

L'esperienza statunitense e canadese del public procurement*

Laura Zanarini

Sommario: 1. Il public procurement negli Stati Uniti a livello federale; 1.1. Brevi cenni storici sulla nascita del public procurement; 1.2. L'organizzazione amministrativa del procurement; 1.2.1 Le strutture e i soggetti coinvolti nell'attività di procurement ; 1.2.2. Le criticità esistenti; 1.3. Il sistema normativo degli acquisti del procurement; 1.3.1. I principi fondamentali della vigente disciplina; 1.3.2. Profili problematici dell'attuale quadro regolamentare; 1.4. La tutela legislativa delle piccole imprese; 1.5. Le differenti tipologie contrattuali; 1.6. Il contesto del procurement nell'attuale contesto della crisi economica; 2. Cenni sull'esperienza canadese del public procurement; 2.1. I principali organismi del procurement federale: il Treasury board e il Department of public works and government service Canada; 2.2 Il quadro normativo relativo al sistema degli acquisti federali; Considerazioni conclusive.

1. Il public procurement negli Stati Uniti a livello federale

1.1 Brevi cenni storici sulla nascita del public procurement

Il governo federale statunitense costituisce la più grande organizzazione del mondo dedicata ad attività di procurement. Le commesse delle agenzie federali, militari e civili, ammontano ad oltre 520 miliardi di dollari all'anno¹ e riguardano un insieme molto ampio di beni e servizi, che spazia da quelli più elementari, come gli articoli di cartoleria, a quelli più sofisticati, come le nuove armi da difesa o gli space shuttle.

Il public procurement ha origini antiche nel contesto statunitense. Come evidenziato da alcuni autori², una sua forma embrionale era presente già nell'America coloniale, attraverso il ricorso ad addetti che ricevevano una commissione per gli acquisti realizzati per le milizie o le altre unità amministrative.

* Articolo elaborato per il Gruppo di studio ASTRID *Public procurement e modello Consip* coordinato da Luigi Fiorentino. Versione provvisoria.

¹ Dato riferito all'anno 2009. Per ulteriori approfondimenti, si v. il sito web www.usaspending.gov.

² Si v. H.R. Page, *Public Purchasing and Materials Management*, Lexington, Massachusetts, Heath and Company, 1980.

Ad eccezione dell'Oklahoma, che creò nel 1810 un ufficio responsabile degli acquisti di beni e servizi per tutti i dipartimenti e le agenzie nazionali, fu solo a partire dagli ultimi anni del XIX° secolo che la maggior parte degli Stati iniziò a predisporre normative tese a garantire un public procurement governato a livello centrale. Si ricordano, in tal senso, l'Illinois, che si dotò di strutture centrali di committenza per tutti i dipartimenti nazionali già nel 1898, la Pennsylvania (1903), il Minnesota (1911), l'Ohio (1913), la California (1916), il Maryland (1916) e la città di New York (1919)³.

Per quanto riguarda il livello federale, invece, i primi atti ufficiali relativi al procurement vennero approvati solo pochi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione statunitense⁴: risale, infatti, al 1792 il primo atto relativo alla committenza approvato dal Congresso, che autorizzava l'allora department of war and treasury ad acquisire approvvigionamenti a nome degli Stati Uniti, mentre fu emanato nel 1795 il *Purveyor of public supplies act*, prima legislazione completa in materia di procurement, che divenne il fondamento giuridico per ogni acquisto realizzato dal dipartimento della difesa. La normativa si arricchì poco dopo con l'approvazione dell'*Act concerning public contracts* del 1808 e del *Procurement act* del 1809, che, al fine di evitare abusi e superare le criticità presenti nella disciplina, introdussero il divieto per i membri del Congresso di trarre benefici dalle operazioni di procurement e l'obbligo di prevedere forme di competizione tra le imprese in sede di approvvigionamento da parte del governo⁵.

1.2 L'organizzazione amministrativa del public procurement

L'analisi della disciplina dell'approvvigionamento pubblico di beni e servizi non può prescindere, in via generale, da una verifica preliminare della natura degli strumenti attraverso i quali si procede alla definizione delle competenze, delle funzioni e dei poteri tra i diversi attori istituzionali.

Per quanto concerne l'esperienza statunitense, la materia del public procurement è disciplinata prevalentemente, come sarà esposto in seguito, da norme di rango legislativo che incidono fortemente sul sistema, attraverso, segnatamente, la definizione degli indirizzi di policy, nonché specifiche autorizzazioni agli stanziamenti⁶.

1.2.1 Le strutture e i soggetti coinvolti nell'attività di procurement

La struttura amministrativa statunitense deputata al procurement federale è caratterizzata da un elevato livello di complessità e frammentarietà organizzativa, in quanto risulta composta da oltre sessanta agenzie esecutive federali e molte sub-agenzie che operano per garantire il raggiungimento di missioni tra loro diverse. Inoltre, l'attività di tale struttura amministrativa è influenzata dall'intervento di ulteriori attori istituzionali, appartenenti al potere esecutivo, legislativo e giudiziario.

³ Per un approfondimento sul tema, si v. M. Conover, *Centralized Purchasing Agencies in Statal and Local Government*, in «The American Political Science Review», vol. 19, n. 1, 1925, pp. 73-82.

⁴ Si ricorda che la Carta Costituzionale degli Stati Uniti fu approvata nel 1788 ed entrò in vigore dal 1° gennaio 1789.

⁵ Cfr. K.V. Thai, *Public procurement re-examined*, in «Journal of public procurement», vol. 1, n. 1, 2001, pp. 9 ss.

⁶ Tuttavia, in altri ordinamenti, tra cui ad esempio quello del Regno Unito, la disciplina della struttura istituzionale del public procurement, nonché l'attuazione degli indirizzi di policy è effettuata dal potere esecutivo mediante strumenti di natura non legislativa.

Quest'ultimo non incide direttamente sul procurement o le sue policy; tuttavia, in considerazione del peculiare sistema di common law, le decisioni delle corti in merito ai casi che coinvolgono il governo federale e le dispute contrattuali diventano una rilevante fonte di regolazione federale del procurement.

Il potere legislativo, di cui è titolare segnatamente il Congresso, esercita, invece, un'influenza determinante sul sistema federale di approvvigionamento attraverso, in primo luogo, l'adozione di disposizioni legislative relative alle procedure di acquisto e alle approvazioni dei relativi budget. Il Congresso, infatti, approva annualmente leggi di autorizzazione allo stanziamento economico finanziario, che fissano le linee guida alle quali le agenzie federali devono attenersi nelle proprie gare d'appalto.

In secondo luogo, il Congresso sovrintende ai processi di procurement attraverso alcune commissioni permanenti e il General accounting office (di seguito, anche Gao). Quest'ultima struttura è un'agenzia indipendente che, in qualità di *congressional watchdog*, coadiuva il Congresso nell'assolvimento delle sue funzioni istituzionali e contribuisce a garantire il miglioramento delle performance e dei livelli di *accountability* del governo federale statunitense. Al Gao sono state attribuite, in particolare, funzioni di controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di valutazione sulle politiche e i programmi federali. Esso fornisce, inoltre, pareri e analisi al Congresso in materia di finanziamenti, sia con riferimento alle scelte allocative, che all'attività di supervisione.

Per quanto concerne, infine, il ruolo svolto dal potere esecutivo, si rileva che sono attribuite al Presidente degli Stati Uniti le decisioni più importanti relative alle policy del procurement, quali, ad esempio, i principi tesi a determinare se sia preferibile procedere tramite autoproduzione o *contracting out* e i programmi di procurement. Inoltre, il Presidente nomina i capi delle agenzie e gli alti funzionari che svolgono la funzione di controllo diretto o indiretto sui programmi degli appalti e sulla loro organizzazione. Occorre, tuttavia, sottolineare che il Presidente degli Stati Uniti è coadiuvato, nello svolgimento anche di tali funzioni, dall'ufficio di gestione e bilancio (Omb), le cui missioni fondamentali sono assistere il Presidente nella predisposizione del budget federale, procedendo alla valutazione, anche attraverso analisi comparative, dell'efficienza delle operazioni e dei programmi propri delle diverse agenzie, e sovrintendere alle attività delle agenzie esecutive, verificando che le loro procedure siano conformi alle previsioni del budget federale e alle relative policy di spesa.

Inoltre, per quanto attiene, in modo specifico, alle operazioni federali di approvvigionamento di beni e servizi, l'Omb svolge due funzioni fondamentali, ovvero approvare i programmi di procurement e i relativi livelli di finanziamento, e sviluppare le linee di indirizzo dei processi di approvvigionamento, attraverso l'ufficio delle politiche del procurement federale (Ofpp). A quest'ultimo, istituito presso l'Omb nel 1974, è stata attribuita la direzione generale delle politiche e delle procedure di procurement federale, al fine di promuovere una maggiore efficienza, efficacia ed economicità dalle operazioni delle agenzie esecutive relative all'approvvigionamento di beni e servizi. L'Ofpp, inoltre, sovrintende all'applicazione della *Federal acquisition regulations* (di seguito, normativa Far), approva i regolamenti che disciplinano in modo uniforme le politiche e le procedure di acquisto da parte di tutte le agenzie, e guida lo sviluppo del sistema delle agenzie esecutive.

Nell'ambito della struttura esecutiva federale rientrano peraltro ulteriori attori istituzionali, come emerge dalla figura 1⁷.

⁷ Figura tratta da K.V. THAI, *Public procurement re-examined*, cit., p. 22.

