, con i relativi vincoli costituzionali 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.

Le “attività di committenza ausiliarie”, ove non siano eseguite da una centrale di committenza in connessione con le attività di centralizzazione delle committenze all'amministrazione aggiudicatrice interessata, dovrebbero essere affidate all'esito di una gara per l'affidamento di un appalto pubblico di servizi a soggetti pubblici o privati⁷⁷. Tuttavia l'affidamento a soggetti privati, esterni all'amministrazione pubblica, potrebbe rappresentare un indice di inadeguatezza dell'amministrazione

3042) ovvero richiamando l'art. 11, comma 3, del D.L. 6 luglio 2011 n. 98 che consente di porre a carico degli aggiudicatari i costi di funzionamento del sistema informatico di negoziazione (Tribunale Roma sez. II, 02 ottobre 2017, n. 18477). Sui criteri di finanziamento delle centrali di committenza nell'Unione Europea v. in particolare OECD, *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, SIGMA Papers, No. 47, 2011; OECD Publishing, Paris; SIGMA, *Central Purchasing Bodies*, Brief 20, OECD Publishing, Paris, 2016. Secondo alcuni, la corresponsione di *transactionfees* consentirebbe di qualificare l'attività delle centrali di committenza come attività imprenditoriale, con la sottoposizione anche delle centrali d'acquisto che agiscono come intermediari, alle regole della concorrenza di cui agli artt. 101-106 TFUE, in quanto eserciterebbero un'attività “economica” in cui la produzione di un servizio (la stipula di accordi quadro in favore delle amministrazioni aggiudicatrici) avviene dietro il pagamento di un corrispettivo (le *fees* pagate dalle amministrazioni o dalle imprese). V. D. K. BALSHØJ, *Can intermediary central purchasing bodies be subject to competition law?*, in *Public Procurement Law Review*, 2019, 2, 59.

⁷⁶ 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, Franco Angeli, 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, FrancoAngeli, 2018, 143-153.

⁷⁷ V. Considerando 70 e Articolo 2, comma 1, p.to 15 della Direttiva 2014/24/UE.

allo svolgimento della “funzione acquisti” e costituire un sintomo di inefficienza per mancato coordinamento con i modelli organizzativi già esistenti (es.: centrali di committenza, stazioni uniche appaltanti, soggetti aggregatori, città metropolitane e province) che, ove qualificati, possono adeguatamente sviluppare tali attività ⁷⁸.

La scelta di prevedere una qualificazione delle stazioni appaltanti non è imposta dalla disciplina europea ⁷⁹, 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 costituzionali ⁸⁰. Una prima riduzione degli enti pubblici con capacità di stipulare contratti d’ogni genere e tipo e di favore per forme di aggregazione obbligatoria ⁸¹ si è attuata con l’individuazione di un massimo di trentacinque soggetti aggregatori per il perseguimento (inizialmente) degli obiettivi di finanza pubblica attraverso la razionalizzazione della spesa per l’acquisto di beni e di servizi ⁸².

⁷⁸ Articolo 39, d.lgs. n. 50 del 2016. Cfr. Considerando n. 70 della Direttiva 2014/24/UE. Le Direttive del 2014 hanno anche introdotto le “attività di committenza ausiliarie”, ovvero attività di supporto delle attività di committenza, in particolare nelle seguenti forme: infrastrutture tecniche abilitanti l’aggiudicazione di contratti pubblici e la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi; consulenza sullo svolgimento o sulla preparazione delle procedure d’appalto; preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell’amministrazione aggiudicatrice interessata. Sull’argomento v. R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, cit., 1483.

⁷⁹ In particolare: Direttiva 2014/24/UE, cit. 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.

⁸⁰ 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, 109 e ss.; 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*, Bruylant, 2016, 845 ss.; F. PEIRONE, *Risk-management as 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*, cit.

⁸¹ In part. art. 37, d.lgs. n. 50 del 2016. Per un’analisi del processo di centralizzazione: L. CASTELLANI, F. DECAROLIS E G. ROVIGATTI, *Il Processo di Centralizzazione degli Acquisti Pubblici: Tra Evoluzione Normativa e Evidenza Empirica*, in *Mercato Concorrenza Regola*, 3/2017, 583-623.

⁸² Nell’elenco sono inclusi soggetti “qualificati di diritto” (Il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, la centrale di committenza nazionale Consip, Invitalia e i soggetti aggregatori regionali) mentre per gli altri si richiede il conseguimento di una qualificazione

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

La recente definizione di elenchi di beni e servizi (e di soglie) per i quali si prevede l'obbligo per le amministrazioni statali centrali e periferiche⁸³, le regioni, gli enti regionali, oltre che i loro consorzi e associazioni e gli enti del servizio sanitario nazionale di ricorrere a Consip S.p.A. o al soggetto aggregatore⁸⁴ per lo svolgimento delle relative procedure⁸⁵, impone perciò di svolgere gare aggregate con il divieto di procedere ad acquisti individuali⁸⁶. Tale previsione ha ridotto il numero di procedure separate, tuttavia ancora determina l'indizione delle medesime gare da parte dei differenti soggetti aggregatori, che solo in parte iniziano a sviluppare strategie di specializzazione settoriale, di cui potrebbero giovare anche altri ambiti territoriali⁸⁷, superando i limiti territoriali e coprendo così più settori per lo sviluppo di politiche industriali per la crescita anche delle piccole e medie imprese⁸⁸.

Il previsto sistema di qualificazione gestito dall'Autorità Nazionale

basata sul possesso dei requisiti tecnico organizzativi necessari previsti in regolamento A.N.A.C., Delibera n. 58 del 22 luglio 2015, *Elenco dei Soggetti Aggregatori*. Cfr. anche le successive delibere n. 125 del 10 febbraio 2016, n. 784 del 20 luglio 2016, nonché, da ultima, n. 31 del 17 gennaio 2018. V. D.L., 24 aprile 2014 n. 66, convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89. Cfr. Art. 38, c. II, D.lgs. n. 50 del 2016, che demanda alla disciplina regolamentare l'individuazione dei relativi requisiti.

⁸³ Ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie.

⁸⁴ F. DI LASCIO, *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2014, 206; B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle Committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2016, 613 ss.

⁸⁵ V. d.l., 24 aprile 2014 n. 66, convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89 che prevede l'obbligo, in capo a talune Amministrazioni, di ricorrere ai soggetti aggregatori e di approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione dalla Consip e dalle centrali di committenza costituite dalle Regioni o, in alternativa, tramite i sistemi telematici di negoziazione, dove il mancato adempimento di tali obblighi è rilevante ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale dei soggetti che vi erano tenuti. Cfr. sul tema, G. FIDONE - F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, cit., 2995 ss.; C. GALBIATI, *Una PA scissa tra tradizione e novità. Breve analisi e riflessioni aperte*, cit., 208 ss.

⁸⁶ D.P.C.M. 11 luglio 2018, *Individuazione delle categorie merceologiche, ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2014, n. 89, con annessa tabella*. Cfr. anche L. FIORENTINO, *La legge di bilancio per il 2018 - il modello Consip e i soggetti aggregatori*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 2, 183. V. già D.P.C.M. del 24 dicembre 2015 "Individuazione delle categorie merceologiche ai sensi dell'articolo 9, comma 3 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, unitamente all'elenco concernente gli oneri informativi".

⁸⁷ Attraverso, ad esempio, il ricorso a tavoli dei soggetti aggregatori con cui estendere utilmente a altri settori le opportunità di collaborazione amministrativa per strategie di gara.

⁸⁸ Report 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.

Anticorruzione attraverso un elenco delle stazioni appaltanti qualificate, fondato sulla valutazione dell'effettivo possesso di requisiti peculiari d'ordine giuridico, economico, tecnico-professionale in relazione all'oggetto o al valore del contratto da affidare ⁸⁹, avrebbe dovuto assicurare la qualificazione e favorire la collaborazione fra i differenti livelli di aggregazione, anche interregionale e provinciale ⁹⁰, dando attuazione e consistenza al principio costituzionale di adeguatezza (art. 118 Cost.) ⁹¹.

L'aggregazione qualificata può superare la frammentazione abusiva ⁹², correlata alle ripetute procedure di scelta del contraente di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea. L'analisi dei dati permette infatti di evidenziare gli acquisti ripetuti connessi talora solamente ad un difetto di programmazione, ma che determinano scarsa trasparenza e limitata partecipazione delle imprese, oltre a costi aggiuntivi ⁹³. Prassi inefficienti, in passato tollerate, anche perché difficilmente

⁸⁹ Il riferimento è alla “capacità tecnica e organizzativa sulla base di parametri definiti”: Cfr. L. n. 11 del 2016, art. 1, lett. *bb*, per cui rientrava nell'oggetto della legge delega al governo per l'adozione di un decreto legislativo in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, la previsione di misure volte alla “razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'A.N.AC., di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi”; cfr. artt. 37 e 38, d.lgs. n. 50 del 2016. M. MACCHIA, *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 1, 50. I requisiti di qualificazione delle stazioni appaltanti vengono così riferiti ad ambiti di attività, con definizione che ricomprende la capacità di programmazione e progettazione, di affidamento e di monitoraggio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali.

⁹⁰ È il modello promosso dalle Regioni Umbria, Toscana e Marche che, nel 2016, hanno inaugurato una collaborazione interregionale per lo svolgimento di gare in forma congiunta da parte dei soggetti aggregatori delle tre Regioni con affidamento del ruolo di capofila a quello della Regione Umbria e per l'utilizzo del sistema di e-procurement “Start” messo a disposizione dalla Regione Toscana che ne è proprietaria. Cfr. A.N.AC., *Relazione ai fini della redazione di un nuovo referto al Parlamento avente per oggetto l'informatica pubblica. Il codice dei contratti pubblici: il sistema degli approvvigionamenti, la centralizzazione, degli acquisti, i soggetti aggregatori, gli strumenti di scelta del contraente*, ottobre 2018.

⁹¹ V. art. 38, c. 4 e 5, d. lgs. n. 50 del 2016. Lo schema di D.P.C.M. emanato il 4 marzo 2018 è in attesa di delle relative misure attuative.

⁹² Secondo una indagine svolta di recente dall'A.N.AC. (attraverso l'analisi dei CIG), sull'attività di 119 comuni si sono riscontrati 90 casi di frammentazione abusiva, che sino ad oggi è stata favorita da una scarsa trasparenza e dalla frammentazione delle amministrazioni aggiudicatrici e, all'interno delle stesse, dei punti ordinanti.

