



Public procurement e “modello Consip”

a cura di Luigi Fiorentino

Versione provvisoria
Giugno 2010

INDICE

Introduzione, *di Luigi Fiorentino (in corso di elaborazione)*

- I. Acquisti delle pubbliche amministrazioni e Consip S.p.A.: luci e ombre, *di Elisa D'Alterio*
- II. La spesa per consumi finali nella pubblica amministrazione: analisi del trend delle sue componenti e ruolo di Consip, *di Gabriele Mazzantini*
- III. Le centrali di committenza regionali, *di Francesca Di Lascio*
- IV. Le società *in house* per i servizi strumentali. Riflessioni sull'art. 13 del Bersani, *di Christian Iaione*
- V. Il ruolo dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, *di Massimo Macrì*
- VI. *Procurement* e concorrenza alla luce delle segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *di Luisa De Caro*
- VII. Le procedure di acquisto nelle Università, *di Alessandra Villa*
- VIII. *Public procurement* e sanità, *di Elisa Pintus (in corso di elaborazione)*
- IX. L'esperienza statunitense e canadese del *public procurement*, *di Laura Zanarini*

Indice particolareggiato

CAPITOLO PRIMO

ACQUISTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E CONSIP S.P.A.: LUCI E OMBRE

Elisa D'Alterio

1. Gli acquisti di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni

L'acquisto di beni e servizi (*public procurement*) è uno degli esempi più rilevanti di «attività amministrativa di diritto privato», per usare la nota definizione di Massimo Severo Giannini¹. L'acquisizione avviene, in genere, attraverso la stipulazione di contratti con fornitori privati, sulla base delle esigenze dei singoli uffici². L'amministrazione risulta, pertanto, legata al privato da un rapporto negoziale, nell'ambito del quale è tenuta ad adempiere all'obbligazione di pagamento³. Sotto questo profilo, la disciplina degli acquisti è riconducibile, quindi, alla più ampia materia delle «obbligazioni pubbliche», tra le quali lo stesso Giannini riconosceva, difatti, quelle di origine contrattuale⁴.

Gli acquisti delle pubbliche amministrazioni sono una prassi associata anche al più ampio fenomeno delle esternalizzazioni, inteso come modello gestionale basato sul ricorso a privati per l'esercizio di attività pubbliche⁵. In particolare, si tratta di un'esternalizzazione di attività strumentali, posto che i beni e servizi acquistati sono funzionali allo svolgimento delle attività da parte delle amministrazioni⁶. Secondo i termini dell'economia aziendale⁷, le amministrazioni affidano a privati la gestione di attività c.d. *no core*, al fine di concentrare le risorse sul *core business*. Gli obiettivi generali sono quelli del risparmio, dello snellimento della macchina

¹ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 655 e ss. Sull'attività amministrativa di diritto privato e i contratti delle amministrazioni, l'A. afferma: «[...] a differenza dell'attività privata delle amministrazioni, l'attività amministrativa di diritto privato è attività amministrativa in senso proprio, cioè attiene alla cura di interessi pubblici nel senso preciso di interessi delle collettività: solo che si svolge mediante istituti e norme di diritto privato»; «[...] lo strumento che si reperi per funzionalizzare l'attività di diritto privato fu il contratto ad evidenza pubblica [...].».

² Sulle diverse modalità di acquisizione dei beni e servizi si rinvia al par. 2.

³ Sui contratti della pubblica amministrazione, si segnala, in particolare, C. Franchini, *I contratti con la pubblica amministrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Utet, 2007.

⁴ Si v. M.S. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1964.

⁵ Sulle esternalizzazioni esiste una vasta letteratura. Tra i contributi più recenti si segnalano G. Napolitano, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in «Il Diritto dell'economia», 2006, n. 4, pp. 663 e ss.; G. Vetrutto, *L'esternalizzazione strategica nelle amministrazioni pubbliche*, Dipartimento della Funzione Pubblica, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2006; L. Fiorentino e B.G. Mattarella (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative*, Rimini, Maggioli, 2007; Irpa, *Primo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2007; L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, Astrid, Bologna, il Mulino, 2007; Irpa, *Secondo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2009.