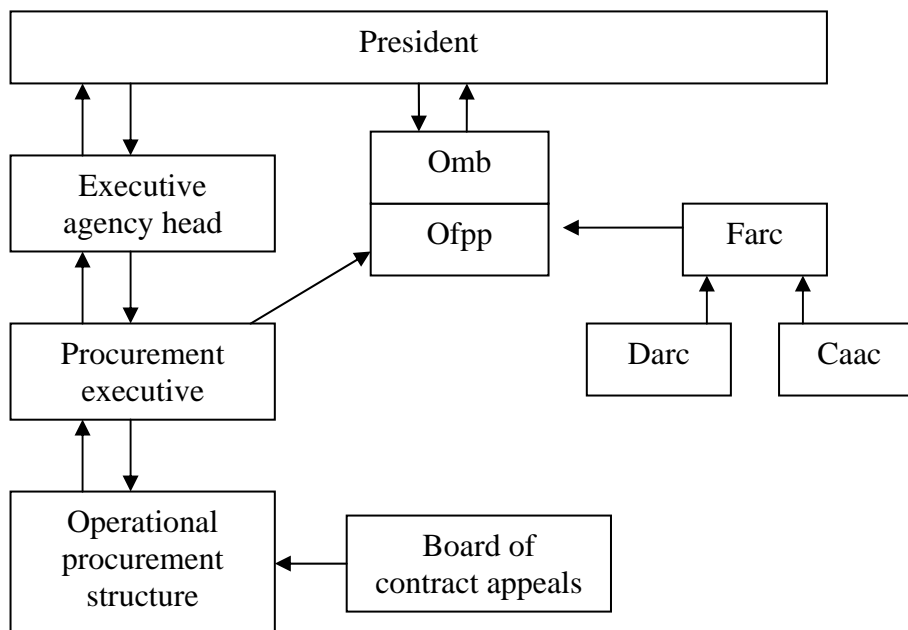


Fig. 1: La struttura esecutiva del procurement federale statunitense

Nota. Omb: Office of management and budget (Ufficio di gestione e bilancio); Ofpp: Office of federal procurement policy (ufficio delle politiche del procurement federale); Farc: Federal acquisition regulatory council (Consiglio di regolazione degli approvvigionamenti federali); Darc: Defence acquisition regulatory council (Consiglio di regolazione degli approvvigionamenti della difesa); Caac: Civilian agency acquisition council (Consiglio per gli approvvigionamenti delle agenzie civili).

Da tale figura emerge con chiarezza quanto sia complessa la struttura esecutiva, che risulta costituita da molteplici agenzie decentrate, uffici ed organi di consiglio.

In aggiunta all'Omb, operano tre consigli di regolazione degli approvvigionamenti, che, occupandosi segnatamente di proporre e valutare eventuali modifiche alla normativa Far, svolgono un fondamentale ruolo propulsivo nel consolidamento dell'uniforme normativa federale sugli acquisti.

In primo luogo, vi è il consiglio di regolazione degli acquisti federali (Farc), composto dagli amministratori della General services administration (Gsa), della Nasa e dell'Ofpp, nonché dal Segretario di Stato alla difesa. Esso è stato istituito per contribuire all'attività di direzione e coordinamento non solo degli indirizzi di policy, ma anche degli atti normativi e regolamentari relativi al sistema degli appalti del governo. Ulteriori fondamentali funzioni attribuite al detto consiglio di regolazione degli approvvigionamenti federali sono il coordinamento e il monitoraggio di ogni modifica apportata alla normativa Far e la verifica che i provvedimenti in materia di procurement emanati dalle agenzie esecutive siano coerenti con tale normativa⁸.

⁸ Per un approfondimento sull'organizzazione amministrativa del Farc e sulle funzioni ad esso attribuite, si v. il titolo 41, capitolo 7, sezione 421 dell'*Office of federal procurement policy act*, che ha

In secondo luogo, opera il consiglio di regolazione degli approvvigionamenti della difesa (Darc), responsabile degli acquisti della difesa, presieduto dal Segretario di Stato alla difesa e costituito da rappresentanti provenienti dalle forze armate, dall'agenzia di logistica della difesa e dalla Nasa. Esso costituisce una delle strutture delle quali si compone il Sistema di regolazione degli acquisti della difesa, deputato allo sviluppo e alla gestione delle regole di approvvigionamento di beni e servizi, ma anche della forza lavoro, del dipartimento della difesa statunitense⁹.

Infine, vi è il consiglio per gli approvvigionamenti delle agenzie civili (Caac), presieduto da un soggetto con riconosciuta esperienza e professionalità nel settore del procurement (designato dalla Gsa) e composto da rappresentanti di dipartimenti federali e agenzie civili, in capo al quale vi è la responsabilità del procurement civile. Al Caac, che coordina le sue attività con il Darc, sono state attribuite le funzioni di coadiuvare il presidente della Gsa nello sviluppo della normativa Far e di sollecitare il rilascio di pareri da parte di agenzie e associazioni, in caso di modifiche alla disciplina che coinvolgano interessi di loro pertinenza.

Nonostante tali strutture siano legate tra loro da vincoli di collaborazione istituzionale, al fine di sostenere l'unitarietà della disciplina federale del procurement, è di tutta evidenza che la presenza di tre consigli diversi finisca per favorire una parziale perdita di unitarietà dell'azione amministrativa, che risulta, talvolta, piuttosto frammentata.

Ulteriore struttura che assume rilievo centrale nel sistema statunitense degli acquisti federali è il Consiglio degli appelli sui contratti (Boards of contract appeals), che, presente nella maggior parte delle agenzie esecutive, costituisce l'organismo deputato ad intervenire in caso di controversie tra appaltatori e ufficiali addetti al procurement.

Infine, i capi delle agenzie esecutive (Executive agency heads) si occupano di ulteriori questioni, anche procedurali, attinenti al procurement, e sono responsabili del rispetto da parte delle agenzie delle prescrizioni imposte dalla normativa Far.

Nell'ambito di tale assetto organizzativo, già di per sé complesso, operano inoltre ulteriori agenzie esecutive, quali il dipartimento della difesa, il dipartimento dei trasporti e la General services administration. Particolare importanza nel sistema degli acquisti federali assume il ruolo svolto proprio da quest'ultima struttura, che, tra le sue funzioni, come emergerà anche in seguito, vi è la predisposizione, in favore dei dipartimenti federali, delle c.d. *Gsa schedules*, ovvero cataloghi contenenti l'indicazione di beni appartenenti ad un'ampia varietà di categorie merceologiche, per i quali il prezzo è stato già oggetto di contrattazione tra la stessa Gsa e i fornitori.

1.2.2 Le criticità esistenti

Tale complessa articolazione della struttura organizzativa degli approvvigionamenti federali, nonostante possa talvolta apparire causa di eccessiva complessità dal punto di vista procedurale, risulta tuttavia, a nostro avviso, necessaria per garantire una gestione ottimale del procurement. Un sistema altamente centralizzato non potrebbe, infatti, soddisfare tutte le particolari esigenze delle diverse agenzie in

istituito il Farc all'interno dell'Ufficio di gestione e bilancio (Omb). Esso è consultabile in www.law.cornell.edu.

⁹ Maggiori informazioni sul Sistema di regolazione degli acquisti della difesa (*Defense acquisition regulations system*, Dars) sono reperibili sul sito web www.acq.osd.mil.

termini di approvvigionamenti¹⁰. Inoltre, occorre valutare che l'insieme di questi organismi persegue quale obiettivo fondamentale l'implementazione a livello federale di un uniforme sistema Far, ovvero lo sviluppo di un'omogenea regolamentazione del procurement, alla quale anche i regolamenti interni di ogni agenzia esecutiva devono conformarsi.

Ciò precisato, occorre, ad ogni modo, sottolineare che il complesso sistema amministrativo del procurement statunitense non è del tutto privo di elementi di criticità, soprattutto con riferimento alle agenzie federali.

Come evidenziato da alcuni rapporti del Government accountability office e delle stesse agenzie¹¹, queste ultime presentano alcuni profili di inadeguatezza in settori chiave per il processo di approvvigionamento, in quanto soggette, con significative percentuali di rischio, a frodi, abusi e cattiva gestione manageriale. Proprio a causa di tali inefficienze, sono state talvolta accusate di non riuscire a garantire al governo federale l'approvvigionamento di beni e servizi secondo le migliori possibilità di acquisto in termini di prezzo o di tempistica.

Per ovviare a tali criticità, o tentare di minimizzarle, sarebbe auspicabile raggiungere una più chiara suddivisione delle competenze e delle responsabilità all'interno delle agenzie, una maggiore trasparenza delle procedure, una preparazione più specialistica del capitale umano, nonché rafforzare lo scambio di informazioni tra il management e i diversi stakeholder.

In tale prospettiva, riveste importanza cruciale, inoltre, il rafforzamento da parte delle agenzie federali delle proprie competenze relative alla fase di gestione del contratto: il riferimento è, in particolare, alle operazioni di controllo e valutazione delle attività oggetto di appalto, giudicate ancora inadeguate. La notevole riduzione del numero dei dipendenti pubblici che sta caratterizzando negli ultimi anni l'amministrazione statunitense, in contrapposizione ad un aumento del numero dei *contractors*, ha, infatti, comportato notevoli problemi di gestione e di controllo da parte del governo federale sull'attività degli appaltatori, con conseguenze negative sia per l'esito stesso del processo di outsourcing, che per il buon andamento dell'agire amministrativo. Esempi emblematici sono costituiti dai ritardi e dell'inadeguatezza delle azioni intraprese per contrastare l'emergenza causata dall'uragano Katrina, imputabili prevalentemente ad un assoluto deficit di controllo a livello centrale¹².

Tuttavia, è necessario considerare che le problematiche evidenziate nel sistema del procurement federale non derivano da inefficienze imputabili unicamente al sistema delle agenzie.