⁹³ 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 aggiudici-

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

rilevabili, emergono ora con evidenza attraverso la sempre più sviluppata analisi dati, che ne imporrà il superamento. Così come nei settori in cui vi sono vincoli normativi all'acquisto aggregato i sistemi elettronici non permettono più il rilascio del codice identificativo gara (CIG)⁹⁴, così sarà sufficiente prevedere meccanismi analoghi di blocco per acquisti ripetuti per il medesimo prodotto, per favorire forme di aggregazione efficiente.

La disciplina sulla lotta alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici⁹⁵ aveva già in precedenza determinato differenti modelli di “mini-aggregazioni” ad esempio tra enti locali con la costituzione di “Stazioni Uniche Appaltanti” (SUA), anche di livello provinciale⁹⁶ e di “Centrali Uniche di Committenza” (CUC)⁹⁷. Strutture che molto spesso restano inadeguate, come gli enti che le hanno costituite, poiché si sono realiz-

catrici (individuate 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”.

⁹⁴ A.N.AC., Comunicato del Presidente del 10 febbraio 2016, *Aggiornamento modalità operative per l'acquisizione del CIG*.

⁹⁵ Su tali aspetti di recente: L. SCOMPARIN (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2016. Sul ruolo dell'Agcm e dell'Anac e sulla necessità che tali Autorità operino in modo sinergico per assicurare concorrenzialità nelle gare pubbliche e contrasto del fenomeno corruttivo: M. CLARICH, *I contratti pubblici e la concorrenza*, in Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 17-19 Settembre 2015, Villa Monastero, Varenna, in *giustizia-amministrativa.it*, 2016 ss.

⁹⁶ Cfr. art. 13, c. 1, l. 13 agosto 2010, n. 136 (“*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*”), in base al quale: con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri dell'interno, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti, del lavoro e delle politiche sociali, per i rapporti con le regioni e per la pubblica amministrazione e l'innovazione, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, le modalità per promuovere l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose.

⁹⁷ Comunemente organizzate mediante l'aggregazione di enti locali territoriali al fine di consentire il coordinamento dell'attività contrattuale dei comuni non capoluogo di Provincia (come già previsto dall'art. 33, co. 3bis, d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. oggi abrogato). Secondo un'analisi condotta dall'Università di Roma Tor Vergata e dalla Fondazione Promo P.A., al 22 gennaio 2018 in Italia risultavano attive 863 centrali di committenza (di cui il 19% risultava registrato come singolo Comune e il 9% come Unioni di comuni) cui si aggiungono 459 Unioni di Comuni e 94 Comunità Montane, 49 Stazioni Uniche Appaltanti (SUA), le 2 Centrali di Committenza (CUC) istituite da Amministrazioni provinciali nell'elenco ufficiale dei 33 soggetti aggregatori, nonché 9 Città Metropolitane riconosciute come soggetti aggregatori dalla delibera A.N.AC. del 23 luglio 2014, aggiornata con delibera A.N.AC. del 10 febbraio 2016. Per una mappatura dei processi di centralizzazione a livello locale v. il Report di

zate mere sommatorie di uffici appalti con l'adempimento solo formale della norma⁹⁸. Gare gare separate con partecipazione di un numero limitato di operatori locali con rischio di "cattura della gara" da parte degli stessi, in violazione del principio costituzionale che afferma come libera l'iniziativa economica privata⁹⁹ e di uno scarso monitoraggio della qualità dell'esecuzione¹⁰⁰. Anche i piccoli comuni, con scelta di autonomia, possono ricorrere ai soggetti aggregatori¹⁰¹ che andrebbero specializzati nei diversi settori di interesse delle amministrazioni locali, anche a prescindere dagli ambiti territoriali di riferimento¹⁰².

3. *Gli accordi quadro per l'innovazione delle strategie di gara e delle prestazioni.* — Le recenti direttive europee sui contratti pubblici confermano la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di concludere

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.

⁹⁸ Art. 33, e 38 (mod. L. 27 dicembre 2017, n. 405) D. Lgs. n. 50/2016, cit. Cfr. A.N.AC., Determinazione n. 3, del 25 febbraio 2015, Rapporto tra stazione unica appaltante e soggetto aggregatore (centrale unica di committenza) - Prime indicazioni interpretative sugli obblighi di cui all'art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss.mm.ii secondo cui il ricorso all'attività svolta dalla CUC dovrebbe comportare l'imputazione formale degli atti di gara su tale soggetto, in quanto competente in via esclusiva dell'indizione e dello svolgimento della gara. L'A.N.AC. ha riconosciuto tra di esse "continuità di sistema", identificando come elemento comune tra i due istituti la natura di centrale di committenza. Cfr. anche A.N.AC. Determinazione n. 11 del 23 settembre 2015, Ulteriori indirizzi interpretativi sugli adempimenti ex art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163 e ss.mm.ii.

⁹⁹ M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni e applicazioni*, in *Dir. soc.* 2003, 439; Cfr. M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economica*, diretto da F. GALGANO, vol. III, 1979, 469.

¹⁰⁰ L'art. 117 della Costituzione, riservando alla legislazione esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza (ricondata all'art. 41 Cost.), ne ha confermato la natura di bene giuridico fondamentale per l'ordinamento. In senso contrario v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1998, 28, per cui l'art. 41, primo comma, Cost., enunciando che "l'iniziativa economica privata è libera", provvede solo a garantire una sfera di azione dei privati, un ambito di scelte in cui lo Stato non può né deve intervenire, trattandosi di "figura verticale" e non orizzontale. Si veda ancora B. M. RAGANELLI, *PMI, Procurement e favor participationis*, in *Rivista italiana di Diritto Pubbl. Com.*, f. 3-4, 2007, 839 ss.

¹⁰¹ Art. 33, 3-bis del previgente Codice dei Contratti pubblici (D. lgs. n. 163 del 2006). Cfr. oggi art. 37, c. 4, d.lgs. n. 50 del 2016.

¹⁰² G. M. RACCA, *Collaborative and Strategic Procurement for supporting industrial innovation*, cit. Si veda: G. M. RACCA - S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in *Droit administratif*, 2011, 7-12; Cfr. il modello sviluppato in Francia "UniHA", in <https://www.uniha.org>. Su tali aspetti, v. *infra*, § 4.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

accordi quadro¹⁰³. Il termine accordo quadro si riferisce ad una vasta tassonomia di differenti modelli contrattuali giungendo a ricomprendere un'ampia categoria di accordi commerciali. Gli accordi quadro sono da tempo diffusi negli ordinamenti anglosassoni e definiti negli Stati Uniti, fin dagli anni '50, come “contratti ombrello”¹⁰⁴, con una significativa diffusione anche in Europa. In Francia, originariamente introdotti intorno al 1930 come “contratti d'acquisto”, trovano una disciplina nella forma dei *marchés à commande or marchés de clientele* intorno al 1950, nei paesi nordici, intorno al 1970 e nel Regno Unito, nel settore edilizio, negli anni novanta. Gli accordi quadro sono progressivamente diventati sempre più comuni e una pratica regolata in tutto il mondo, inclusi i Paesi dell'Africa e dell'America Latina, trovando applicazione anche nell'economia cinese¹⁰⁵.

Le differenti varianti dello strumento contrattuale avevano determinato criticità, soprattutto nel settore della difesa, per l'ampia durata, l'estensione dell'oggetto, con i correlati rischi di chiusura del mercato a liste di fornitori privilegiati, favorendo comportamenti collusivi e distor-

¹⁰³ V. art. 33 e art. 51 Direttiva 2014/24/UE. L'istituto era già previsto nella Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e ancor prima, per i settori esclusi, nella Direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990. Sulla diffusione degli accordi quadro in Europa nell'ambito delle operazioni di partenariato pubblico-privato per la realizzazione e successiva gestione di infrastrutture, si v. già ampiamente A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2005, p. 1201 ss.; J.-F. AUBY, *Le cas des contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires?*, in *RFDA*, 2004, 1095 ss.; V.F. LICHÈRE, *Les contrats de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?*, in *Rev. Dr. Pub. Sc. Pol.*, 2004, 1547 ss.; R. WILLIAMS, *The New Procurement Directives of the European Union*, in *PPLR*, 2004, 153 ss.; S. ARROWSMITH, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict*, *CMLR*, 2000, 709 ss.

¹⁰⁴ Denominazione al tempo riconducibile al “*task and delivery order*” e al “*indefinite delivery/indefinite quantity contracts*”. Sull'evoluzione delle tipologie dei modelli di acquisto aggregati e sulle relative tipologie contrattuali si rinvia all'analisi di J. B. KAUFMAN, *Cooperative Purchasing: a US Perspective*, in G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di), *Public contracting and innovation: lessons across borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Directed by J.B. AUBY), cit.

¹⁰⁵ La normativa sugli appalti pubblici cinese non disciplina puntualmente l'accordo quadro. Tuttavia il modello è notevolmente impiegato dalle centrali di committenza governative per gli acquisti a carattere ripetitivo e standardizzato. V. K. REN, *The use and regulation of framework agreements under the Chinese Government procurement system*, *Public Procurement Law Review*, 2, 2019, 42-58. Gli accordi quadro sono diffusi in Etiopia, Uganda, Tanzania, Malawi, Rwanda, Burkina Faso, Mali, Niger, Senegal. È possibile rinviare a T. HAGOS BAHTA, *Framework procurement contracts in the Ethiopian public procurement law*, *Public Procurement Law Review*, 2, 2016, 35-50.

sione della concorrenza¹⁰⁶. Criticità che la disciplina europea riduce introducendo limiti alla durata e individuandone le tipologie ammesse¹⁰⁷.

Nell'ordinamento europeo gli accordi quadro sono definiti come “accordi tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici con l'obiettivo di stabilire i termini dei contratti da aggiudicare in un dato periodo, con particolare riguardo al prezzo e, laddove applicabile, la quantità prevista” affidati ricorrendo alle procedure di scelta del contraente disciplinate nelle direttive. Definizione che attribuisce a tale strumento contrattuale la natura giuridica di contratto normativo caratterizzato da una struttura bifasica¹⁰⁸ giungendo *in primis* all'aggiudicazione dell'accordo quadro con la correlata definizione del “perimetro generale delle obbligazioni contrattuali” e, successivamente, alla conclusione degli appalti “specifici”, “derivati” o “conseguenziali” — attraverso l'emissione di “ordini di acquisto”¹⁰⁹ — e per il cui affidamento è prevista una peculiare disciplina. Contratti specifici che, confor-

¹⁰⁶ Secondo P. ARDEN, *Regulation of multi-provider framework agreements and the potential for bid rigging: a perspective from the UK local government construction sector*, 2013, 5, 165-182, per evitare l'instaurazione di un mercato oligopolistico tra gli operatori economici parte di un accordo quadro occorre incentivare la creazione di asimmetrie informative tra concorrenti e stazione appaltante e tra operatori medesimi o differenziare la scelta dei criteri di svolgimento dell'interpello competitivo a seguito della chiusura della gara (scelta a cascata, riapertura di una gara secondaria tra gli operatori in graduatoria, criterio della rotazione) in modo da creare un ambiente “instabile” e non prevedibile dal punto di vista dei concorrenti. Cfr. anche C. NICHOLAS, *Legislative Comment: A critical evaluation of the revised UNCITRAL Model Law provisions on regulating framework agreements*, in *PPLR*, 2012, 2, 19-46; A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford: Hart, 2011, 56-73.