⁶ E' nota la distinzione tra funzioni, servizi pubblici e attività strumentali. In particolare, le attività strumentali consistono in servizi rivolti alle amministrazioni e funzionali all'espletamento dell'azione amministrativa. A tal riguardo, si parla anche di *facility management*. Sul punto, si v., in particolare, S. Curcio, *Lessico del facility management*, Milano, ed. Il Sole 24 Ore, 2003.

⁷ Sulle esternalizzazioni in ambito aziendale, E.M. Pierazzi, *L'outsourcing*, in «Contratto e impresa», 2009, n. 6, pp. 1349 e ss. Più datati sono i contributi di E. Lanzavecchia, *I segreti dell'esternalizzazione per il vantaggio competitivo*, in «L'Impresa», 1995, n. 6; A.M. Arcari, *Economia dei consorzi tra imprese*, Milano, Egea, 1997; R. Viruani, *L'outsourcing nei sistemi informativi aziendali*, Milano, Franco Angeli, 1997; R. Accabi e L. Lopez, *Outsourcing estremo per situazioni complesse*, in «L'Impresa», 1999, n. 10; A. Ricciardi, *L'outsourcing strategico*, Milano, Franco Angeli, 2000; R. Verganti, M. Calderini, P. Garrone, e S. Palmieri, *L'impresa dell'innovazione*, Milano, Ed. AIP, ed. Il Sole 24 Ore, 2004.

amministrativa (con riferimento sia all'organizzazione, sia al personale), del miglioramento della qualità dei servizi.

L'acquisto è, in molti casi, una prassi «necessaria», posta l'impossibilità delle amministrazioni di usufruire di propri meccanismi produttivi. Questo non ha, comunque, escluso la gestione diretta di numerosi servizi (si pensi alle mense, pulizie, ecc.)⁸ e, persino, la produzione di determinati beni con la costituzione, ad esempio, dell'Istituto poligrafico dello Stato, che forniva alle amministrazioni carta, stampati, pubblicazioni e carte rappresentative di valori⁹.

Tuttavia, la tendenza principale è da sempre stata quella di ricorrere all'esterno per la fornitura di beni e servizi¹⁰. Nel 1870, è stato istituito, infatti, presso il Ministero dell'agricoltura, industria e commercio un Economato generale, destinato alla gestione e regolamentazione delle attività di acquisto dei beni e servizi necessari al funzionamento dell'apparato statale¹¹. All'Economato generale sono poi succedute le Ragionerie centrali nei singoli ministeri, trasformate negli anni Venti in Uffici delle finanze alle dipendenze della Ragioneria generale¹². Negli stessi anni, è stato istituito il Provveditorato generale dello Stato, che ha ereditato le attribuzioni dell'Economato generale, oltre ad avere una funzione di controllo delle finanze statali¹³.

Il Provveditorato generale dello Stato ha avuto un ruolo centrale nella gestione degli acquisti di beni e servizi¹⁴. Salvo la parentesi di qualche decennio (anni Cinquanta – Settanta), caratterizzata da una riduzione degli interventi, tale organo ha esercitato importanti funzioni di gestione della spesa pubblica¹⁵. Tuttavia, nella seconda metà degli anni Novanta, parallelamente all'istituzione dell'Autorità per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (Aipa)¹⁶ e alla successiva concessione a Consip S.p.A.¹⁷ dei servizi informatici pubblici, il Provveditorato è stato trasformato in organo di supporto di competenza in materia contrattuale e tecnica. La perdita del ruolo originario si è tradotta nell'assunzione di una semplice attività di consulenza, che il Provveditorato forniva ai centri di spesa formatisi nelle amministrazioni¹⁸. La legge finanziaria per il 2000¹⁹ e successivi provvedimenti²⁰ hanno attribuito a Consip S.p.A. il compito di gestire gli acquisti dei

⁸ Alcune amministrazioni, soprattutto in ambito locale, gestiscono in via diretta alcune attività strumentali. Tuttavia, le tendenze più recenti sono quelle di affidare completamente a privati le attività del *facility management*.