Queste ultime, infatti, si trovano ad operare in un contesto non privo di criticità, caratterizzato sia da una suddivisione talvolta non chiara tra attività che possono e non possono essere oggetto di esternalizzazione, sia da una posizione talora subalterna del settore pubblico rispetto a quello privato.

¹⁰ Cfr: K.V. Thai e D.A. Drabkin, *US Federal government procurement. Structures, process and current issues*, in *Public procurement: international cases and commentary*, edited by L. Knight et al., Routledge, New York, 2007, p. 93.

¹¹ Si v., in proposito, U.S. Government accountability office, *Framework for assessing the acquisition function at federal agencies*, in *Journal of public procurement*, volume 6, issues 1&2, 2006, pp. 131-176.

¹² Sul punto, cfr. P.R. Verkuil, *Outsourcing and the duty to Govern*, in *Government by contract. Outsourcing and American democracy*, edited by J. Freeman, M. Minow, Harvard University Press, 2009, pp. 310-334.

Con riferimento al primo aspetto considerato, giova ricordare che dalla celebre circolare A-76 dell'Omb¹³ emerge il principio fondamentale in base al quale dovrebbero essere gestite internamente tutte le attività che risultano intimamente legate al perseguimento del pubblico interesse, poiché incidono sulla vita, libertà o proprietà dei cittadini (c.d. *inherently governmental activities*); per le attività commerciali sarebbe, invece, auspicabile una gestione affidata a soggetti esterni, anche al fine di consentire all'amministrazione di concentrare le proprie risorse prevalentemente sulle attività *core*. Come evidenziato anche da parte della dottrina, tale indicazione non appare, tuttavia, idonea ad indirizzare efficacemente le scelte governative di *outsourcing*¹⁴: costituisce prova in tal senso il fatto che il ricorso all'esterno da parte dell'amministrazione federale non si limita all'affidamento di forniture, servizi o attività di supporto, ma si estende anche alla gestione delle funzioni *inherently governmental*, come quelle di sicurezza o ambientali. Lo stesso Presidente Obama ha rilevato che la linea tra queste ultime attività e quelle "commerciali", per le quali è preferibile la gestione esternalizzata, ha contorni confusi e non adeguatamente definiti, comportando non solo una ripartizione non ottimale delle attività tra amministrazione e soggetti esterni, ma anche la difficoltà per le agenzie e i dipartimenti federali di svolgere al meglio le funzioni ad essi attribuite¹⁵.

Per quanto attiene al secondo profilo, il riferimento è al gap tecnologico e di competenze altamente specializzate esistente tra il settore pubblico e quello privato, che ostacola l'assunzione di corrette scelte di *outsourcing*. Nel corso degli ultimi tre decenni, infatti, il governo statunitense ha progressivamente perso il suo tradizionale ruolo di propulsore delle principali innovazioni tecnologiche, a causa della costante diminuzione dei fondi stanziati per i programmi di ricerca e sviluppo nella sicurezza nazionale e l'esplorazione dello spazio, consentendo al settore privato di assumere il ruolo di guida nel settore delle nuove tecnologie e della *new economy*. Tale contesto ha determinato anche un aumento di difficoltà per il governo di attrarre e mantenere al suo interno figure professionali altamente specializzate, che preferiscono ormai impiegare le loro competenze tecnologiche e informatiche nel settore privato¹⁶.

A causa di queste distorsioni, pertanto, missioni pubbliche che necessitano di competenze qualificate finiscono per essere gestite in modo non ottimale, se realizzate internamente, o in modo a volte poco trasparente, se esternalizzate. Analogamente, missioni pubbliche connesse ad attività routinarie e poco specializzate, che dovrebbero essere preferibilmente gestite all'esterno, sono invece spesso svolte dalla stessa

¹³ Il testo della circolare è consultabile sul sito web www.whitehouse.gov.

¹⁴ Così, J.D. Donahue, *The transformation of government work: causes, consequences, and distortions*, in *Government by contract. Outsourcing and American democracy*, cit., pp. 41-62. L'autore, in particolare, sostiene che tali scelte dovrebbero piuttosto basarsi su un approccio fondato su tre criteri, in presenza dei quali il ricorso all'esternalizzazione può essere considerato appropriato, ovvero: specificità, facilità di valutazione, concorrenza. Una determinata attività potrebbe, in tal modo, essere esternalizzata efficacemente qualora: sia definibile con precisione e, quindi, facilmente separabile dal resto della catena del valore; possa essere agevolmente monitorata, al fine di adottare gli eventuali correttivi in caso di distorsioni; si riferisca ad un mercato per il quale ci sia un certo grado di concorrenza.

¹⁵ Cfr. The White House, Office of the press secretary, *Government contracting: memorandum for the heads of executive departments and agencies*, 4 marzo 2009, disponibile sul sito web www.whitehouse.gov.

¹⁶ Si v. S. Soloway, A. Chvotkin, *Federal contracting in context. What drives it, how to improve it*, in *Government by contract. Outsourcing and American democracy*, cit., pp. 192-238.

amministrazione, anche a causa di interessi di categoria, determinando una gestione poco flessibile e maggiore dispendio di risorse economiche¹⁷.

1.3. Il sistema normativo del public procurement

1.3.1 I principi fondamentali della vigente disciplina

Le principali disposizioni applicabili nel settore delle commesse pubbliche derivano da un articolato insieme di atti legislativi, tra i quali si ricordano in particolare il *Buy American act*, lo *Small business act* e il *Competition in contracting act* (Cica). Inoltre, come accennato, un ruolo fondamentale è svolto dalla disciplina Far che, fondandosi anche su principi propri delle citate normative, regola in modo uniforme le politiche e le procedure di acquisto da parte di tutte le agenzie governative. Essa favorisce altresì una certa snellezza regolamentare per le agenzie esecutive: impedisce, infatti, l'emanazione di regolamenti interni che inutilmente ripetano le disposizioni della disciplina generale, assecondando l'approvazione solo di quelli necessari per garantire l'attuazione dei principi e delle procedure Far all'interno delle singole agenzie¹⁸.

Principio cardine della normativa federale statunitense in materia di commesse pubbliche è la sottoposizione delle operazioni di procurement ad una stringente normativa concorrenziale¹⁹.

E' possibile rilevare, infatti, che il governo statunitense abbia da sempre incoraggiato la competizione tra gli offerenti²⁰, al fine sia di ottenere beni di elevata qualità a fronte di un minor dispendio possibile di risorse, che di garantire un ricambio periodico dei fornitori, per scoraggiare eventuali comportamenti fraudolenti o collusivi tra questi ultimi e gli impiegati governativi.

La normativa statunitense prevede che le agenzie federali debbano promuovere, salvo alcuni casi espressamente indicati, una piena e aperta competizione (*full and open competition*) nella sollecitazione delle offerte e l'aggiudicazione dei contratti: tale previsione implica che ogni offerente *responsible*²¹ possa proporsi seguendo le

¹⁷ Un esempio è rappresentato dalla gestione interna delle attività di supporto scolastiche. La maggior parte di esse (ovvero quelle relative alle mense e al servizio di pulizie e manutenzione) rientra nelle c.d. *commodity task*, ovvero attività routinarie e con basso livello di specializzazione, che potrebbero essere esternalizzate con profitto da parte del governo federale. Tuttavia, esse sono gestite da soggetti esterni all'amministrazione solo in piccolissima parte, a causa delle enormi resistenze che i processi di *outsourcing* hanno incontrato da parte delle unioni dei lavoratori. Occorre sottolineare, peraltro, che tali mansioni sono retribuite dal 13 al 37 per cento in più nel settore pubblico rispetto a quello privato. Cfr. J.D. Donahue, *The transformation of government work: causes, consequences, and distortions*, cit.

¹⁸ La normativa FAR, entrata in vigore il 1° aprile 1984, è emessa dall'Amministratore della Gsa, dal segretario di Stato alla difesa e dall'Amministratore della Nasa, sulla base delle linee guida definite dall'Ufficio per le politiche del procurement federale, parte dell'Ufficio di gestione e bilancio.

¹⁹ Si v., tra gli altri, R.C. Nash, S.L. Schooner, K.R. O'Brien-DeBakey, and V.J. Edwards, *The Government Contracts Reference Book: A Comprehensive Guide to the Language of Procurement*, George Washington University Law School, Washington, D.C., 2007.

²⁰ Si ritiene che il governo federale abbia iniziato a promuovere la concorrenza negli approvvigionamenti sin dal 1781, quando un Sovrintendente di finanza invitò, su un giornale locale, ad effettuare offerte per fornire prodotti alimentari agli impiegati federali di Philadelphia. Cfr. J.F. Nagle, *A History of Government Contracting*, George Washington University Law School, Washington, D.C., 1999, p. 49.

²¹ La normativa definisce offerente "responsabile" (*responsible source*) l'imprenditore che: 1) dispone di adeguate risorse finanziarie per eseguire il contratto, o della capacità di acquisire tali risorse; 2)

previsioni che la disciplina stabilisce per le offerte in busta chiusa, la negoziazione e le altre procedure da essa indicate²².

Nell'ambito di tali procedure, particolare importanza rivestono quelle instaurate dalla General services administration, che, attraverso il programma c.d. *federal supply schedules* o *Gsa schedules*, consente alle agenzie federali di avvantaggiarsi di un procedimento semplificato di approvvigionamento di beni e servizi mediante l'emissione di incarichi e ordini di consegna direttamente a imprese inserite nel catalogo predisposto dalla Gsa, senza procedere all'emissione di inviti ad offrire o richieste di proposte²³.