¹⁰⁷ L'estrema varietà di modelli di accordi e convenzioni quadro esistenti non agevola il giudice europeo nell'opera di ricostruzione tassonomica di tale strumento, con risultati spesso di segno opposto. Cfr. la causa *Dr. Falk Pharma GmbH c. DAK-Gesundheit* (C.G.U.E., sentenza del 2 giugno 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH/DAK-Gesundheit*, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399) e la causa *Tirkkonen cc. Maaseutuvirasto* (C.G.U.E., sentenza del 1 marzo 2018, *Tirkkonen/Maaseutuvirasto*, C-9/17).

¹⁰⁸ Nel contesto internazionale, con definizione che richiama quella delle Direttive europee, l'*UNCITRAL Model Law* enuclea le due fasi degli accordi quadro: Art. 2, lett. e), *UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, 2011: “la procedura di accordo quadro presenta due fasi - una prima fase di selezione del fornitore (o dei fornitori) [...] che sia parte (o siano parti) dell'accordo quadro con il soggetto appaltante, e una seconda fase di aggiudicazione del contratto d'appalto al fornitore [...] parte dell'accordo quadro”.

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2018, n. 1455; TAR Latina, sez. I, 26 maggio 2018 n. 284, per cui l'accordo quadro definisce il perimetro generale delle obbligazioni contrattuali che sono poi destinate ad essere specificate in una successiva fase, mediante l'attivazione di specifici contratti di appalto. TAR Napoli, sez. I, 13 settembre 2016, n. 4264, in *giustizia-amministrativa.it* che definisce l'accordo quadro come modello negoziale riconducibile, lato

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

memente ai principi di concorrenza e parità di trattamento, non possono determinare sostanziali modificazioni dei termini previsti negli stessi accordi quadro ¹¹⁰. Analoga *ratio* si ritrova nella previsione della durata massima di quattro anni dell'accordo quadro per gli appalti nei settori ordinari, il superamento della quale richiede adeguata motivazione e, più in generale, nel tradizionale divieto di ricorso a tale strumento con finalità elusive della disciplina sugli appalti pubblici o che risultino limitative o distorsive del corretto confronto concorrenziale ¹¹¹.

L'aggregazione delle fasi relative allo svolgimento della gara, concentrando gli adempimenti per un "gruppo di acquisti" anche in favore di più amministrazioni aggiudicatrici, assicura tempi più brevi di acquisto ¹¹² e, soprattutto in futuro, gli operatori economici dei mercati di riferimento potranno giovare di una maggiore trasparenza che ne favorirà la partecipazione alle gare aggregate e coordinate dalle centrali di committenza ¹¹³, concentrando gli uffici delle amministrazioni di riferimento nel monitoraggio dell'esecuzione ¹¹⁴.

sensu, agli schemi del contratto normativo e del contratto preliminare e si sostanzia in un accordo con efficacia limitata nel tempo.

¹¹⁰ Corte cost. 11 gennaio 2011, n. 43.

¹¹¹ Art. 54, co. 6, D. Lgs. n. 150 del 2016, cit. Cfr. C. R. HAMER, *Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies*, in *Public Procurement Law Review* 2014, 4, 201-210.

¹¹² Nel settore sanitario è da ricordare l'introduzione, da parte dell'art. 1, comma 407, della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (legge di bilancio 2017), del comma 11-*quater* all'art. 15 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 (convertito in legge n. 135/2012), per cui le procedure pubbliche di acquisto dei farmaci biologici a brevetto scaduto e per i quali siano presenti sul mercato i relativi farmaci biosimilari debbano svolgersi mediante utilizzo di accordi quadro con tutti gli operatori economici (quando siano presenti nel mercato in numero superiore a tre). I pazienti debbono essere trattati con uno dei primi tre farmaci in graduatoria dell'accordo quadro, ferma restando la libertà del medico di prescrivere anche un medicinale diverso al fine di garantire la continuità terapeutica. Sulla legittimità delle procedure di gara con previsione di accordi quadro con lotto unico per il farmaco a brevetto scaduto (cd. "*originator*") e quello biosimilare aventi il medesimo principio attivo v. TAR Trento, 23 maggio 2017, n. 178 e TAR Roma, 24 aprile 2018, n. 4553. Sul tema v. anche il Secondo *Position Paper sui farmaci biosimilari* pubblicato dall'Agenzia Nazionale del Farmaco (Aifa) l'11 aprile 2018, in *agenziafarmaco.gov.it*. Cfr. Cons. Stato, sez. III 23, novembre 2011, n. 6181.

¹¹³ I vantaggi degli acquisti aggregati sono confermati dalla notevole diffusione presso le amministrazioni aggiudicatrici. I dati elaborati dal MEF e Consip mostrano che il valore delle transazioni effettuate con gli strumenti di acquisto previsti nel Programma di razionalizzazione della spesa pubblica (tra cui convenzioni *ex art.* 26 della l. 488/99 e accordi quadro) è pari, nel periodo gennaio - dicembre 2018, a Euro 12.467.585, 00. I primi tre settori interessati sono quelli della sanità pubblica (46, 9%), delle telecomunicazioni e macchine per l'ufficio (15, 2%) e della gestione degli immobili (7, 8%). In particolare, il numero degli ordini diretti di acquisto nel caso di convenzioni è pari a 67.783 (per valore di Euro 2.732.920.765, 00); il numero di

I differenti modelli di accordo quadro si distinguono in ragione del numero di operatori economici cui lo stesso è aggiudicato ovvero del grado di definizione delle relative condizioni contrattuali. Tra questi, l'accordo quadro con uno o più operatori, quello aggiudicato stabilendo tutti i termini degli appalti specifici da aggiudicare nella fase di esecuzione (accordo quadro "chiuso") o, viceversa, l'accordo quadro in cui non sono definite tutte le condizioni contrattuali (accordo quadro "aperto"). Sicché è possibile escludere la configurazione immediata (per effetto dell'aggiudicazione) di obblighi contrattuali nei confronti della controparte contrattuale¹¹⁵ salvo il rispetto dei principi di correttezza e buona fede¹¹⁶, lasciando alle amministrazioni aggiudicatrici interessate la scelta di procedere all'adesione e alla stipula dei successivi contratti in base alle disponibilità finanziarie ed alle concrete esigenze¹¹⁷, mediante un ordine di acquisto diretto, per ciò stesso escludendo una (autonoma) procedura di gara, salvo l'ulteriore confronto competitivo comunque limitato ai soli aggiudicatari dell'accordo quadro (*master contract*), con riduzione dei costi in capo agli operatori economici¹¹⁸.

Le differenti modalità di stipula dei contratti specifici evidenziano una "distinzione giuridica" da cui discende una precisa distinzione cronologica che individua la "validità temporale" rispettivamente dell'ac-

62

ordinativi è di 2.023 nel caso di accordi quadro (per valore di Euro 294.298.714, 00). Le prime tre categorie di amministrazioni ad emettere ordinativi di acquisto sono: (i) Comuni, (ii) Ministeri e agenzie fiscali, (iii) Aziende sanitarie locali e provinciali. Si vedano i dati riportati in: <http://dati.consip.it/>. Cfr. anche MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Programma di Razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi per le Pubbliche Amministrazioni. Relazione al Parlamento per l'anno 2016*, Marzo 2017, disponibile al link: http://www.dag.mef.gov.it/progetti-dag/razionalizzazione_acquisti/documenti/Relazione_al_Parlamento_anno_2016.pdf.

¹¹⁴ R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *questa Rivista*, cit., spec. 332 e 333. G. M. RACCA - R. CAVALLO PERIN - G. L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public Contract Law Journal*, cit., 89-108.

¹¹⁵ Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019 n. 1329 afferma che dall'assenza di siffatti obblighi non deriva neppure un'aspettativa allo svolgimento delle prestazioni oggetto della convenzione quadro, la cui disciplina operativa risulta rimessa a successivi accordi attuativi.

¹¹⁶ G. M. RACCA, *Voce Correttezza (dir. Amm)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Vol., 1529 ss.

¹¹⁷ Si veda anche TAR Brescia, 17 ottobre 2016, n. 1369 secondo cui "l'accordo quadro risponde all'esigenza della stazione appaltante di non obbligarsi fin da principio alla realizzazione completa del programma negoziale, riservandosi di valutare discrezionalmente se procedere alla stipula dei successivi affidamenti in base alle disponibilità finanziarie ed alle concrete esigenze di servizio".

¹¹⁸ M. PIGNATTI, *Electronic tools to foster buying innovation*, in G. M. RACCA, C. R. YUKINS (dir.), *Public contracting and innovation: lessons across borders*, cit., in corso di pubblicazione.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

cordo quadro e degli appalti specifici, “da aggiudicare in un dato periodo” con locuzione che, per ciò stesso, conferisce autonomo rilievo alla durata dei contratti esecutivi, distinguendola dalla durata dell’accordo quadro ¹¹⁹.

L’aggiudicazione di un accordo quadro (chiuso) ad un solo operatore economico assicura prezzi competitivi, riduzione dei costi transattivi, facilità di utilizzo del modello e certezza giuridica. Tuttavia — specie in un sistema che prefiguri obblighi di adesione — potrebbe evidenziare una scarsa rispondenza ai bisogni delle singole amministrazioni aggiudicatrici o limitare la partecipazione delle piccole medie imprese allorché non si provveda ad una adeguata strutturazione in lotti. Ove tale accordo quadro sia aggiudicato a più operatori, pur in assenza di previsioni normative relative alle modalità di affidamento dei contratti specifici, la disciplina europea richiede la definizione di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori per l’individuazione della migliore offerta ¹²⁰, al fine di evitare violazioni o elusioni dei principi posti a presidio del corretto espletamento delle gare pubbliche nella fase di esecuzione dell’accordo quadro. Scorrettezze che, in particolare, possono derivare dalla mancanza di trasparenza nell’“aggiudicazione diretta” del contratto specifico ¹²¹. Tali principi hanno trovato attuazione nella definizione, da parte della Commissione europea ¹²², di taluni metodi di scelta delle controparti contrattuali. Tra questi, il “metodo cascata” ¹²³ con cui si definisce una correlazione tra l’affidamento del singolo appalto specifico e la graduatoria definita in sede di aggiudicazione dell’accordo quadro, individuando come contraente l’operatore economico che abbia presentato la migliore offerta in sede di gara, procedendo ad uno scorrimento in

¹¹⁹ Cons. St., sez. III, 6 marzo 2018, n. 1455.