⁹ Tale organismo è stato istituito nel 1928 e ha acquisito la sezione Zecca nel 1978. Originariamente, godeva di personalità giuridica di diritto pubblico ed era sottoposto alla vigilanza e al controllo del Ministero del tesoro. Nell'ottobre del 2002, l'Istituto è stato trasformato in società per azioni con partecipazione totalitaria del Ministero dell'economia e delle finanze.

¹⁰ In altri termini, alla logica del *make* è stata preferita quella del *buy*. Nell'analisi economica sono studiati i fattori che spiegano le scelte di *make or buy*. Sul punto si v. R. Verganti, M. Calderini, P. Garrone, S. Palmieri, *L'impresa dell'innovazione*, cit., pp. 115 e ss.

¹¹ Regio decreto 17 febbraio 1870, n. 5503.

¹² Regio decreto 28 gennaio 1923, n. 126, sul passaggio degli uffici di Ragioneria delle amministrazioni centrali alla dipendenza del Ministero delle finanze.

¹³ Regio decreto 18 gennaio 1923, n. 94, sull'istituzione presso il Ministero delle finanze di un Provveditorato dello Stato.

¹⁴ Il Provveditorato generale dello Stato è stato soppresso nel 2001 e le sue funzioni sono ora svolte, in parte, dal Dipartimento dell'amministrazione generale, del personale e dei servizi del Ministero dell'economia e delle finanze, in parte, da Consip S.p.A.

¹⁵ Si v., in particolare, il d.p.r. 12 giugno 1985, n. 478, *Approvazione del regolamento sui lavori, le provviste e i servizi da eseguire in economia da parte del Provveditorato generale dello Stato*.

¹⁶ L'Aipa è stata istituita con d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 ed è stata poi trasformata in Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione con d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. In tempi recenti, è stato adottato il d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 177, recante *Riorganizzazione del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione a norma dell'art. 24 della legge 18 giugno 2009, n. 69*, che prevede una nuova denominazione dell'organismo (DigitPA).

¹⁷ Su Consip S.p.A. si v. *amplius* par. 3 e seguenti.

¹⁸ Al riguardo, si v. il d.lgs. 5 dicembre 1997, n. 430, *Unificazione dei ministeri del tesoro, del bilancio e della programmazione economica*.

¹⁹ Legge 23 dicembre 1999, n. 488.

²⁰ Si rinvia al par. 3.

beni e servizi per conto delle amministrazioni. Queste trasformazioni hanno segnato la fine del Provveditorato, che è stato, infatti, soppresso e sostituito dal soggetto societario²¹.

L'attribuzione a Consip della gestione degli acquisti rappresenta la chiara testimonianza non solo del ricorso a privati, ma, soprattutto, dell'uso di modelli privatistici (modello societario) da parte delle amministrazioni. Un soggetto (formalmente) privato è, infatti, affidatario della funzione dell'approvvigionamento, presso altri privati (fornitori), di beni e servizi, a loro volta funzionali allo svolgimento delle attività delle amministrazioni. Come dire, un'«esternalizzazione nell'esternalizzazione» o, in altri termini, un'«esternalizzazione di secondo grado»²².

La costituzione di società pubbliche è una particolare forma di *outsourcing*. Si tratta di società per azioni di diritto speciale, comunemente definite «società legali», istituite ad opera di appositi interventi legislativi e partecipate in misura totalitaria o maggioritaria dallo Stato²³. Sono soprattutto le amministrazioni locali a ricorrere all'istituzione di tali società ai fini della gestione dei servizi, sebbene esistano anche numerosi esempi di società pubbliche istituite a livello nazionale²⁴. La natura sostanzialmente pubblica del soggetto societario porta, comunque, buona parte della dottrina ad escludere la configurazione di un'esternalizzazione *tout court*, riconoscendo, diversamente, un caso di *longa manus* dell'amministrazione²⁵.

Alla crescente tendenza delle amministrazioni al ricorso a privati e a strumenti privatistici si contrappongono, tuttavia, risultati deludenti sul piano del conseguimento degli obiettivi²⁶. La gestione degli acquisti e, in particolare, il funzionamento di Consip non producono rilevanti risparmi. Il ricorso all'esterno non incide, inoltre, sull'assetto dell'organizzazione e del personale, che rimangono invariati, non determinando, pertanto, lo snellimento della macchina amministrativa. Tale meccanismo non incide nemmeno sulla qualità dei servizi, rispetto ai quali non sono registrati miglioramenti significativi²⁷. Quali allora le ragioni del ricorso a privati?