La disciplina statunitense prevede inoltre che, talvolta, al fine di prendere in considerazione solamente determinati offerenti, alcuni soggetti vengano esclusi dalla procedura competitiva, nonostante siano in possesso dei requisiti richiesti per la piena e aperta competizione. Tale procedura, identificata come *full and open competition after exclusion of sources*, viene seguita in due casi: qualora le agenzie vogliano rifornirsi da due imprese, al fine di evitare che la continuità degli approvvigionamenti possa subire ricadute negative in caso di crisi o fallimento del singolo fornitore (c.d. *dual sourcing*)²⁴, e in caso di procedure riservate alle piccole imprese o a determinate sottocategorie di piccole imprese.

Operazioni di procurement da parte del governo federale che non soddisfino tali procedure vengono ritenute in violazione della normativa Cica in quanto non competitive. Tuttavia, la stessa legislazione prevede sette casi eccezionali, *other than full and open competition*, tali da giustificare procedure di approvvigionamento senza garantire piena ed aperta competizione. Tali circostanze si riferiscono a situazioni particolari, nelle quali la competizione non potrebbe essere raggiunta, ad esempio qualora vi sia solo un soggetto in possesso delle strutture o dell'organizzazione necessaria, o l'obiettivo di una *full and open competition* viene valutato sacrificabile rispetto ad un particolare interesse del governo ritenuto meritevole di maggior tutela (come, ad esempio, la protezione dell'industria di base).

Ovviamente, in tali casi gli ufficiali addetti al procurement devono giustificare dettagliatamente la loro scelta e ottenere l'approvazione da parte di funzionari dell'agenzia federale di livello superiore.

La Cica prevede, infine, l'utilizzo di speciali procedure semplificate in caso di commesse di esiguo valore, per le quali, in proporzione, i costi legati a sostenere una procedura competitiva potrebbero risultare eccessivamente alti.

è in grado di rispettare le richieste di consegna o di prestazione nei tempi previsti; 3) ha soddisfacenti esperienze passate; 4) è dotato di integrità ed etica professionale; 5) detiene l'organizzazione, l'esperienza, le competenze tecniche e i controlli contabili e operativi necessari, o la possibilità di ottenerli; 6) ha la metodologia di produzione e costruzione, e l'attrezzatura tecnica necessarie, o la possibilità di ottenerle; 7) è comunque qualificato e idoneo a ricevere un'assegnazione in base alle leggi e ai regolamenti vigenti. Si v. il titolo 41, capitolo 7, sezione 403 del Codice statunitense (41 U.S.C. § 403(7)).

²² Oltre alle offerte in busta chiusa e alla negoziazione, sono individuate combinazioni di procedure competitive, procurement di servizi di engineering, selezioni competitive di proposte di ricerca e sviluppo, procedure instaurate dalla General services administration per assegnazioni riferibili allo *schedule program* e, infine, procurement presso piccole imprese.

²³ La disciplina dettagliata del programma *Federal supply schedules* è contenuta nella parte 8.4 della normativa Far.

²⁴ Procedure di tal genere sono adottate soprattutto dal Dipartimento della difesa.

1.3.2 Profili problematici dell'attuale quadro regolamentare

La necessità di garantire il più possibile la piena ed aperta competizione nel procurement federale è stata invocata più volte dal Congresso e dall'opinione pubblica, nel corso degli ultimi anni, in seguito ad alcuni casi eclatanti di mal funzionamento del sistema degli acquisti in caso di procedure non competitive²⁵ e ad un notevole incremento del ricorso a queste ultime.

Come emerge dall'analisi della figura 2, la spesa pubblica per beni e servizi a livello federale ha registrato negli ultimi anni un notevole aumento: dal 2002 al 2009, infatti, essa risulta più che duplicata. A fronte di tale considerevole incremento, non vi è stato, tuttavia, un corrispondente aumento della spesa impiegata in procedure competitive. Nonostante la promozione di un'aperta e piena competizione negli appalti pubblici costituisca un principio cardine della normativa federale degli Stati Uniti, nel corso di tale periodo è, invece, rinvenibile nell'esperienza statunitense una notevole riduzione, in termini percentuali, del ricorso a procedure aperte, come emerge chiaramente dall'analisi della figura 3²⁶.

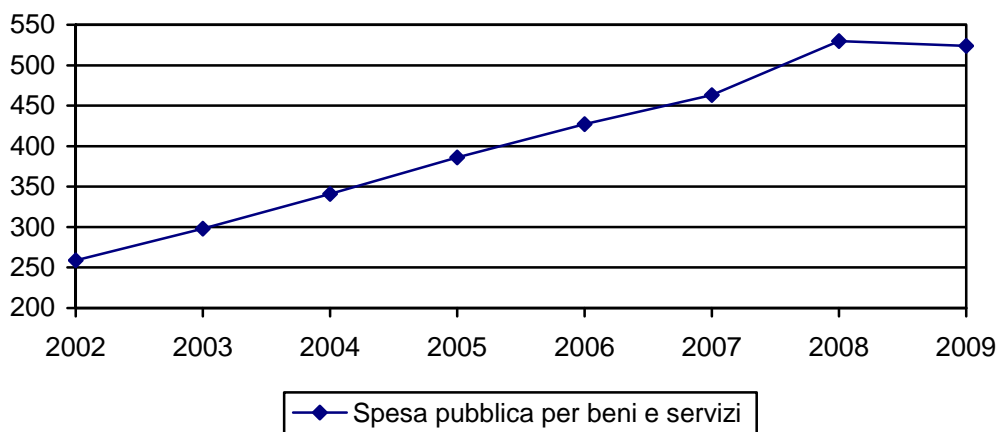


Figura 2: Andamento della spesa pubblica per beni e servizi a livello federale

²⁵ Un caso eclatante e che ha suscitato notevole scalpore negli Stati Uniti è quello che ha coinvolto nel 2006 l'allora amministratrice della General services administration, Lurita Doan, accusata di aver tentato di aggiudicare un appalto ad un'amica. Sul punto, si v. D. Friedman, *The Fight over GSA's Lurita Doan*, Federal times, 2 aprile 2007.

²⁶ Con riferimento sia alla figura 2 che alla figura 3, i dati sono consultabili sul sito web www.usaspending.gov.

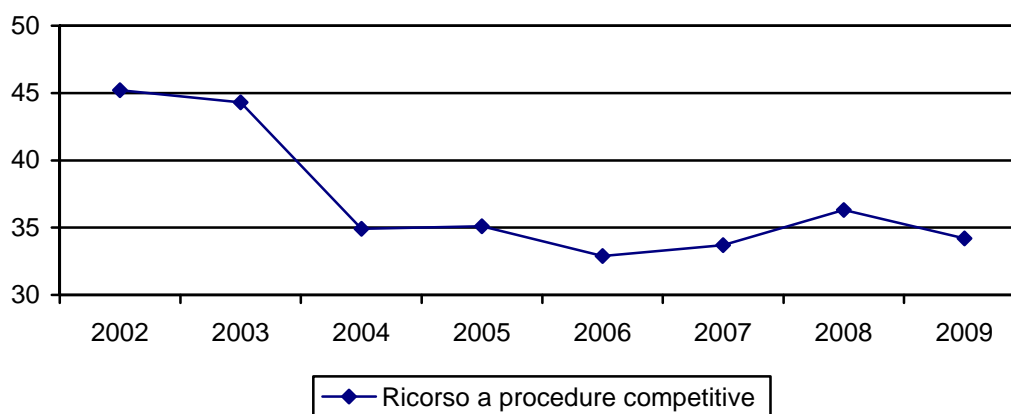


Figura 3: Andamento delle procedure con aperta e piena competizione rispetto al totale della spesa per il procurement federale

Il notevole incremento del ricorso a procedure non competitive, iniziato in seguito all'11 settembre 2001, ma amplificatosi soprattutto a partire dal 2004, ha interessato in modo particolare gli approvvigionamenti collegati a disastri ed emergenze naturali o ad operazioni militari²⁷ e numerose sono state le critiche sollevate dalla scelta di procedere mediante procedure non competitive ad acquisti correlati sia alle emergenze naturali causate dall'uragano Katrina, che alla guerra in Iraq.

Le criticità connesse alle procedure non competitive nonché le carenze delle agenzie federali di gestire adeguatamente le procedure contrattuali sono state (e restano tuttora) oggetto di dibattito anche nell'ambito dei lavori del Congresso degli Stati Uniti: sia il 110° che l'attuale 111° Congresso statunitense, infatti, hanno affrontato tali problematiche in numerose audizioni, e molti membri del Congresso hanno avanzato proposte di riforma della normativa corrente.

Il 111° Congresso, in particolare, nel corso del suo primo anno di attività ha emanato alcuni disegni di legge tesi a favorire una maggiore competizione nelle procedure di procurement federale, anche attraverso la limitazione delle possibilità di ricorrere alle procedure non competitive, soprattutto per il dipartimento della difesa²⁸, al quale, nel 2009, ha fatto capo circa il 70% della spesa federale per beni e servizi (figura 4)²⁹.

²⁷ Sulla disciplina degli approvvigionamenti federali in situazioni di emergenza, si v. D. Drabkin, K.V. Thai, *Emergency contracting in the US federal government*, in «Journal of public procurement», 2007, vol. 7, n. 1, pp. 84-103.

²⁸ Si v. *The weapon system acquisition reform act* del 2009, consultabile sul sito web <http://levin.senate.gov>.

²⁹ Le principali agenzie federali statunitensi hanno speso, nel 2009, circa 523 miliardi di dollari. Di essi, circa 370 miliardi sono stati spesi dal dipartimento della difesa, che costituisce la principale organizzazione acquirente del Paese. Dati disponibili sul sito web www.usaspending.gov e www.fdp.gov/fpdsng_csm.