¹²⁰ Sulla necessità di definire in modo chiaro e trasparente i criteri di scelta cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Riflessioni sull’impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, febbraio 2018, 65 ss.

¹²¹ Ed è proprio l’esigenza di tutelare la concorrenza che esclude la possibilità di integrazione dell’offerta iniziale sicché gli ordini sono ricompresi entro i limiti definiti nell’accordo quadro in relazione all’oggetto del contratto sia in relazione alle quantità. Cfr. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit.; cfr. A. MASSERA, *Lo Stato che contrae e che si accorda, Vicende della negoziazione con le P.P.A.A., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, cit., 35 ss.

¹²² Commissione Europea, Nota esplicativa del 14 luglio 2005 (“*Explanatory note - framework agreements - classic directive*”), CC/2005/03_rev 1.

¹²³ Su cui si può vedere CONSIP, *Quaderni Consip*, 2007, IV, *Riflessioni sull’impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, 27 ss.

graduatoria solo in caso di impossibilità o mancanza di volontà allo svolgimento della prestazione contrattuale, ovvero, di esaurimento della sua quota per valore. Tale metodo sembrerebbe maggiormente indicato nelle ipotesi di aggiudicazione al minor prezzo, perciò all'esito di gare incentrate sugli aspetti quantitativi dell'offerta ove l'acquisto a prezzi più elevati è consentito solo nel caso in cui l'operatore economico che abbia formulato l'offerta più bassa non sia più intenzionato o capace di fornire. Diversamente, potrebbero evidenziarsi rischi correlati alla mancata conclusione di contratti specifici da parte di taluni aggiudicatari dell'accordo quadro, ovvero a possibili scelte opportunistiche da parte dell'operatore economico che abbia presentato la migliore offerta rivolte alla conclusione dei soli contratti particolarmente favorevoli con indisponibilità per altri.

Nel nostro ordinamento l'aggiudicazione dei contratti specifici avviene talora sulla base del principio di rotazione ¹²⁴, come fondamento della determinazione dell'ordine di priorità nella scelta della controparte contrattuale, assicurando in tal modo a tutti gli operatori economici parte di un accordo quadro la conclusione di almeno un appalto specifico alle condizioni definite nell'accordo quadro. L'intrinseco automatismo di tale metodo potrebbe talora determinare distorsioni, mancanza di trasparenza, potendo condurre talune amministrazioni, in ragione della casualità nell'affidamento, alla conclusione di appalti specifici a condizioni non vantaggiose, con evidente pregiudizio dei principi di economicità e qualità della contrattazione pubblica. Pregiudizio che pare legittimare scelte differenti nell'esercizio dell'autonomia, dunque motivate in ragione di specifici bisogni. In alternativa, si prevede talvolta la definizione di un rapporto percentuale sul valore o il volume combinato con il metodo a cascata, in modo tale da bilanciare e limitare la possibilità di ricorrere a una piccola frazione degli operatori parte dell'accordo quadro. Si procede alla definizione di una percentuale oltre la quale l'amministrazione aggiudicatrice ricorre all'operatore successivo dell'accordo quadro, con eventuale previsione della scelta delle amministrazioni fino

¹²⁴ Sul principio di rotazione cfr. A.N.AC., *Linee guida* n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*"Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"*), approvate con la delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, in particolare il punto 3.6 ss.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

alla concorrenza della quota massima della prestazione più adatta fra quelle selezionate.

L'affidamento di appalti specifici con la riapertura di un confronto competitivo (*mini-competition*) tra i soli aggiudicatari dell'accordo quadro si svolge in conformità alle previsioni della direttiva e alle procedure ivi previste¹²⁵ per le gare aperte, comprese le regole disciplinanti il contenuto degli inviti, dei termini di sospensione e degli avvisi di aggiudicazione, consultando per iscritto gli operatori economici "capaci di eseguire il contratto", definendo tempi di presentazione delle offerte in base all'oggetto del contratto e assicurandone la segretezza per evitare compromissioni del confronto concorrenziale. La riapertura della gara, come ricordato, deve trovare fondamento sugli "stessi termini che regolamentano l'aggiudicazione dell'accordo quadro e, laddove necessario, su termini più precisamente formulati, e ove appropriato, su termini diversi menzionati nei documenti di appalto per l'accordo quadro"¹²⁶.

Laddove esplicitamente previsto nei documenti di gara, un ulteriore modello innovativo di accordo quadro disciplinato dalle nuove direttive (cosiddetto modello misto o ibrido) apre agli enti pubblici la possibilità di scegliere di acquistare direttamente attraverso l'accordo quadro (come nel modello "chiuso") o di riaprire la gara tra gli operatori economici parte dell'accordo quadro, in conformità ai termini e alle condizioni predefiniti¹²⁷. Tale modello assicura maggiori potenzialità nelle strategie di gara lasciando aperte le due opzioni, che non sacrificano, ma, al contrario, favoriscono le scelte di autonomia e di adattamento al contesto specifico, adeguando il contratto a specifiche esigenze e capacità. Ciò in

65

¹²⁵ Nell'Articolo 33 (5) della Direttiva 2014/24/UE.

¹²⁶ Sicché, a titolo esemplificativo, l'ordine di acquisto individuale dovrebbe basarsi su particolari tempistiche di consegna, regole di fatturazione o modalità di pagamento, esigenze di sicurezza, spese accessorie, particolari servizi connessi o rapporti qualità prezzo, eventuali formule di prezzo o termini speciali.

¹²⁷ La possibilità di impiegare entrambe le soluzioni — riapertura o meno della gara — va esplicitata nella *lex specialis*, per evitare interpretazioni contraddittorie e ambivalenti per i partecipanti e per la stessa stazione appaltante. In una prospettiva comparatista, sulla legittimità degli accordi quadro cd. misti, v. il caso inglese *Medicure Ltd v. The Minister for the Cabinet Office* (High Court of Justice of the United Kingdom, Queen's Bench Division, Technology and Construction Court, 29 June 2015, *Medicure Ltd v. The Minister for the Cabinet Office* [2015] EWHC 1854)C. R. HAMER, *Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies*, *Public Procurement Law Review* 2014, 4, 201-210, per cui questa scelta garantisce flessibilità specie in presenza di amministrazioni aggiudicatrici con esigenze eterogenee.

particolare qualora risulti conveniente sviluppare un appalto specifico magari anche per gruppi di amministrazioni con esigenze simili, ancorché diverse da quelle generali previste nel “*master contract*”, purché individuate nell’avviso di indizione della gara ¹²⁸. Si tratta, sul piano soggettivo, della possibile adesione ad un accordo quadro da parte di ulteriori amministrazioni aggiudicatrici e, sul piano oggettivo, della previsione (o meno) del valore economico dell’eventuale estensione, conformemente ai principi delle gare pubbliche.

Le clausole di estensione contrattuale assicurano l’utilizzazione ripetuta di un accordo quadro in ragione della preventiva definizione di condizioni destinate a disciplinare tutti i successivi rapporti di un’amministrazione aggiudicatrice con uno o più operatori economici ¹²⁹. Perciò, similmente al contratto estensibile ad amministrazioni diverse da quella che lo abbia originariamente stipulato, si persegue l’obiettivo di evitare il reiterato ricorso a plurimi confronti concorrenziali per l’aggiudicazione di contratti aventi analogo contenuto e, sotto differente profilo, si individua una struttura che apre all’adesione nei limiti indicati ad amministrazioni diverse da quella firmataria ¹³⁰.

La gara con adesione si qualifica perciò come “forma di contrattazione ad aggregazione successiva”, che presenta analogie rispetto al modello organizzativo della centrale di committenza, realizzando un accordo quadro tra più soggetti che preveda “un’opzione di incremento delle prestazioni in un determinato intervallo temporale, a prezzi unitari invariati”, nel rispetto di specifici limiti sul piano dei contenuti e riconducibili alla necessità di dimostrare la sussistenza di un interesse pubblico attuale all’adesione ad contratto già stipulato rispetto alla scelta di attivare una nuova gara ¹³¹. Sicché l’adesione consente di superare proghe (illegittime) di precedenti rapporti contrattuali in attesa di esperire una nuova gara, ferma restando la necessità di verificare condizioni

¹²⁸ Su cui v. § 60 e l’art. 33, co. 2, Direttiva 24/2014. Cfr. TAR Firenze, sez. III, 5 luglio 2017, n. 907, che precisa che: “La analogia fra accordo quadro e contratto estensibile si stempera tuttavia con riguardo al profilo della flessibilità poiché se può configurarsi un contratto normativo “incompleto”, che contenga, cioè, solo alcune delle clausole che andranno ad inserirsi nei futuri contratti esecutivi, il contratto estensibile, in quanto negozio immediatamente operativo contenente in sé un concreto regolamento dei reciproci interessi, non necessita di alcun completamento, potendo, invece, essere solo “riprodotto” (in quanto avente “oggetto multiplo”) a favore della nuova amministrazione che vi aderisca”.

¹²⁹ Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 445.

¹³⁰ Cfr. § 60 della Direttiva 24/2014.

¹³¹ V. in particolare: TAR Brescia, 12 gennaio 2016, n. 34.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

contrattuali più favorevoli rispetto a quelle che verosimilmente si potrebbero ottenere sul mercato, desumibili da gare recenti con lo stesso oggetto nel medesimo settore ¹³².

È evidente che le imprese titolari di precedenti contratti tenderanno a contestare e impugnare la scelta di aderire agli accordi quadro ¹³³. La Corte di giustizia ha recentemente riconosciuto la possibilità ¹³⁴ per le amministrazioni aggiudicatrici di mettere a disposizione le proprie gare, (anche) di amministrazioni che non si siano vincolate in precedenza, dovendosi interpretare, già nella precedente direttiva, il richiamo alle “parti” come unicamente riferito 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 ¹³⁵, 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”.

Per l’estensione dell’accordo quadro il Giudice europeo richiede che si evidenzino le quantità (anche solo massime e potenziali), sottolineando che il riferimento all’ordinario fabbisogno, ove non espressamente quantificato, potrebbe non essere facilmente conoscibile dalle imprese di altri paesi. La diffusa prassi anglosassone di accordi quadro senza ancora alcun vincolo di acquisto si basava infatti su un implicito riferimento ai potenziali fabbisogni ordinari delle amministrazioni interessate a fruire degli accordi quadro. Tuttavia la pronuncia evidenzia l’utilità, per favorire un’effettiva partecipazione anche di imprese di altri Stati membri, di esplicitare il valore potenziale massimo.