L'adozione di politiche di esternalizzazione delle attività strumentali è considerato uno degli effetti del processo di integrazione europea, caratterizzato da una generale tendenza verso forme di privatizzazione e liberalizzazione funzionali all'ammodernamento degli apparati amministrativi, ma soprattutto a una più efficiente gestione della spesa pubblica alla luce dei vincoli comunitari di bilancio²⁸. In questa direzione, gli studi e i programmi di *New Public Management* hanno avuto un enorme peso²⁹. Le prospettive legate a un tale modello hanno indotto molte amministrazioni

²¹ Si v. l'art. 1, d.p.r. 22 marzo 2001, n. 147, *Regolamento recante modifiche all'organizzazione del Ministero del tesoro, bilancio e programmazione economica*.

²² Il ricorso a Consip è stato considerato anche nei termini di una «esternalizzazione debole» o di «outsourcing improprio». Tale società è, infatti, totalmente partecipata dal Ministero dell'economia e delle finanze. Pertanto, si tratta di un soggetto privato solo a livello formale.

²³ Tali società nascono o dalla trasformazione dei vecchi enti pubblici e delle aziende autonome statali in soggetti privati o dall'istituzione di nuove figure.

²⁴ Si v., ad esempio, Italia lavoro S.p.A., Coni servizi S.p.A., Anas S.p.A., e la stessa Consip.

²⁵ Tra i lavori più recenti, si v. R. De Nictolis e L. Cameriero, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, 2009; G. Guzzo, *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2009.

²⁶ Per un'analisi approfondita dei dati, si rinvia a Irpa, *Primo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, cit. e a Irpa, *Secondo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

²⁷ Su tali punti, si rinvia al par. 4.

²⁸ Sul tema si v. S. Cassese, *L'età delle riforme amministrative*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2001, n. 1, pp. 79 e ss., specialmente pp. 84 e ss.

²⁹ A tal riguardo, si v. l'opera pioniera di D. Osborne e T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector from Schoolhouse to State House, City Hall and Pentagon*, Massachusetts, Addison-Wesley, 1992 (ed. it.: *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1995). Si v., inoltre, K. Walsh, *Public Services and Market Mechanism. Competition, Contracting, and the New Public Management*, London, Macmillan, 1995, pp. 224 e ss.; E. Ferrie, L. Ashburner, L. Fitzgerald, A. Pettigrew, *The New Public Management in Action*, Oxford, Oxford University Press, 1996; G. Gruening, *Origini e basi teoriche del New Public Management*, in «Azienda Pubblica», 1998, n. 6; C. Pollit e G. Bouckaert, *La riforma del Management Pubblico*, Milano, Egea, 2002; T. Christensen e P. Lagreid, *New Public Management, the Transformation of Ideas and Practice*, London, Ashgate, 2003.

europee ad aprire le porte ai privati nella gestione delle attività pubbliche, rendendo la prassi delle esternalizzazioni una vera «moda»³⁰. Ma se è vero che «la moda è fatta per diventare fuori moda», le esternalizzazioni di attività strumentali sono, invece, sempre in voga.

La presente analisi si propone, dunque, di indagare le ragioni del continuo sviluppo del sistema degli acquisti delle pubbliche amministrazioni, individuandone i modi e gli strumenti (par. 2) e, soprattutto, esaminando il funzionamento di Consip S.p.A. in termini descrittivi (par. 3 e 3.1.) e critici (par. 3.2.). L'indagine è volta alla ricerca di problematiche, con lo scopo di comprendere i motivi delle forti incongruenze tra le tendenze crescenti all'esternalizzazione e i risultati poco soddisfacenti. Per questa ragione, il paragrafo conclusivo è dedicato all'analisi degli aspetti controversi del sistema (par. 4).

2. I modi e gli strumenti di approvvigionamento

Il sistema di approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni si presenta come un quadro molto complesso e variopinto. La molteplicità delle forme che lo caratterizzano è, infatti, frutto dell'esistenza di diversi meccanismi di acquisto e di differenti strumenti giuridici utilizzati a tal fine.