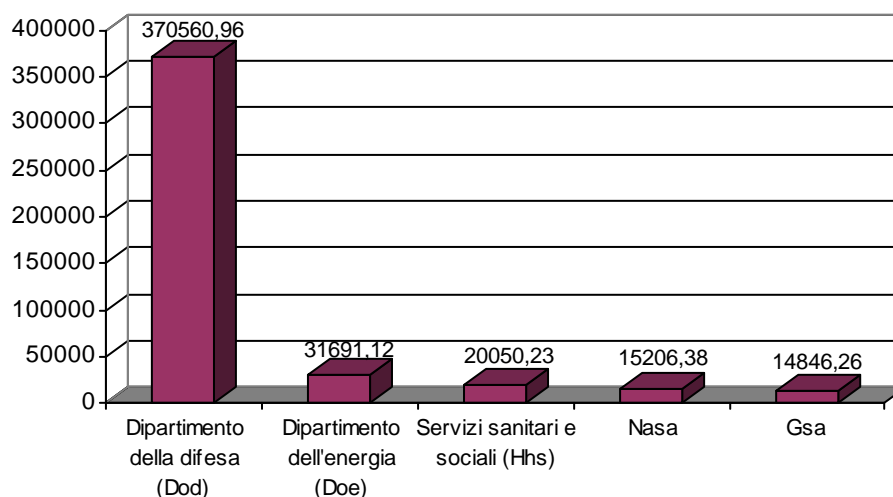


Figura 4: La spesa per beni e servizi (in milioni di dollari) sostenuta dai cinque dipartimenti federali maggiormente dediti ad attività di procurement (anno 2009)

Anche il ramo esecutivo del sistema federale statunitense, in particolar modo in seguito all'avvio dell'amministrazione Obama, ha intensificato il suo interesse nel favorire un maggior confronto competitivo, anche sulla base dei risultati emersi da alcune relazioni del General accountability office, attestanti un eccessivo ricorso alle procedure non competitive, con conseguente spreco di risorse dei contribuenti e modesti livelli qualitativi delle prestazioni oggetto di appalto.

Alti funzionari del dipartimento della difesa hanno annunciato il progetto di ridurre l'uso di contratti non competitivi³⁰ e lo stesso Presidente Obama ha sottolineato la necessità per il governo federale di limitare l'uso delle procedure non competitive a circostanze eccezionali e del tutto residuali, oltre che pienamente motivate, e solo qualora siano previste idonee garanzie che le risorse dei contribuenti non siano impiegate in operazioni rischiose, inefficienti e non necessarie³¹.

1.4 La tutela legislativa delle piccole imprese

Nel regolare la materia del procurement, la disciplina federale statunitense non trascura, peraltro, profili di carattere prettamente socio-economico³².

Principale esempio in tal senso è rappresentato dal peculiare trattamento previsto per le piccole imprese. Ed invero, sulla base delle disposizioni previste dallo *Small business act*³³, la normativa Far dispone che le piccole imprese o determinate sotto

³⁰ Si v. K.M. Manuel, *Competition in Federal Contracting: An Overview of the Legal Requirements*, Congressional Research Service, august 2009, pubblicato su www.crs.gov.

³¹ Cfr. The White House, Office of the press secretary, *Government contracting: memorandum for the heads of executive departments and agencies*, cit.

³² Sull'utilizzo del procurement negli Stati Uniti per promuovere fini sociali, si v. C. McCrudden, *Buying social justice: equality, government procurement, & legal change*, Oxford University Press, 2007.

³³ Allo *Small business program* è dedicata l'intera parte 19 del *Federal acquisition regulations*. La sezione 19.000, in particolare, stabilisce che: «This part implements the acquisition-related sections of the Small Business Act (15 U.S.C. 631, et seq.), applicable sections of the Armed Services Procurement

categorie di piccole imprese (quali quelle di proprietà di donne, veterani di guerra, o soggetti che si trovano in una situazione di svantaggio economico o sociale e che rientrano nel *Business development program*) siano destinatarie di disposizioni particolari tese sia a proteggerne gli interessi che a garantire la crescita di una robusta industria di base capace di soddisfare le esigenze della nazione.

L'organismo incaricato di sovrintendere e proteggere gli interessi delle piccole imprese è la Small business administration. Tale ente federale, istituito dal Congresso statunitense in seguito all'emanazione dello *Small business act* del 1953, ha anche il compito di valutare le imprese e stabilire i singoli parametri di accesso alle agevolazioni³⁴. A livello generale, è comunque possibile sottolineare che, per verificare le dimensioni di un'impresa, i parametri maggiormente utilizzati sono il numero di dipendenti (per le imprese manifatturiere) e il volume di vendite (per la maggior parte delle aziende di servizi).

Sulla base delle sopra citate normative, le agenzie federali sono tenute a stipulare contratti di procurement in modo tale che il 23% di quanto acquistato dal governo provenga da piccole imprese, il 5% da aziende di proprietà di donne o di un appartenente a minoranze etniche, il 3% da aziende situate in zone industriali storicamente sottoutilizzate (c.d. *hub zones*), ed il 3% da imprese di proprietà di veterani.

Occorre notare, tuttavia, che tali disposizioni non hanno trovato piena applicazione nel contesto statunitense. Come emerge dall'analisi della figura 5, infatti, nel 2008 solo l'ammontare di denaro relativo ai contratti stipulati con imprese di proprietà di veterani risulta in linea con le previsioni legislative. Effettuando, inoltre, un'analisi comparando, dal 2005 al 2008, i valori percentuali relativi alle diverse categorie di imprese contemplate dallo *Small business program*, emerge che, mentre con riferimento alle imprese possedute da veterani, da donne o situate nelle *hub zones* si registra un costante aumento, nel caso delle piccole imprese vi è un costante decremento, pari a circa tre punti percentuali in quattro anni (figura 6), nonostante esse costituiscano la categoria prevalente e che gode di maggiore tutela normativa³⁵.

Act (10 U.S.C. 2302, et seq.), the Federal Property and Administrative Services Act (41 U.S.C. 252), section 7102 of the Federal Acquisition Streamlining Act of 1994 (Public Law 103-355), 10 U.S.C. 2323, and Executive Order 12138, May 18, 1979».

³⁴ A tal fine, oltre a far riferimento ai parametri indicati nel Far, la Small business administration si avvale del sistema di classificazione industriale del Nord America, il *North american industry classification system*. Cfr. la relazione predisposta dall'Istituto nazionale per il commercio estero sulla normativa appalti pubblici degli Stati Uniti., consultabile sul sito web www.ice.it.

³⁵ Con riferimento sia alla figura 5 che alla figura 6, i dati sono consultabili sul sito del Federal procurement data system www.fdps.gov/fpdnsng_csm.

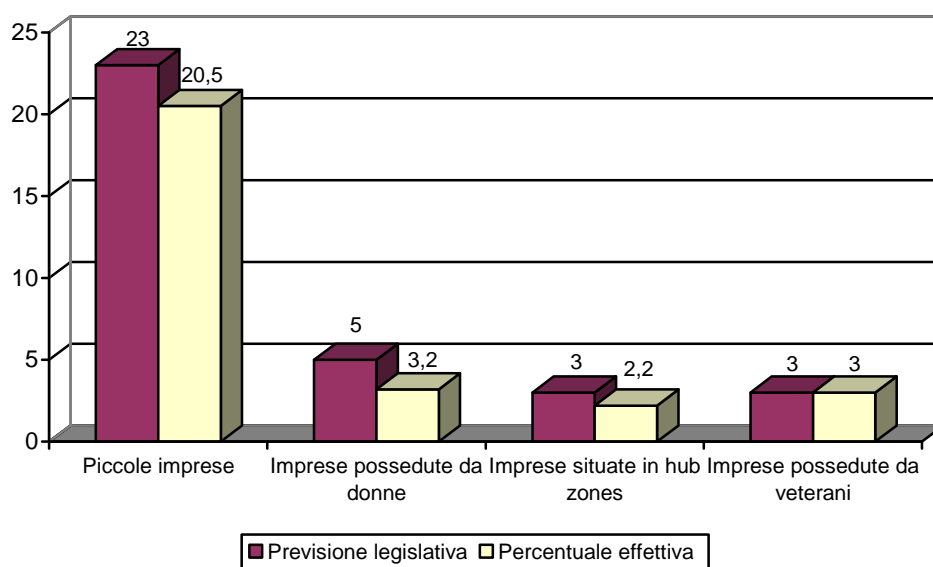


Figura 5: Livello percentuale dell'ammontare di denaro pubblico destinato alle categorie di piccole imprese, rispetto al totale dei contratti federali. Confronto tra il livello indicato dalla normativa e quello effettivo (anno 2008)