La prospettiva, in ragione dei caratteri dell’accordo quadro e, in particolare, del confronto competitivo in sede di aggiudicazione e della durata limitata, non sembrerebbe escludere l’articolazione in specifiche

¹³² *idem*.

¹³³ Sulla necessaria trasparenza nella procedura di aggiudicazione di un accordo quadro v. TAR Milano, sez. IV, 12 febbraio 2016 n. 303; cfr. C.G.U.E., sentenza del 17 dicembre 2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C-26/14.

¹³⁴ 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. Sul binomio trasparenza - concorrenza v. anche C.G.U.E., sentenza del 13 luglio 2017, *Ingsteel e Metrostav*, C-76/16. Cons. St. sez. VI, ordinanza 11 aprile 2017, n. 1690.

¹³⁵ Direttiva n. 2014/24/UE, § 59 e 60.

gare di lotti aperti e destinati a tutte le amministrazioni (nel territorio nazionale, europeo o di alcuni Stati Membri) di un determinato settore e interessate ad aderire alla gara fino all'esaurimento del quantitativo *ivi* previsto, perciò a prescindere dalla preventiva determinazione dei fabbisogni ¹³⁶, che, soprattutto per gare su prestazioni innovative, potrebbero essere difficilmente stimabili.

Ciò permetterebbe anche a piccoli operatori economici di poter accedere a mercati di altri paesi, mediante un accordo quadro italiano, utilmente messo a disposizione, nei documenti di gara, di amministrazioni di altri Stati Membri potenzialmente interessati a tale prestazione, senza dover partecipare ad alcuna gara in altro Stato membro, ma unicamente rispettando i termini e le condizioni di esecuzione del paese di destinazione ¹³⁷.

D'interesse pare ricordare che gli accordi quadro possono risultare di utilità anche per assicurare un pronto intervento in casi di calamità naturali, poiché permettono di avere a disposizione strumenti operativi e trasparenti in casi di urgenza oggettiva ¹³⁸.

4. *Le strategie di gara e la ripartizione in lotti per l'innovazione e lo sviluppo.* — Pare ormai evidente che i modelli di gara tradizionali difficilmente agevolano gli appalti strategici ¹³⁹ favorendo, al contrario, la frammentazione della domanda pubblica e del potere d'acquisto tra

¹³⁶ È il caso del progetto HAPPI (*Healthy Ageing Public Procurement of Innovations*, <http://www.happi-project.eu/>), finanziato dalla Commissione europea (rif. Call “*Supporting Public Procurement of Innovative Solutions: Networking And Financing Procurement*” ENT/CIP/11/C/N02C011) che rappresenta una prima concreta esperienza di appalto pubblico congiunto innovativo a livello europeo nel settore dell'invecchiamento attivo e in buona salute, la cui elaborazione è stata sviluppata da un consorzio di partner europei composto da organizzazioni pubbliche di acquisto (centrali di committenza: Réseau des Acheteurs Hospitaliers d'Ile-de-France - Resah - IDF - Francia; MercurHosp - Mutualisation Hospitalière - Belgio; Società di Committenza Regionale Piemonte - SCR Piemonte - Italia; Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois - Lussemburgo; NHS Commercial Solutions - Regno Unito), esperti nel settore dell'innovazione e degli appalti pubblici (BPIFRANCE - Francia; BITECIC Ltd - Regno Unito; ICLEI - Germania) e istituzioni accademiche (Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique - Francia; Università degli Studi di Torino - Italia).

¹³⁷ R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, cit., 1457-1493.

¹³⁸ G. L. ALBANO - C. NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements - Designing flexible Solutions for Public Procurement*, cit., 257. Cfr. G. M. RACCA, *The Risks of Emergencies in Public Procurement*, in *Journal of Public Finance and Public Choice*, 2013, 105 ss., con richiamo all'esperienza statunitense e delle organizzazioni internazionali.

¹³⁹ Gli appalti pubblici, superata una concezione meramente contabile, sono ormai intesi come strumento legale al servizio dell'amministrazione per l'effettiva realizzazione dei suoi

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

diverse amministrazioni aggiudicatrici che operano in ambiti nazionali o locali con limitate risorse a disposizione ¹⁴⁰.

La scarsa trasparenza e integrità, a qualunque livello di governo, determina costi considerevoli e significativi impatti sull'economia degli Stati e compromette la fiducia dei cittadini nelle istituzioni pubbliche ¹⁴¹. Le nuove strategie collaborative dal lato della domanda pubblica possono promuovere efficienza, sostenibilità e integrità anche mediante una "cooperazione inclusiva transnazionale contro la corruzione" ¹⁴² e con il sostegno della trasformazione digitale del sistema appalti.

La funzione pubblica di aggregazione degli appalti richiede, come detto, un significativo incremento delle professionalità e dei "saperi" delle pubbliche amministrazioni. Professionalità e saperi che non si possono raggiungere nel grado necessario in ogni amministrazione aggiudicatrice, che è perciò chiamata a valersi delle funzioni di soggetti terzi, con tutte le cautele di monitoraggio e sanzione previste dal noto modello del principale-agente ¹⁴³.

Le strategie di aggregazione e la riqualificazione della domanda pubblica richiedono, anche alle imprese, l'accettazione di nuove regole e modalità della selezione del contraente che assicurino trasparenza, accesso al mercato e parità di trattamento tra operatori economici.

L'aggregazione determina la gestione di quote significative della domanda pubblica e consente di coordinare un notevole potere di acquisto pubblico, in particolare nei mercati caratterizzati dalla presenza di un numero limitato di operatori. Perciò si richiede di definire e modificare con frequenza le strategie di gara più opportune in relazione agli specifici mercati di riferimento per superare rendite di posizione e

scopi o politiche pubblici. Cfr. J. M. GIMENO FELIU, *La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2018.

¹⁴⁰ Commissione Europea, 3 ottobre 2017, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, cit.

¹⁴¹ G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G. M. RACCA, R. YUKINS (a cura di) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 23-48.

¹⁴² Sui rischi di collusione nel sistema degli accordi quadro v. P. ARDEN, *Regulation of multi-provider framework agreements and the potential for bid rigging: a perspective from the UK local government construction sector*, cit.; C. NICHOLAS, *Legislative Comment: A critical evaluation of the revised UNCITRAL Model Law provisions on regulating framework agreements* (2012), cit.; A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit.

¹⁴³ C. R. YUKINS, *A Versatile Prism: Assessing Procurement Law Through the Principal-Agent Model*, in *PCLJ*, 2010, 71-79.

accordi collusivi, aprendo alla partecipazione anche di nuove imprese innovative.

Le strategie di aggregazione presuppongono dunque un significativo cambiamento nell'accesso alla domanda pubblica da parte degli operatori economici, chiamati ad una evoluzione organizzativa, mediante associazioni temporanee o permanenti, secondo modelli già sperimentati anche in altri ordinamenti, in particolare francese e inglese¹⁴⁴, funzionali alla crescita e alla qualità della domanda pubblica. La Commissione europea promuove procedure di appalto aperte alla partecipazione delle piccole e medie imprese, per assicurare il corretto impiego di pubbliche risorse¹⁴⁵. Obiettivi prioritari dei più recenti interventi di riforma volti a garantire la qualità dunque la "reddittività" dei servizi pubblici assicurando trasparenza e responsabilità nell'esercizio di pubbliche funzioni.

Di qui le discussioni sulle riforme dei contratti pubblici relativamente ai modelli di aggregazione, ai modelli tradizionali e alla semplificazione intesa come riduzione dei vincoli procedurali. I primi postulano la concentrazione della domanda pubblica di beni e servizi in capo ad un limitato numero di soggetti che svolgono "attività di committenza" qualificata per la soddisfazione dei bisogni collettivi e per i quali, come si è visto, assurgono a presupposto necessario l'adeguatezza e la natura giuridica pubblica delle organizzazioni di riferimento.

I tradizionali modelli di appalto pubblico mantengono la frammentazione della domanda pubblica¹⁴⁶ con l'unica motivazione di mantenere

¹⁴⁴ Si tratta, nell'ambito sanità, rispettivamente, del modello sviluppato in Francia "UniHA", e del modello inglese "Future Operating Model" (FOM).

¹⁴⁵ La Commissione europea intende supportare la disseminazione di buone pratiche e promuovere l'utilizzo di appalti innovativi da parte delle centrali di committenza e delle altre forme di aggregazione della domanda. L'Unione europea stima che una porzione rilevante degli investimenti pubblici nell'economia europea è veicolata attraverso appalti pubblici, che rappresentano il 14% del PIL dell'Unione europea. Le pubbliche amministrazioni spendono così, ogni anno, più di € 2 trilioni di soldi dei contribuenti, che, come è stato suggerito (D. KAHANE - K. LOPTSON - J. HERRIMAN - M. HARDY, *Stakeholder and Citizen Roles in Public Deliberation, Journal of Public Deliberation*, 9, 2, 2013), in veste di veri e propri "stakeholders", dovrebbero guidare l'amministrazione "to engage in a practiced and efficient way". V. la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Una corsia preferenziale per la piccola impresa. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un "Small Business Act" per l'Europa)*, 25 giugno 2008, COM(2008) 394 final.

¹⁴⁶ Si stima che esistano oltre 250.000 amministrazioni aggiudicatrici in Europa. Per un'adeguato approfondimento sia consentito il rinvio a P. VALCARCEL FERNANDEZ, *The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2017; G. M. RACCA - S. PONZIO, *Nuovi modelli*

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

sul mercato operatori economici locali, che peraltro potrebbero non essere in grado di partecipare autonomamente a grandi gare di appalto ¹⁴⁷. Obiettivo che resta peraltro condiviso anche da una efficiente “funzione appalti aggregata”, col vantaggio di aprire il mercato anche a nuovi entranti piccoli operatori innovativi, favorendone la crescita ¹⁴⁸, perché aggregazione non significa centralizzazione in contratti unici e di elevato valore.

Il modello di aggregazione, come centralizzazione nazionale, in gare di valore elevato ed ampia estensione geografica e temporale è giustificabile solo in limitati settori ed è in via di superamento in relazione alla elaborazione di nuove e più sofisticate strategie che possono cogliere le differenti opportunità dell’aggregazione.

La contrapposizione tra gli obiettivi richiamati potrebbe superarsi con la definizione di strategie di acquisto pubblico in ragione delle specifiche caratteristiche dei mercati di riferimento ¹⁴⁹, potendo perciò coniugare gli elementi dei vari modelli giungendo alla stipulazione di accordi quadro e all’attivazione di sistemi dinamici di acquisizione, anche con lotti molto piccoli, da mettere a disposizione su piattaforme elettroniche ¹⁵⁰, favorendo così forme di collaborazione nel cosiddetto “tavolo

71

organizzativi per il joint procurement e l’innovazione dei contratti pubblici in Europa, cit; S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, cit.