Il primo grado di complicazione del sistema riguarda la circostanza per cui ci sono acquisti gestiti direttamente dalle amministrazioni (c.d. acquisti in via autonoma) e acquisti per i quali è previsto l'intervento di Consip S.p.A. Attualmente, la legge stabilisce che le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e di quelle universitarie, siano tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni Consip³¹. Un tale obbligo riguarda le categorie merceologiche indicate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze³². Per le amministrazioni regionali e locali esiste, invece, la possibilità di istituire centrali di acquisto, similmente al modello Consip, che operino come centri di committenza³³. Centrali regionali e Consip costituiscono, pertanto, un sistema a rete, al servizio delle pubbliche amministrazioni. Relativamente al funzionamento, il Codice dei contratti pubblici, che prevede in generale l'esistenza di centrali di committenza (art. 3, co. 34 e art. 33), distingue tra casi in cui la centrale acquista direttamente beni e servizi per conto delle amministrazioni e casi in

³⁰ Si ricorda che il ricorso a privati per l'esercizio di attività pubbliche è una prassi di antica origine, sebbene l'espressione «esternalizzazione» (imprecisa traduzione del termine anglosassone *outsourcing*) sia entrata in uso solo di recente. In letteratura, si ricordano i lavori di noti studiosi, come Guido Zanobini, che, nell'arco della prima metà del ventesimo secolo, ha elaborato importanti studi sul problema dell'esercizio privato di potestà pubbliche: *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Parte III, Milano, Giuffrè, 1920, ed. del 1935, pp. 235 e ss.; *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, *L'organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 301- 322; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 96 e ss. Più recenti e di più ampio respiro i lavori di S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e "deregulation"*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1991, pp. 378 e ss.; Id., *Diritto pubblico e diritto privato nell'amministrazione*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 173 e ss.; Id., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Profili giuridici sulle privatizzazioni*, a cura di G. Marasà, Quaderni di studi sull'impresa, 1998, p. 1 e ss.; M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 75-235; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005.

³¹ La previsione è contenuta nella legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244). Sul punto, si tornerà *amplius* nel par. 3.

³² Si v. i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze del 12 febbraio 2009, *Attuazione dall'articolo 2, comma 574 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, in materia di tipologie di beni e servizi oggetto di acquisti tramite Consip S.p.A.* e del 17 febbraio 2009, *Tipologie di beni e servizi, per le quali le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, con esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi mediante le convenzioni stipulate ex articolo 26 della legge n. 488/1999*.

³³ Per approfondimenti, si rinvia al capitolo curato da F. Di Lascio.

cui la stessa si occupa dell’aggiudicazione di appalti pubblici e della stipulazione di accordi quadro di lavori, forniture e servizi, senza provvedere direttamente all’acquisto (come nel modello Consip).

Il secondo grado di complicazione del sistema attiene alle modalità di acquisizione. Nel caso del ricorso a Consip, è previsto che tale soggetto stipuli apposite convenzioni, a seguito di gare, al fine di stabilire le clausole relative ai contratti di acquisto per un dato periodo, dettando limiti e condizioni³⁴. Pertanto, Consip si occupa della selezione dei fornitori, aggiudicando l’appalto con gara e stipulando la convenzione; l’amministrazione deve soltanto rilevare il bisogno, inviare l’ordinativo di acquisto, ricevere la prestazione dal fornitore già selezionato e provvedere, infine, al pagamento. Le gare possono, a loro volta, svolgersi in modo tradizionale (con l’opportunità dell’uso di mezzi elettronici per determinate fasi)³⁵ o in via telematica (c.d. *e-procurement*)³⁶. E’ evidente come il ricorso agli strumenti telematici, previsto al fine della semplificazione delle procedure, costituisca un forte elemento di eterogeneità della disciplina³⁷.