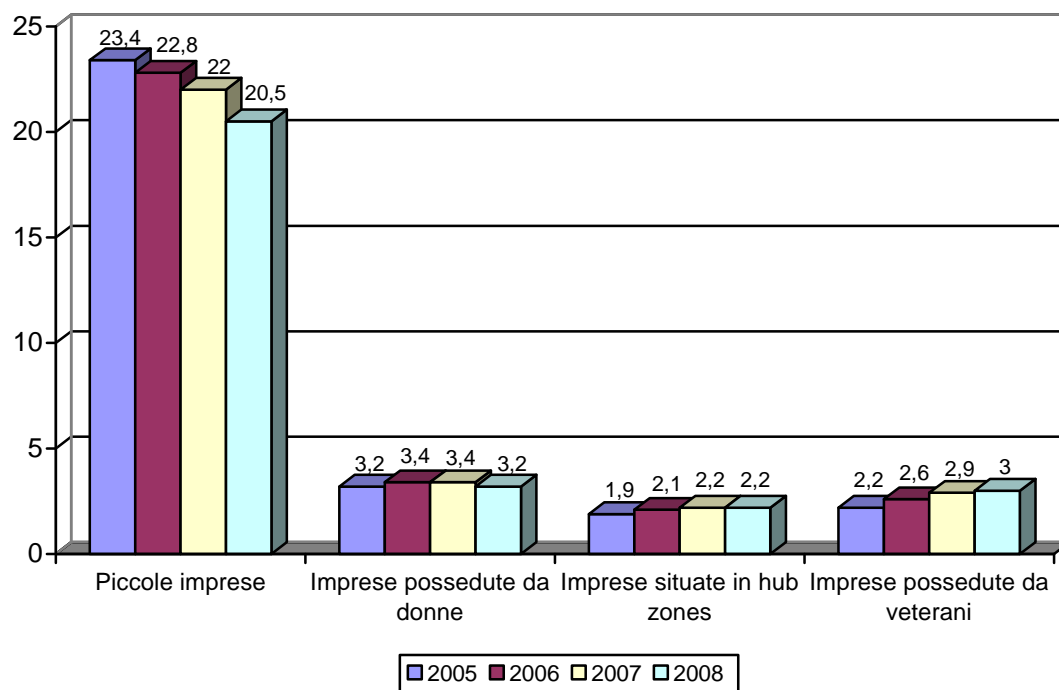


Figura 6: Andamento percentuale dei contratti con imprese rientranti nello Small business program

1.5 Le differenti tipologie contrattuali

Sono vari i tipi di contratti che possono essere stipulati dal governo federale durante le procedure di procurement. Le modalità contrattuali differiscono principalmente in base a due fattori essenziali: il livello di responsabilità assunta dall'appaltatore relativamente ai costi dell'esecuzione del contratto, e l'ammontare e la natura degli incentivi offerti all'appaltatore per il raggiungimento degli obiettivi o di specifici standards.

Tuttavia, la maggior parte dei tipi contrattuali possono essere raggruppati all'interno di due categorie principali³⁶: i contratti a prezzo fisso e quelli a rimborso spese.

I contratti a prezzo fisso sono caratterizzati dalla possibilità che il governo e l'appaltatore prevedano un prezzo fisso che potrà essere modificato solo in seguito ad una revisione dello stesso contratto. In alternativa, essi possono prevedere un prezzo fisso che possa essere soggetto ad aggiustamenti in casi particolari o sulla base della capacità o meno del fornitore di minimizzare i costi³⁷.

Per quanto attiene alla seconda categoria generale di contratti, essa è caratterizzata, invece, dalla previsione di ammettere in favore dell'appaltatore il rimborso di determinate spese consentite³⁸. La loro applicazione è senza dubbio necessaria qualora non sia possibile stimare a monte, con sufficiente precisione, i costi connessi all'esecuzione della prestazione, condizione che rende impossibile ricorrere ai contratti a prezzo fisso.

La legislazione statunitense si caratterizza, quindi, per un certo grado di flessibilità idoneo a garantire, in principio, un ottimale approvvigionamento dell'ampia gamma di beni e servizi richiesta dalle agenzie federali.

A fronte di tale contesto normativo, nella pratica, tuttavia, si riscontra (soprattutto nel corso degli ultimi anni) un ricorso eccessivo ai contratti a rimborso spese, anche laddove sarebbe possibile adottare strumenti differenti.

Tale prassi, tuttavia, non appare in grado di assicurare la piena tutela dell'interesse governativo. In effetti, la tipologia contrattuale preferibile è rappresentata da quella dei contratti a prezzo fisso, con i quali si determina il trasferimento del rischio in capo agli appaltatori, incentivando, quindi, questi ultimi a contenere i costi e a incrementare l'efficienza delle procedure. Nel caso di contratti a rimborso spese, invece, il rischio relativo ai costi grava prevalentemente sul governo, che risulta contrattualmente obbligato a corrispondere all'appaltatore il rimborso di spese ulteriori rispetto a quelle preventivate.

1.6 Il sistema del procurement nel contesto dell'attuale crisi economica

Infine, una normativa particolarmente controversa, che ha dato recentemente origine a numerose polemiche, è quella relativa alla disciplina del *Buy american*.

³⁶ Inoltre, la normativa prende in considerazione ulteriori tipologie contrattuali, caratterizzate dalla presenza di diversi livelli di incentivi offerti all'appaltatore e di vari gradi di responsabilità di quest'ultimo in relazione ai costi di esecuzione e ai profitti.

³⁷ Le disposizioni normative relative ai contratti a prezzo fisso sono rinvenibili nella parte 16.2 della normativa Far (*Fixed-price contracts*).

³⁸ Sui contratti a rimborso spese si v. la parte 16.3 del Far (*Cost reimbursement contracts*).

Nel *Recovery and reinvestment plan* del 2009, ovvero il programma di stimolo e rilancio dell'economia statunitense, approvato dall'amministrazione Obama in seguito alla crisi che ha colpito l'economia mondiale negli ultimi anni³⁹, sono inserite le clausole c.d. *Buy american*, in base alle quali tutti gli acquisti di acciaio, ferro e beni manifatturieri connessi a lavori edili e infrastrutturali finanziati dal pacchetto di misure dovranno interessare solamente i prodotti di origine americana. Occorre notare che tali disposizioni riprendono le previsioni di una precedente normativa statunitense, ovvero il *Buy american act*: esso, approvato dal Congresso in seguito alla grande depressione del 1929, era teso a limitare l'acquisto da parte del governo federale di prodotti finiti stranieri (c.d. *domestic end products*) per l'impiego all'interno del territorio statunitense, al fine di favorire le imprese manifatturiere nazionali e garantire loro l'opportunità di ottenere contratti di costruzione o ristrutturazione di costruzioni o edifici pubblici. In seguito all'entrata in vigore del *Trade agreement act* del 1979, le disposizioni del *Buy american act* sono state escluse nei confronti dei prodotti provenienti dai Paesi firmatari dell'*Agreement on government procurement*, accordo plurilaterale in seno al Wto⁴⁰.

Qualora il prezzo minimo nazionale non sia ritenuto ragionevole o intervengano altre eccezioni all'uso esclusivo di prodotti americani in contratti di costruzione negli Stati Uniti, il governo federale potrà comunque procedere all'acquisto di prodotti stranieri. Con riferimento alla citata condizione secondo la quale il prezzo dei prodotti nazionali debba essere irragionevole, occorre, tuttavia, evidenziare che la definizione di tale irragionevolezza avviene sulla base di una condizione particolare, ovvero che il prodotto nazionale comporti una spesa maggiore rispetto a quello straniero di oltre il 25%. Soprattutto a causa dell'ampiezza di tale criterio che, in definitiva, riduce notevolmente la reale portata applicativa dell'eccezione alla disciplina del *Buy american*, tali clausole sono state oggetto di notevoli critiche, tese ad evidenziarne soprattutto il carattere fortemente protezionistico.

Tra i Paesi che hanno dimostrato particolare ostilità nei confronti di queste previsioni vi sono il Brasile, la Cina, la Russia e l'India, a causa del timore di subire ricadute negative nei rapporti commerciali con gli Stati Uniti, non rientrando tra i Paesi firmatari dell'*Agreement on government procurement*. Critiche sono state, tuttavia, sollevate da parte dell'intera comunità internazionale, che, in più occasioni ha sottolineato l'inadeguatezza del significato intrinseco del *Buy american* all'attuale contesto economico internazionale, soprattutto in considerazione dei numerosi appelli ad evitare pericolose spirali protezionistiche.

³⁹ Per approfondimenti sul programma di stimolo dell'economia statunitense promosso dall'amministrazione Obama, si v. il sito web www.recovery.gov.

⁴⁰ I Paesi firmatari dell'*Agreement on government procurement* sono il Canada, gli Stati membri dell'Ue, Hong Kong, Islanda, Israele, Giappone, Liechtenstein, Olanda con riferimento ad Aruba, Norvegia, Korea, Singapore, Svizzera e Stati Uniti. Per un approfondimento, si v. P.F.J. Macrory et al., *The World Trade Organization Legal, Economic and Political Analysis*, Springer, Washington D.C., 2005 e S. Arrowsmith, *Government Procurement in the Wto*, Kluwer Law International, New York, 2003.

2. Cenni sull'esperienza canadese del procurement

2.1 I principali organismi del procurement canadese: il Treasury board e il Department of public works and government service Canada

Come nel caso statunitense, anche in Canada la responsabilità per le policy e le procedure relative alle operazioni di public procurement è attribuita sia al livello federale che a quello statale.

La forma di governo del Canada è una monarchia costituzionale: il potere legislativo è attribuito alla Regina e alle due camere del parlamento, ovvero la camera dei comuni e il senato; il potere esecutivo è assegnato al Primo Ministro, al quale è attribuita la direzione generale del governo, e al gabinetto; il potere giudiziario, infine, spetta alle corti e alla Corte Suprema, che godono di totale indipendenza da ogni istituzione statale.

Con riferimento al procurement a livello federale, è possibile notare una fondamentale differenza dell'esperienza canadese rispetto a quella statunitense: mentre quest'ultima, come evidenziato, è caratterizzata da un'articolazione molto complessa della struttura amministrativa deputata al procurement e da un elevato numero di soggetti e attori istituzionali coinvolti, l'esperienza canadese appare di gran lunga meno frammentata. Non solo, infatti, il numero degli organismi deputati all'attività di approvvigionamento di beni e servizi appare drasticamente inferiore, essendo coinvolte prevalentemente due strutture, ma anche la suddivisione delle funzioni e dei poteri risulta molto più netta.