¹⁴⁷ V. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 445, per cui il rischio di violare il principio concorrenziale tramite il meccanismo dell’estensione è infondato alla luce del fatto che “le imprese concorrono ad aggiudicarsi un appalto avente un oggetto (eventualmente) multiplo, senza la necessità di dover concorrere ogni volta, e per servizi sostanzialmente identici o analoghi, a tante gare quante sono le Amministrazioni richiedenti”.

¹⁴⁸ C. NICHOLAS - A. CAROLINE MÜLLER, *SME Participation in Government Procurement Markets. Legal and Policy Considerations under the WTO Agreement on Government Procurement and the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, in T. RENSMANN (eds. by), *Small and Medium-Sized Enterprises in International Economic Law*, Oxford University Press, 2017, 123 - 161; cfr. B. RAGANELLI, *PMI, Procurement e favor participationis*, in *Rivista italiana di Diritto Pubbl. Com.*, f. 3-4, 2007, 839 ss.

¹⁴⁹ La prospettiva è richiamata da: Commissione UE, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l’Europa*, 3 ottobre 2017, COM (2017), 572 (final), cit.

¹⁵⁰ Le amministrazioni aggiudicatrici raramente effettuano acquisti congiunti, che oggi raggiungono una soglia poco elevata pari all’11% delle procedure, mentre ancora di recente la Commissione europea ha evidenziato l’importanza di tali appalti che non solo consentono l’acquisto a prezzi migliori ma offrono occasioni di confronto e di circolazione delle conoscenze che incrementano le capacità e la qualità degli appalti pubblici. Commissione UE, *Commission staff working paper, Evaluation Report - Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 27th June 2011, SEC(2011) 853 final, Part 1, VI. Cfr. G. M. RACCA, *The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers*, in D. DRAGOS - R. CARANTA (Eds.), *Outside the EU*

dei soggetti aggregatori”¹⁵¹ per il perseguimento della qualità della contrattazione nell’interesse delle imprese innovative e dei cittadini.

Si evolverebbe così anche il modello del Mercato elettronico della pubblica amministrazione, accompagnandolo a sviluppare gare aggregate seppur con lotti anche di valore molto limitato, proprio a favore di piccole e micro imprese.

La “funzione appalti”, aggregata e qualificata¹⁵², potrebbe assicurare una effettiva autonomia nella scelta fra più “negozi elettronici” ove, con l’aggiudicazione di gare aggregate, si siano selezionate (mediante accordi quadro o sistemi dinamici di acquisizione) le prestazioni di interesse e l’adesione sia semplificata, in una prospettiva che assicuri l’effettività dei principi della contrattazione pubblica, anche elettronica, ma basata su gare e algoritmi pubblici.

Emerge dunque una esigenza di coordinamento tra le scelte di aggregazione della funzione appalti che più efficacemente possono definire una ottimale suddivisione in lotti di dimensioni limitate (o settoriali) e definizione dei requisiti di partecipazione¹⁵³, per assicurare una più ampia partecipazione¹⁵⁴. Di qui l’affermazione per cui la mancata sud-

72

Procurement Directives - Inside the Treaty?, European Procurement Law Series, Vol. 4, Djøf Publishing, Copenhagen, 2012, 382-383.

¹⁵¹ Il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori che svolgono attività di centrali di committenza è stato istituito dall’art. 9, comma 2, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66 (convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89). Il D.P.C.M. 14 novembre 2014 ne definisce la modalità operative e la composizione. Nell’ambito del Tavolo tecnico opera un Comitato guida con il compito di fornire, attraverso linee guida, indicazioni utili per favorire lo sviluppo delle migliori pratiche con riferimento alle procedure di acquisto da parte dei soggetti aggregatori, specie con riguardo alla determinazione delle fasce di valori da porre a base d’asta e delle modalità per non discriminare o escludere le micro e le piccole imprese. Su tali aspetti: M. IMMORDINO - A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell’arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, cit., 371-383.

¹⁵² Il raffronto tra gli indicatori degli ultimi tre anni mostra come il volume del transato attraverso i nuovi sistemi di acquisto centralizzato sia notevolmente aumentato, facendo raddoppiare il valore delle transazioni da 6.566.611 euro nel 2016 a 12.467.585 euro nel 2018. Si vedano i dati riportati in <http://dati.consip.it/>.

¹⁵³ V. i considerando nn. 78 e 79 della Direttiva 2014/24/UE.

¹⁵⁴ Cfr. due questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto europeo su taluni articoli della legge regionale ligure sul trasporto pubblico (l. r. novembre 2013, n. 33), nella parte in cui si faceva coincidere con l’intero territorio regionale l’ambito territoriale ottimale per il trasporto pubblico stabilendo un unico lotto invece che distinti e separati lotti per l’affidamento del servizio. La Corte costituzionale (sentenza del 22 novembre 2016, n. 245) ha dichiarato inammissibili le questioni per difetto di rilevanza, ritenendo non sussistente, in base alla giurisprudenza consolidata, “la legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara”; il giudice europeo (Corte di giustizia UE, sezione terza, sentenza 28 novembre 2018, C-328/17, Amt Azienda Trasporti E Mobilità s.p.a.) ha affermato la

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

divisione in lotti determina per le amministrazioni aggiudicatrici la necessità di fornire evidenza delle ragioni su cui si fonda tale scelta nei documenti di gara¹⁵⁵ sulla base di analisi di mercato¹⁵⁶, relativamente al numero e alla dimensione degli operatori economici dei mercati di riferimento, anche al fine di evitare rischi di collusione¹⁵⁷.

La suddivisione in lotti tuttavia non incide sul valore del contratto, dato dalla somma dei lotti, e perciò consente di evitare frazionamenti abusivi volti a ridurre artificiosamente il valore delle gare con intento elusivo dei principi e della normativa europea e nazionale e che, al contrario, favorisce la concorrenza, la partecipazione e la crescita attraverso gli appalti pubblici¹⁵⁸.

Concorrenza tra imprese e qualità delle prestazioni nell'interesse pubblico rendono dunque vieppiù evidente come assurda a presupposto del corretto funzionamento del sistema di qualificazione la capacità di centrali committenza e soggetti aggregatori anzitutto di svolgere analisi di mercato con una corretta rilevazione delle caratteristiche delle imprese, delle catene distributive, nonché dei vincoli territoriali posti dai

compatibilità comunitaria dei principi del processo amministrativo, interpretati alla luce del diritto vivente nazionale che, come regola generale, riconoscono - con alcune eccezioni - la legittimazione ad impugnare gli atti di gara solo in capo alle imprese che abbiano presentato domanda di partecipazione. Su quest'ultimo tema si veda, da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4; cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Ad. plen., 27 gennaio 2002, n. 1. Sui profili di legittimazione a ricorrere nell'ambito della giurisprudenza europea v. Corte di giustizia UE, sentenza 12 febbraio 2004 in C-230/02 Grossmann; sentenza 19 giugno 2003, causa C-249/01, Hackermüller. TAR Lazio, Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345.

¹⁵⁵ Cons. St., sez. III, 23 gennaio 2017, n. 272. Secondo la Sezione, la suddivisione degli appalti in lotti funzionali assume lo scopo di favorire la massima partecipazione agli appalti, evitando la formazione di situazioni di monopolio o di oligopoli. Cfr. TAR Toscana, sez. III, 12 dicembre 2016, n. 1755, nella parte in cui afferma la possibile deroga del principio della suddivisione in lotti con decisione adeguatamente motivata.

¹⁵⁶ Cfr. gli articoli 40 e 41 della Direttiva 2014/24/UE, recepiti dagli articoli 66 e 67 del d.lgs. n. 50/2016. Cfr. il parere reso dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, 14 febbraio 2019, n. 445) sulla proposta di Linee Guida dell'A.N.AC., (*"Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato"*).

¹⁵⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici*, Com (2013) 455 final, 25 giugno 2013. Cfr. A.N.AC., *Linee guida n. 8 ("Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili")* approvate con la delibera n. 950 del 13 settembre 2017.

¹⁵⁸ G. L. ALBANO - A. CIPOLLONE - M. SPARRO, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, Quaderni Consip, 2, 2016, 10. Cfr. G. AMATO, *Il Diritto Costituzionale e gli altri diritti davanti alla Corte. Il caso del Diritto alla concorrenza, in Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di A. MASSERA, G. PIZZANELLI (a cura di)*, Napoli, Jovene, 2017, 271-282.

produttori ai fornitori. Solo queste analisi permettono una adeguata pianificazione e programmazione che consente l'elaborazione di strategie di gara con ripartizioni in lotti che trascendano i confini amministrativi, attuando scelte di politica industriale per lo sviluppo del sistema delle imprese per ogni specifico settore di mercato e territorio ¹⁵⁹.

Attente analisi di mercato volte ad evitare anche i ben noti fenomeni di cd. "lock in" ¹⁶⁰ che si verificano ove l'amministrazione, specie nell'ambito di appalti informatici, non sia in grado di cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale per carenza di informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente, oppure per la presenza di elevati costi di investimento (iniziale) non recuperabili.

A ciò si aggiunga che la scelta di procedere alla costituzione di raggruppamenti temporanei di imprese ovvero di ricorrere all'istituto dell'avvalimento è lasciata ¹⁶¹ agli operatori economici ¹⁶², perciò crescente attenzione va posta alla definizione del valore dei singoli lotti che deve essere adeguato per assicurare effettività alla partecipazione delle imprese meno strutturate. La definizione di lotti troppo ampi è talora stata ritenuta illegittima in quanto, limitando l'apertura di tali appalti alle grandi organizzazioni d'impresa avrebbe precluso di fatto la partici-

¹⁵⁹ Sul rapporto tra programmazione e consultazioni preliminari di mercato v. la proposta di Linee Guida dell'A.N.A.C., recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato", in cui l'Autorità ha optato per la collocazione dell'istituto nella fase successiva alla programmazione degli acquisti, per evitare distorsioni competitive nella successiva attività negoziale della stazione appaltante, ammettendo la possibilità di ricorrere solo eccezionalmente alla consultazione preliminare anche in via anticipata, scelta confermata nel parere preventivo sulle medesime Linee Guida reso dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, 14 febbraio 2019, n. 445).

¹⁶⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici*, Com (2013) 455 final, 25 giugno 2013. Cfr. A.N.A.C., *Linee guida n. 8 ("Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili")* approvate con la delibera n. 950 del 13 settembre 2017.

¹⁶¹ Art. 63 della Direttiva 2014/24/UE, art. 38 della Direttiva 2014/23/UE, art. 79 della Direttiva 2014/25/UE, recepiti nell'art. 89 del vigente d.lgs. n. 50/2016. Sul tema v. A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda, Vicende della negoziazione con le PPA.A., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, cit., 122; cfr. N. PAOLANTONIO, *L'avvalimento*, in *I Contratti di appalto pubblico*, C. FRANCHINI (a cura di), 2010, Milano, 521-553.

¹⁶² Con l'avvalimento non si persegue, infatti, il fine di arricchire la capacità tecnica o economica del concorrente, ma all'opposto, quello di consentire a altri soggetti che ne siano privi, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2008, n. 5742; sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

zione alle micro, piccole e medie imprese. In definitiva, la possibilità di ricorrere a tali istituti contenuta in una previsione generale e astratta — che realizza ipotesi di cooperazioni comunque facoltative tra imprese — non esclude per ciò stesso la violazione del principio di concorrenza dovuta alla previsione di lotti troppo ampi che, chiudendo determinati mercati, impediscono il miglioramento della qualità dei servizi e delle prestazioni nell'interesse pubblico e lo stesso sviluppo in termini di professionalità e di qualificazione delle micro, piccole e medie imprese ¹⁶³.

La giurisprudenza ha di recente ritenuto che il valore economico elevato dei lotti o l'accorpamento di molteplici attività in un'unica gara possa pregiudicare il corretto dispiegarsi della concorrenza. Concorrenza che assicura il corretto funzionamento del mercato a beneficio delle imprese del settore che possono confrontarsi pienamente e liberamente e della stessa stazione appaltante, perciò della collettività in termini di rapporto qualità prezzo della prestazione resa dal miglior offerente ¹⁶⁴.

Un sindacato sulle scelte discrezionali relative all'articolazione in lotti parrebbe limitato ai casi di manifesta irragionevolezza, che potrebbe risultare dubbio ove l'aggregazione riguardi comunque limitate percentuali del mercato di riferimento ¹⁶⁵. La suddivisione in lotti "non è suscettibile di applicazione vincolata bensì si pone come parametro generale di valutazione da adottare in base ai casi specifici", rispetto alla quale il sindacato del giudice amministrativo incontra i noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria. Occorre infatti rilevare che se per un verso un elevato numero di lotti può favorire la partecipazione, ed in particolare degli operatori di dimensioni più limitate, parimenti non sempre ciò determina offerte competitive, circostanza che dipende, invece, dal grado di concorrenza nel mercato. Sicché in mercati esposti a rischio di dinamiche

¹⁶³ Cfr. TAR Lazio - Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345, per cui il cd. vincolo di aggiudicazione — vale a dire dalla facoltà della stazione appaltante di limitare il numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati ad un solo offerente — costituisce uno strumento pro-concorrenziale specie per le pmi.

¹⁶⁴ TAR Lazio, Roma, II, 30 agosto 2016, n. 9441 (confermata dal Cons. St., sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038).

¹⁶⁵ Si trattava di circa il 30 per cento del valore complessivo degli affidamenti nel settore: TAR Lazio, Roma, II, 30 agosto 2016, n. 9441, confermata da Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038.

collusive un elevato numero di lotti può rafforzare tali dinamiche favorendo la redistribuzione dei lotti come strategia collusiva¹⁶⁶, con meccanismi di spartizione tra i membri di un cartello attivo nel mercato di riferimento¹⁶⁷. Di recente l’Autorità *Antitrust* ha avuto modo di sanzionare le principali società di revisione e consulenza accertando tra le stesse un’intesa restrittiva della concorrenza¹⁶⁸, che ha condizionato l’esito di una gara bandita dalla centrale di committenza nazionale Consip e avente ad oggetto l’affidamento dei servizi di supporto e assistenza tecnica alle amministrazioni pubbliche per l’esercizio e lo sviluppo della funzione di sorveglianza e audit dei programmi cofinanziati dall’Unione Europea. Collusione individuata nella partecipazione “a scacchiera” ai lotti di gara ove le parti dell’accordo hanno presentato sconti più elevati nei lotti ad esse “assegnati”, senza sovrapporsi sui lotti di interesse delle altre parti, talora presentando offerte “di appoggio” comunque non idonee a conseguire l’aggiudicazione del lotto, con pregiudizio per la stazione appaltante, sia sul piano economico, sia qualitativo del servizio oggetto di gara. Simili comportamenti annullano il confronto concorrenziale in gara sui lotti “neutralizzando” la concorrenza esterna al cartello. Accordo spartitorio che è stato confermato in sede giurisdizionale con una riduzione della sanzione applicata in ragione della qualificazione della tipologia di intesa¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cons. Stato, III, 23 gennaio 2017, n. 272.

¹⁶⁷ G. L. ALBANO - A. CIPOLLONE - M. SPARRO, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, Quaderni Consip, cit.

¹⁶⁸ Perciò in violazione dell’articolo 101 del TFUE.

¹⁶⁹ Su tali aspetti v. AGCM 18 ottobre 2017 - proc. I796, che in relazione alla gara CONSIP per l’affidamento dei servizi di supporto e assistenza tecnica alle Pubbliche Amministrazioni per l’esercizio e lo sviluppo della funzione di sorveglianza e audit dei programmi cofinanziati dall’Unione Europea ha comminato la sanzione di 23 milioni di euro a seguito dell’accertamento dell’esistenza di un’intesa orizzontale e segreta, in violazione dell’articolo 101 del TFUE, per mezzo della quale le principali società di revisione e consulenza appartenenti ai network internazionali Deloitte, KPMG, Ernst&Young e PWC volta a condizionare l’esito della gara con la collusione posta in essere attraverso una partecipazione “a scacchiera” ai lotti di gara. Con le sentenze nn. 10996, 10997, 10999, 11000, 11002, 11003, 11004 del 2018, il TAR Lazio accoglieva i ricorsi proposti da Ernst & Young S.p.A., Deloitte & Touche S.p.A., Pricewaterhousecoopers S.p.A., Pricewaterhousecoopers Advisory S.p.A. e KPMG S.p.A. nella parte volta a contestare l’attività di quantificazione della sanzione mentre considerava esente da vizi l’accertamento della sussistenza dell’intesa nei loro confronti operato dall’AGCM. Sotto tale profilo, il TAR Lazio ha ritenuto che le spiegazioni fornite dalle società sugli sconti proposti per ciascun lotto non fossero nel complesso idonee ad escludere la sussistenza di un accordo “spartitorio” dei lotti di gara, emergente dagli elementi esogeni ed endogeni puntualmente richiamati dall’Autorità nel provvedimento.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

La diversificazione delle strategie di gara¹⁷⁰ appare, dunque, lo strumento più utile a stimolare l'innovazione e la concorrenza e capace di attuare scelte di politica industriale. Scelte che ancora una volta richiedono alla parte pubblica la capacità¹⁷¹ anche al fine di evitare pregiudizi per la qualità sin dalla definizione dei requisiti di partecipazione e degli elementi di valutazione dell'offerta¹⁷². Tali misure, unitamente alla previsione del limite di partecipazione o di aggiudicazione di un singolo lotto, o di un numero limitato di lotti, per salvaguardare la compresenza di una pluralità di aggiudicatari (anche di dimensioni organizzative significativamente diverse) nel settore di riferimento¹⁷³, mirano quindi a compendiare l'obiettivo primario di aggregazione degli acquisti, con l'esigenza di ottenere un'ampia partecipazione alle procedure, evitando barriere per le piccole e medie imprese che normalmente non sono in possesso delle competenze e delle strutture necessarie per fornire un servizio fortemente integrato al livello più vicino al cittadino. Un tale auspicato equilibrio può realizzarsi indicando il livello ottimale di aggregazione, prevedendo lotti disomogenei per valore e talora per oggetto per favorire la partecipazione ovvero assecondare anche le scelte di cooperazione tra le imprese.

Da un lato la tecnologia permetterà di standardizzare i modelli di contratto e le relative clausole di selezione ed esecuzione, dall'altro consentirà all'amministrazione così qualificata di divenire il primo cliente dell'innovazione introdotta sul mercato, per poterla diffondere in tempi più rapidi nell'interesse della qualità delle prestazioni e dello sviluppo economico.

L'incrocio tra i dati relativi alle caratteristiche del mercato e ai fabbisogni delle stazioni appaltanti, permette, in tal modo, di definire le di-

¹⁷⁰ V. S. FURUSTEN, *Handling Opposing Market Logics. Public Procurement in Practice*, N. BRUNSSON - M. JUTTERSTRÖM (eds. by), *Organizing and Reorganizing Markets*, Oxford University Press, 2018, per cui la diversificazione delle strategie di gara consentirebbe di superare il modello posto alla base delle Direttive europee del 2014 in materia di appalti pubblici, di mercato "perfetto", in cui una pluralità di acquirenti e di fornitori si scambiano, in assenza di asimmetrie informative, beni e servizi interscambiabili.

¹⁷¹ Sui questi aspetti si veda, ampiamente *infra*, § 1.

¹⁷² Cfr. R. DIPACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I Contratti di appalto pubblico*, C. Franchini (a cura di), 2010, Milano, 601-647.

¹⁷³ V. il Considerando n. 79 della Direttiva 2014/24/UE. Il limite del numero dei lotti aggiudicabili allo stesso fornitore è da tempo frequentemente utilizzato, ad esempio, da Consip S.p.A. Cfr. G. L. ALBANO - A. CIPOLLONE - M. SPARRO, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, cit., 29.

mensioni ottimali dei lotti e di ridurre i costi di partecipazione alla procedura di gara, consentendo anche la partecipazione di imprese di minori dimensioni¹⁷⁴. Modello che pare trovare attuazione nei recenti accordi quadro¹⁷⁵ che prevedono una suddivisione in lotti geografici conformati in modo da garantire l'ampia partecipazione di imprese di minori dimensioni individuando un significativo numero di lotti "enti piccoli" in relazione a Comuni meno popolosi e altri lotti ('lotti enti grandi') per Comuni con un numero di abitanti superiore, limitando altresì, sempre in un'ottica di favore per la concorrenza, la possibilità per gli operatori economici di presentare le offerte per un unico gruppo di lotti ('lotti enti piccoli' o 'lotti enti grandi')¹⁷⁶, per evitare di favorire unicamente le grandi imprese presenti nel mercato di riferimento¹⁷⁷. Simili accordi quadro hanno il vantaggio di prevedere e incentivare lo sviluppo dell'innovazione anche sul lato dell'esecuzione assicurando la qualità delle prestazioni nel tempo. Le possibili strutture e i possibili esiti connessi ai bandi pubblicati risultano complessi ed a rapida obsolescenza, perciò non pare possibile l'individuazione di regole universalmente valide o criteri applicabili in qualsiasi situazione, richiedendo un approccio diversificato in relazione alla singola categoria merceologica considerata¹⁷⁸.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ È il caso della recente gara indetta da Consip per l'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto l'efficientamento energetico degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà degli enti locali. La gara, del valore complessivo di circa 2 miliardi di euro, è suddivisa in 30 lotti geografici della durata di 24 mesi dalla data di attivazione. L'iniziativa prevede oltre al servizio di gestione, conduzione, manutenzione degli impianti, l'obbligo di efficientamento energetico degli stessi tramite la sostituzione di tecnologie di lampade obsolete con lampade a Led. Gli atti di gara sono accessibili al link <http://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/eq-gestione-ed-efficientamento-energetico-impianti-di-illuminazione-pubblica>.