E' possibile individuare, infatti, una chiara suddivisione tra le competenze di policy e quelle prettamente operative: le prime sono assegnate al Treasury board of Canada (di seguito, anche Tb), mentre le seconde afferiscono al Department of public works and government service Canada (di seguito, anche Pwgs).c).

Il Treasury board è il Gabinetto del Queen's privy council del Canada. Ad esso è attribuita la responsabilità per l'implementazione del sistema federale di gestione e controllo delle attività governative, nonché l'approvazione dei regolamenti e della maggior parte delle ordinanze del consiglio. Il Treasury board si avvale del Treasury board of Canada secretariat, che svolge, in qualità di suo braccio operativo, due funzioni fondamentali. In primo luogo, fornisce consulenza e sostegno ai ministri ed è deputato al controllo della gestione finanziaria dei dipartimenti e delle agenzie. In secondo luogo, formula raccomandazioni e fornisce consulenza al Tb sulle politiche, le direttive e i regolamenti, nonché sulle proposte di spesa relative alla gestione delle risorse del governo.

Il Public works and government services Canada, invece, costituisce la principale organizzazione acquirente nel Paese. Esso acquista approssimativamente 12 miliardi di dollari in beni e servizi a nome del governo canadese e gestisce circa 60 mila transazioni all'anno⁴¹.

L'obiettivo principale di questa organizzazione è fornire servizi a tutti i dipartimenti della federazione canadese. Come disposto, infatti, dal *Department of public works and government services act*, «the department shall operate as a common service agency for the government of Canada, and its activities as a common service agency shall be directed mainly toward providing the departments, boards and agencies of the government of Canada with services in support of their programs»⁴²: al Pwgs.c),

⁴¹ Dati riferiti al biennio 2008-2009 e consultabili sul sito web www.tbs-sct.gc.ca.

⁴² Si v. *Department of public works and government services act*, sezione 5.

pertanto, risultano assegnate non solo le funzioni di approvvigionamento di beni e servizi civili, ma anche tutte le operazioni attinenti al procurement militare.

Tra le competenze ad esso attribuite rientrano, in particolare: l'acquisto per i dipartimenti di macchinari, equipaggiamenti e servizi; la pianificazione e l'organizzazione della fornitura dei materiali e servizi necessari per i dipartimenti; la costruzione, il mantenimento e la riparazione di proprietà ed immobili federali; l'approvvigionamento di servizi di architettura o ingegneria; la fornitura di servizi di traduzione ai dipartimenti e alle agenzie del governo canadese⁴³. Occorre, tuttavia, sottolineare che, qualora il valore di tali contratti sia inferiore ai 5 mila dollari canadesi, ciascun dipartimento del governo federale potrà procedere autonomamente all'approvvigionamento, senza dover coinvolgere il Pwgscc nella compravendita.

Il Pwgscc fu creato nel 1993, durante una fase di riorganizzazione del governo federale canadese: deriva, in particolare, dall'accorpamento di quattro organismi operanti precedentemente, ovvero l'agenzia governativa delle telecomunicazioni, l'ufficio di traduzione, il Public works Canada e il Supply and services Canada. Nel corso degli ultimi anni, il ministero del Pwgscc è stato interessato da un profondo processo di riorganizzazione, che ha inciso in modo significativo anche sui processi di procurement.

Uno dei cambiamenti più rilevanti che la ristrutturazione del Pwgscc ha determinato è stata la creazione di gruppi *client service*, che costituiscono una peculiarità della struttura. Organizzati presso i singoli dipartimenti o gruppi di questi ultimi, tali gruppi svolgono la funzione di lavorare in stretta connessione con i clienti in ogni fase della progettazione dell'operazione di procurement. La rilevanza di questi gruppi di recente creazione risiede nella loro capacità di creare una stretta interazione e cooperazione tra il cliente e il responsabile del processo di approvvigionamento, riducendo drasticamente il numero di controversie, determinate spesso dalla complessità del quadro legale e di policy tipico del procurement federale canadese⁴⁴. Infatti, a differenza del modello statunitense di procurement, basato prevalentemente sulla disciplina Far, nel sistema canadese le regole procedurali e di policy sono rinvenibili in un quadro normativo molto più complesso⁴⁵.

2.2 Il quadro normativo relativo del sistema degli acquisti federali

Un ruolo importante nella disciplina delle commesse pubbliche è svolto dalle disposizioni che derivano da una serie di accordi internazionali firmati dal Canada; tra di essi, assumono particolare rilevanza il *North american free trade agreement* (Nafta), che sancisce l'impegno del Canada a ridurre le barriere al commercio con gli Stati Uniti e la Repubblica federale del Messico, e il *World trade organization agreement on government procurement* (Wto-agp)⁴⁶. Entrambi questi accordi impongono il rispetto

⁴³ L'elenco delle attività assegnate al Pwgscc è rinvenibile nella sezione 6 del *Department of public works and government services act*.

⁴⁴ Per un approfondimento, si v. J.J.D. Read, *A new era. How to improve procurement services to clients presented by Public works and government service Canada*, in *Public procurement: international cases and commentary*, cit., p. 264 ss.

⁴⁵ Cfr. R.C. Taylor e L.M. Bolton, *Overview of canadian government procurement law*, American Bar Association, vol. 42, n. 1, fall 2006.

⁴⁶ Si ricorda che il Canada ha siglato, inoltre, accordi bilaterali, ovvero il *Canada-Chile free trade agreement* (Cfta), entrato in vigore il 5 settembre 2008, e il *Canada-Peru free trade agreement* (Cpfta), entrato in vigore il 1° luglio 2009., nonché una serie di *Comprehensive land claims agreements*

del principio di trasparenza, di non discriminazione e di accessibilità alle informazioni e alle opportunità di investimento da parte della pubblica amministrazione, nonché la riduzione o l'eliminazione di barriere ed altri impedimenti alla libera circolazione di merci, servizi, capitali e lavoratori, oltre a stabilire alcuni standard minimi nelle procedure di pubblicazione degli appalti e di selezione delle imprese appaltatrici⁴⁷.

Di notevole rilevanza sono altresì le disposizioni che derivano da alcuni statuti: oltre al citato *Department of public works and government services act*, di particolare importanza sono le disposizioni previste dal *Financial administration act*⁴⁸, che stabilisce il quadro giuridico per la raccolta e la spesa dei fondi pubblici, comprese le pratiche di contrattazione del Pwgs, dal *Defence production act*⁴⁹, che costituisce il riferimento normativo per ogni acquisto realizzato dal Ministero del Pwgs per la difesa, e dal *Federal accountability act*, che prevede norme sul conflitto di interessi e il rispetto della trasparenza amministrativa.

Tuttavia, il cuore del sistema del procurement federale canadese con riferimento agli indirizzi di policy è costituito dal Manuale del Treasury board (*Treasury board contracting policy*), che sancisce l'obbligo di condurre le operazioni di approvvigionamento federale in modo da sostenere a lungo termine sia lo sviluppo industriale e regionale, che gli obiettivi di rilevanza nazionale, nonché di garantire il rispetto degli accordi Nafta e Wto-agp, e dei principi di onestà, prudenza e facilità di accesso alla competizione⁵⁰.

Con riferimento, in particolare, a quest'ultimo principio, giova sottolineare che anche la normativa canadese assegna un ruolo fondamentale alla promozione dei principi concorrenziali negli appalti pubblici federali: lo stesso Manuale del Treasury board sancisce, infatti, quale obiettivo essenziale dell'azione di procurement governativa l'acquisizione di beni e servizi in modo da favorire l'accesso, la concorrenza, l'equità e l'ottenimento dei migliori risultati in termini di valore, ovvero l'equilibrio ottimale tra benefici totali per il Canada e il popolo canadese. Ulteriori disposizioni tese a rafforzare tale principio e a garantire una competizione più aperta possibile tra gli operatori economici sono presenti nella *Government contracts regulation*, emanata ai sensi del *Financial administration act*, che richiede la sollecitazione di offerte competitive prima che qualunque contratto venga stipulato.

Tuttavia, anche l'ordinamento canadese, analogamente a quello statunitense, prevede alcune eccezioni che legittimano la stipulazione di contratti senza una preventiva sollecitazione all'offerta, ovvero: in caso di emergenza, quando un ritardo possa arrecare pericoli alla sicurezza nazionale; qualora, a causa della natura del lavoro, la sollecitazione all'offerta non sarebbe di pubblico interesse (ad esempio nei casi in cui si ritenga prevalente l'interesse ad alleviare disparità socio-economiche tra i potenziali *competitors*); nel caso in cui un solo fornitore appaia nelle condizioni di poter eseguire il contratto, qualora, ad esempio, siano presenti elevate barriere legali o tecnologiche.

Per quanto attiene alla disciplina afferente alle modalità di selezione delle imprese appaltatrici, una discriminante essenziale è rappresentata dal valore dei contratti di fornitura. Come evidenziato precedentemente, infatti, qualora i contratti abbiano

con le popolazioni aborigene, contenenti alcune disposizioni in materia di *procurement* finalizzate a favorire il confronto competitivo con i gruppi aborigeni firmatari nei loro territori di appartenenza.

⁴⁷ Istituto nazionale del commercio estero, *Canada. Normativa appalti pubblici*, 2009, consultabile sul sito web www.ice.it.

⁴⁸ *Financial administration act*, R.S., 1985, c. F-11.

⁴⁹ *Defence production act*, R.S., 1985, c. D-1.