¹⁷⁶ Cfr. Capitolato d'oneri, p.to 13, ove si precisa che qualora "il Concorrente inserisse a Sistema offerte per entrambe le tipologie di lotti, la domanda si considererà presentata esclusivamente per i Lotti "Enti Grandi".

¹⁷⁷ Cfr. Capitolato d'oneri, p.to 25, rubricato "Affidamento delle concessioni". La struttura bifasica che caratterizza l'accordo quadro prevede per ciascun lotto l'aggiudicazione e la conclusione dell'accordo quadro da parte di Consip e una seconda fase svolta singola Amministrazione contraente, si caratterizza per l'affidamento di una Concessione della durata di 108 mesi.

¹⁷⁸ In attuazione dell'art. 9, comma 2-bis, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66 (convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89), il Comitato Guida istituito nell'ambito del Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori di cui all'art. 9, comma 2, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, ha emanato apposite linee guida recanti indicazioni sulle strategie di gara per le

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

La cooperazione tra centrali di committenza consente lo sviluppo di una specializzazione per condurre complesse procedure di aggiudicazione in specifici mercati, evitando duplicazioni e sovrapposizioni di gare su medesimi prodotti e servizi destinati ad amministrazioni omologhe, come già ampiamente sperimentato in altri ordinamenti¹⁷⁹. In particolare, un modello innovativo di aggregazione nel settore sanitario consente di coordinare, nell'ambito di una politica di acquisto comune, le attività dei centri ospedalieri più grossi, affidando invece la responsabilità operativa del raggruppamento d'acquisto ai coordinatori di filiera ripartiti negli istituti membri e assistiti da acquirenti pubblici, consentendo, attraverso la specializzazione in determinati settori merceologici, l'elaborazione di adeguate strategie di approvvigionamento, la raccolta dei fabbisogni dei membri del gruppo e la conduzione di procedure di appalto sulla base di capitolati di appalto comuni¹⁸⁰.

Un approccio olistico che consideri il “*value based approach*”¹⁸¹ o “*life-time approach*”¹⁸² valuta, invece, gli effetti complessivi della prestazione innovativa sui destinatari e la relativa qualità di vita, con l'individuazione negli accordi quadro di uno o più operatori economici cui affidare gli appalti specifici, motivando tale scelta sia con riferimento alle specifiche esigenze dei destinatari delle prestazioni che dell'amministrazione, nell'interesse pubblico anche in applicazione dei principi dell'economia circolare¹⁸³.

79

categorie merceologiche di “Servizi di Pulizia per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale” e alle forniture di “Stent”.

¹⁷⁹ È il caso del nuovo modello elaborato per il sistema sanitario inglese “Future Operating Model” (FOM) basato sulla riorganizzazione del sistema di *supply chain* in 11 torri merceologiche il cui servizio viene gestito da differenti operatori economici. V. i dati contenuti nel recente documento disponibile al link <https://www.supplychain.nhs.uk/sccl/~media/Medical%20Category%20Towers%20Announcement.ashx>.

¹⁸⁰ Si veda il modello sviluppato in Francia “UniHA”, in <https://www.uniha.org>.

¹⁸¹ In particolare in sanità: v. il report *Value based procurement - An alternative approach to total cost reduction, improved efficiency and enhanced patient outcomes in the NHS*, realizzato in collaborazione con l'Università di Liverpool nel 2018, disponibile al link: <https://scanhealth.ca/images/news/VBPGuide.pdf>.

¹⁸² La disciplina sugli appalti pubblici etiope (“*Public Procurement and Property Administration Proclamation No. 648/2009*”) adotta e definisce il cd. “*life-time approach*” all'art. 2(24) come: “[a] *system of effective management and control of public property which takes in to account all associated activities and costs, namely, planning, acquisition, receipt, use, maintenance, consumption or disposal or deletion of public property*”. V. T. HAGOS BAHTA, *Framework procurement contracts in the Ethiopian public procurement law*, *Public Procurement Law Review*, 2, 2016, 35-50.

¹⁸³ Es. nel settore sanitario: continuità terapeutica in casi di sostituzione di dispositivi medici, caratteristiche cliniche del dispositivo più appropriate all'anatomia del paziente da trattare ecc.

La specializzazione piuttosto che la competizione tra organizzazioni professionali pubbliche di acquisto, che aggregano la “funzione appalti”, può contribuire al miglioramento delle competenze professionali legali, tecniche, economiche e contrattuali, 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 di piattaforme elettroniche per l’uso efficiente e il riuso 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, almeno in parte, all’adesione di altre amministrazioni, seguendo le più evolute esperienze europee¹⁸⁴.

La Corte di Giustizia¹⁸⁵, chiamata a pronunciarsi dal Consiglio di Stato sui limiti territoriali di operatività delle centrali di committenza potrebbe favorirne il superamento. Con interpretazione che sarebbe conforme alla disposizione europea che vieta agli Stati Membri di vietare alle amministrazioni aggiudicatrici di aderire ad attività di centralizzazione delle committenze svolte da amministrazioni aggiudicatrici addirittura di altri Stati Membri. Divieto di vietare che evidenzia invero il favore dell’ordinamento europeo per simili forme di collaborazione, che potrebbero consentire di cogliere tutti i vantaggi del mercato interno¹⁸⁶.

In tale prospettiva, in ambito locale, le città metropolitane, le aree

¹⁸⁴ G. M. RACCA - S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d’achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, cit. Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019 n. 1329, afferma in sanità la prevalenza di sistemi di acquisizione di livello regionale e conseguentemente il carattere sussidiario della stipula di Convenzioni con interpretazione che non pare comunque escludere l’applicazione del principio di congruità nella scelta della Convenzione.

¹⁸⁵ Cons. Stato, sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, cit.

¹⁸⁶ G. M. RACCA - R. CAVALLO PERIN, voce *Cooperazione amministrativa europea*, cit., 1479 ss.; 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, *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*, cit., 3-36 e *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 e s.; R. CAVALLO PERIN, Relazione Conclusiva, in Atti del Convegno: *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 maggio 2014, accessibili in *Ius Publicum Network Review*, 38; Commissione UE, *Riforma degli appalti pubblici*, scheda n. 3: semplificazione delle norme per le amministrazioni aggiudicatrici, accessibile in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/reform/fact-sheets/fact-sheet-03-simplification-public-purchasers_it.pdf.

LA SCELTA DEL CONTRAENTE COME FUNZIONE PUBBLICA

vaste, le province, ove adeguatamente qualificate, potrebbero agire in rete e cooperare coordinando l'attività contrattuale degli enti locali, specializzandosi su specifici settori merceologici (lavori, servizi, forniture), di specifico interesse per tali enti, in base ai dati di spesa precedenti rilevati dal mercato elettronico della pubblica amministrazione e dalla banca dati A.N.AC.. Le relative gare potrebbero essere messe a disposizione non solo tramite convenzione e su delega, ma anche in relazione a lotti specifici per valori definiti. Così, il “divieto di vietare” europeo tra gli Stati Membri pare ancor più evidente in favore della collaborazione istituzionale fra gli enti della Repubblica¹⁸⁷.

L'evoluzione prospettata prelude alla richiamata possibilità di svolgere una “gara delle gare, fra le aggiudicazioni”, perciò con la possibilità di scegliere e motivare l'adesione all'una piuttosto che all'altra gara formalizzata in accordi quadro italiani o europei¹⁸⁸.

Una simile possibilità potrebbe consentire a ciascun ente di non essere vincolato a rivolgersi necessariamente ad un soggetto determinato, con il superamento dell'obbligatorietà, non solo per settore merceologico, ma anche territoriale¹⁸⁹.

L'apertura alla collaborazione può consentire il pieno esercizio dell'autonomia per assicurare ai destinatari le prestazioni migliori sulla

¹⁸⁷ G. M. RACCA, *Nuove prospettive per l'aggregazione dei contratti pubblici nel contesto europeo*, in R. F. ACEVEDO - P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di) *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomson Reuters - Editorial Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2014, 455-492; G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, cit.; G. M. RACCA - S. PONZIO, *Nuovi modelli organizzativi per il joint procurement e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in R. F. ACEVEDO - P. VALCARCEL FERNANDEZ (ed. by) *Compra Pública Agregada*, 2016, 373-406; R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, cit.; G. M. RACCA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, cit.; G. M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, cit.; G. M. RACCA, *The challenges of collaborative procurement in the healthcare sector*, in *World Hospitals and Health Services*, Vol 47 n. 1, 2011, 18; G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di) *Public contracting and innovation: lessons across borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Directed by J.B. AUBY), cit.

¹⁸⁸ R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, cit., 1457-1493; ID., voce *Cooperazione amministrativa europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 2017, 191-208.

¹⁸⁹ V. Corte cost. n. 401/2007, sul rispetto dei principi fondamentali dei Trattati europei (parità di trattamento, trasparenza e pubblicità) anche in caso di appalto sotto-soglia. Già con la sentenza n. 345/2004 la Corte aveva chiarito che per gli acquisti di beni e servizi sotto-soglia, le stazioni appaltanti fossero tenute all'osservanza dei principi desumibili dalla normativa nazionale di recepimento, quali la concorrenza.

base della più efficiente, innovativa e sostenibile scelta contrattuale, anche ove il valore della singola prestazione risulti inferiore alle soglie di rilevanza europea.

Abstract

Il presente articolo analizza la funzione pubblica di aggregazione dei contratti pubblici ed i relativi modelli organizzativi e contrattuali. Il principio Costituzionale di adeguatezza richiede la qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici e della domanda pubblica. I soggetti aggregatori e le altre centrali di committenza attuano la “funzione appalti” come funzione pubblica di politica industriale, ove le strategie di cooperazione permettono di perseguire obiettivi di razionalizzazione, di integrità, di sviluppo e innovazione.

Abstract

This article analyzes the Italian “public function” in the award of joint public procurement and the related organizational and contractual models. The Constitutional principle of “adeguatezza” requires the qualification of contracting authorities and public demand. The different kinds of central purchasing bodies implement the “procurement function” as a “public function” of industrial policy, where the cooperation strategies make it possible to pursue rationalization objectives, integrity, development and innovation.