⁵⁰ Cfr. sez. 1.30 del *Supply manual*, pubblicato su www.tpsgc-pwgs.gc.ca.

valore inferiore ai 5 mila dollari canadesi, la normativa consente a ciascun dipartimento di compiere direttamente operazioni di approvvigionamento di beni e servizi, senza coinvolgere il Public works and government service Canada. Rilevano, inoltre, ulteriori limiti definiti dalle disposizioni legislative, al di sotto dei quali il Pwgscc è esentato dall'indire una gara formale, ovvero 25 mila cad per beni, 50 mila cad per servizi di comunicazione, 76.500 cad per servizi nei campi dell'ingegneria e dell'architettura e 100 mila cad per servizi di costruzione⁵¹. In tali casi, il ministero potrà procedere direttamente all'operazione di procurement dei beni e servizi richiesti con la società prescelta per la compravendita.

Qualora, invece, il valore dei contratti di fornitura sia superiore a tali soglie predeterminate per legge, per il Pwgscc vige l'obbligo di procedere ad una preventiva pubblicazione delle gare d'appalto e dei criteri seguiti sul portale informatico ufficiale www.merx.com, al fine di rendere conoscibili a tutti gli operatori, sia nazionali che esteri, le informazioni relative alle procedure in svolgimento. L'utilità pratica di questo strumento è notevole: attraverso tale procedura, infatti, indipendentemente da quale sia il dipartimento governativo interessato all'acquisto, ogni potenziale fornitore avrà la possibilità di prendere atto di qualunque avviso riguardante le diverse opportunità di procurement federale.

Le procedure del Pwgscc sono ovviamente soggette all'obbligo di soddisfare determinati requisiti richiesti dal legislatore. Il principio fondamentale che deve improntare ciascuna operazione di acquisto è l'integrità: il processo di procurement deve essere aperto, onesto e leale. Inoltre, nell'ordinamento canadese è possibile individuare ulteriori principi guida, che costituiscono il *framework* di ogni operazione di procurement, il rispetto dei quali deve essere garantito da parte dei tutti coloro che siano coinvolti in un processo di approvvigionamento. Tra di essi, oltre all'aperta competizione, vi è la parità di trattamento tra gli operatori economici (il Pwgscc deve assicurare che tutti i potenziali offerenti siano sottoposti alle stesse condizioni) e l'*accountability* (il Pwgscc è responsabile della trasparenza e dell'integrità della procedura, mentre gli offerenti sono responsabili dell'accuratezza e delle completezza delle informazioni relative ai loro requisiti e da loro trasmesse al ministero)⁵².

Con riferimento specifico alle procedure competitive, esse possono svolgersi secondo diverse modalità, tra le quali l'invito ad offrire e la richiesta di quotazione. Dal 2005, grande diffusione ha avuto una particolare forma di procedura competitiva, la *request for standing offer* (rfsso), considerata dalle amministrazioni e dagli operatori una modalità snella e idonea a garantire una riduzione dei costi di approvvigionamento⁵³. Essa è definita come un'offerta da parte di un *competitor* di fornire beni e/o servizi ad un prezzo predefinito, secondo certi termini e condizioni, quando e se richiesto. In particolare, tale procedura prevede la stipulazione del contratto solo in seguito alla diramazione di un ordine, da parte del governo federale, nei confronti della *standing offer*⁵⁴. Il rfsso costituisce, nell'attuale esperienza canadese, il metodo privilegiato di approvvigionamento qualora una o più amministrazioni acquistino ripetutamente gli stessi beni e/o servizi, come nel caso di alimenti, prodotti farmaceutici e di cancelleria, nonché servizi professionali.

⁵¹ Si noti che i dati sono riferiti al gennaio 2008.

⁵² Si v. in proposito la parte 10.10.5 del *Complete supply manual*, pubblicato sul sito web www.pwgscc.gc.ca.

⁵³ Si v. <http://contractscanada.gc.ca/en/so-newrules-e.htm>.

⁵⁴ Per un approfondimento, si v. R.C. Taylor e L.M. Bolton, *Overview of canadian government procurement law*, cit.

Due ulteriori peculiarità del sistema canadese del procurement sono afferenti alla risoluzione delle controversie in materia di commesse pubbliche. In primo luogo, il Canada rappresenta l'unico Paese ad aver dato mandato ad un organismo giurisdizionale, il Canadian international trade tribune (citt), di condurre indagini in merito a denunce effettuate da potenziali fornitori, relative ad operazioni di procurement del governo federale coperte dagli accordi Nafta, Wto-agp, dall'*Agreement on internal trade* e dal *Canada-Chile free trade agreement*. Il ruolo del citt, in particolare, si sostanzia nel verificare se le autorità governative abbiano rispettato, durante le fasi di approvvigionamento, tutte le procedure e le indicazioni previste dai sopra citati accordi⁵⁵.

In secondo luogo, è stato recentemente introdotto all'interno del sistema canadese l'Office of the procurement ombudsman; tale struttura, rispetto alla quale non vi sono organismi analoghi nell'ambito dei Paesi del G8, ha ampio mandato sulle dispute relative ai processi di acquisizione di beni e servizi, fornendo servizi alternativi di risoluzione delle controversie. Inoltre, svolge le funzioni di riesaminare le prassi del procurement federale e formulare raccomandazioni ad agenzie e dipartimenti federali, al fine di incrementare l'equità, l'apertura concorrenziale e la trasparenza negli appalti pubblici. Con riferimento, in particolare, a quest'ultimo aspetto, è interessante sottolineare che, nonostante l'Office of the procurement ombudsman sia struttura di recente istituzione (maggio 2008), sono già molteplici le raccomandazioni emanate e recepite dagli organismi ad essi indirizzate, con conseguente incremento dell'efficienza delle procedure di approvvigionamento federale⁵⁶.

Considerazioni conclusive

Gli Stati Uniti e il Canada costituiscono, sotto molti punti di vista, «universi paralleli»⁵⁷. Il loro rapporto è caratterizzato, infatti, da significativi legami culturali, storici ed economici e dalla presenza di molteplici accordi, trattati e convenzioni. I due Paesi presentano entrambi un patrimonio di common law, una struttura federale e molti valori condivisi.

I due ordinamenti presentano, tuttavia, anche fondamentali differenze, quali la forma di governo (repubblica presidenziale federale da una lato e monarchia parlamentare federale dall'altro), nonché tradizioni basate sul monolinguisma negli Stati Uniti e sul bilinguismo in Canada. Occorre evidenziare, inoltre, che nonostante quest'ultimo costituisca, dopo la Russia, il Paese territorialmente più esteso al mondo, tra le due nazioni esaminate esiste un rapporto di circa uno a dieci, in favore degli Stati Uniti, con riferimento ad aspetti demografici o economici⁵⁸.

Tale differenza è riscontrabile anche con riferimento al sistema del procurement federale. Come esaminato nel corso della trattazione, infatti, l'esperienza statunitense è

⁵⁵ Sul citt si veda D.M. Attwater, *Policy-Making by Choice at the Canadian International Trade Tribunal*, in «Canadian Journal of Administrative Law & Practice», ottobre 2003. Ulteriori informazioni sul citt sono reperibili sul sito web istituzionale del tribunale, ovvero http://www.citt.gc.ca/index_e.asp. Con particolare riferimento alle controversie in materia di procurement, si v. il cap. 4 (*Procurement review*) della Relazione annuale 2008-2009 del citt, consultabile sul sito sopra citato.

⁵⁶ Cfr. Treasury board of Canada secretariat, *Canada's performance. Annual report to Parliament. 2008-09*, p. 88.

⁵⁷ Cfr. K.M. Henderson, *Parallel universes: Canadian and U.S. public administration study*, in «Canadian public administration», vol. 52, n. 2, 2009, pp. 271-290.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 273.

caratterizzata da un'organizzazione amministrativa del procurement molto complessa e articolata, composta da molteplici agenzie e sub-agenzie federali, alle quali si aggiunge l'intervento di ulteriori attori istituzionali, appartenenti al potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Il Canada presenta, invece, un sistema amministrativo degli approvvigionamenti federali di beni e servizi piuttosto lineare e che prevede la netta ripartizione delle competenze operative e di policy tra i due principali organismi coinvolti, ovvero il Treasury board e il Public works and government service Canada.

In effetti, come è emerso nel corso della trattazione, è proprio l'esperienza statunitense a presentare i principali profili di criticità. In particolare, nonostante essa sia caratterizzata da una disciplina piuttosto omogenea, basata sulla normativa FAR, che dovrebbe agevolare il corretto svolgimento delle operazioni di approvvigionamento di beni e servizi, il sistema del procurement statunitense appare vivere un periodo di crisi. Numerose sono le critiche determinate dal notevole incremento del ricorso a procedure non competitive, che disattende le previsioni legislative e favorisce comportamenti non trasparenti, o dall'eccessivo ricorso a contratti a rimborso spese, che non tutelano adeguatamente l'interesse economico del governo federale.

Appare necessario, pertanto, dare avvio ad una nuova fase del sistema del procurement statunitense, attraverso l'approvazione di disposizioni tese a garantire un maggior confronto competitivo nelle procedure di appalto, soprattutto con riferimento agli affidamenti afferenti al dipartimento della difesa, maggiore trasparenza e una predisposizione dei contratti più orientata a tutelare sia l'interesse del governo, che la gestione efficiente delle procedure. Al fine di garantire che tali previsioni possano garantire un effettivo miglioramento del sistema statunitense, appare, a nostro avviso, indispensabile procedere altresì ad un generale riassetto delle competenze delle agenzie federali afferenti al controllo sui processi di procurement, che, allo stato attuale, appaiono inadeguate a garantire un forte monitoraggio sulle operazioni di approvvigionamento e sull'attività dei contractor, a scapito sia dell'efficienza dell'agire governativo, che dell'interesse dei contribuenti.