Esistono poi modi di acquisto di beni e servizi sottoposti a specifici limiti. Ad esempio, il mercato elettronico³⁸ è una modalità di acquisto valida soltanto per gli importi sotto soglia comunitaria (acquisti in economia, art. 125 Codice)³⁹. Pertanto, un’amministrazione può decidere di provvedere direttamente all’acquisto di un bene o servizio sottosoglia, ricorrendo al mercato elettronico gestito o dalla stessa stazione appaltante, o dal Ministero dell’economia e delle finanze (tramite la struttura Consip)⁴⁰, o dalla centrale di committenza⁴¹. Si tratta di una piattaforma ove operano fornitori «abilitati», che presentano propri cataloghi nell’ambito di determinate categorie merceologiche. L’amministrazione può effettuare acquisti direttamente dai cataloghi (ordine diretto) o elaborare una richiesta di offerta sulla base di ordinativi personalizzati. La legge finanziaria per il 2007 ha previsto il ricorso obbligatorio per le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, escludendo regioni, enti locali, scuole, università, aziende ospedaliere⁴².

Una seconda modalità di acquisto di beni e servizi, caratterizzata da un particolare regime, è quella del sistema dinamico di acquisizione (art. 3, co. 14 del Codice)⁴³. Tale sistema attiene agli acquisti di uso corrente e si caratterizza per l’esclusivo utilizzo di mezzi elettronici. Ha una durata

³⁴ Si noti che la legge finanziaria per il 2010 fa riferimento alla capacità di Consip di stipulare accordi quadro, distinguendo tale istituto da quello delle convenzioni. Da queste recenti disposizioni sembra, pertanto, ricavarsi una differenza tra i due strumenti, sebbene non si possa totalmente escludere un collegamento tra le due discipline. Per approfondimenti sul contenuto delle norme, si rinvia al par. 3.

³⁵ E’ possibile l’uso del mezzo elettronico nelle comunicazioni e nelle presentazioni delle offerte.

³⁶ La disciplina delle gare telematiche è, attualmente, contenuta nel d.p.r. n. 101/2002. Tale normativa sarà sostituita dalle disposizioni del Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, del quale si attende a breve l’adozione.

³⁷ Al co. 15 dell’art. 3 del Codice dei contratti pubblici è riportata la definizione di asta elettronica. E’ definita come «un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico. Gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di asta elettroniche». Si v., inoltre, l’art. 85 del Codice.

³⁸ Si v. il co. 13 dell’art. 85 del Codice dei contratti pubblici, che rinvia al Regolamento di attuazione del Codice la disciplina di dettaglio del mercato elettronico.

³⁹ Gli importi sono i seguenti: 133.000 euro per gli appalti pubblici di forniture e servizi aggiudicati dalle amministrazioni centrali; 206.000 euro per gli appalti pubblici di forniture e servizi aggiudicati da tutte le amministrazioni non centrali.

⁴⁰ Si tratta del Mercato elettronico della P.A.

⁴¹ Art. 33 del Codice dei contratti pubblici.

⁴² Per approfondimenti, si v. L. Bertini e A. Vidoni, *Il mercato elettronico della pubblica amministrazione – MEPA. Scenario, funzionalità e linee di tendenza*, Quaderni Consip, n. VI, 2007.

⁴³ Il co. 14 dell’art. 3 del Codice dei contratti pubblici definisce il sistema dinamico di acquisizione come «un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, limitato nel tempo e aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un’offerta indicativa conforme al capitolo d’oneri».

determinata e i fornitori sono ammessi sulla base di procedure aperte di gara. Nell'ambito del sistema sono poi effettuati gli acquisti, attraverso appalti specifici.

Ulteriori gradi di complicazione caratterizzano la disciplina degli acquisti. Quando le amministrazioni non ricorrono, infatti, ai summenzionati meccanismi, possono provvedere direttamente all'approvvigionamento attraverso numerosi strumenti giuridici. Lo strumento prevalentemente utilizzato è quello dell'appalto. Un modello di recente sviluppo, e particolarmente funzionale alla gestione delle attività strumentali, è il contratto di *global service*⁴⁴. Si tratta di un appalto misto (art. 14, Codice) relativo ad attività di gestione e manutenzione di immobili, basato su uno stretto rapporto di *partnership* con il fornitore, sulla previsione di un pacchetto integrato di servizi, sulla corresponsione di una remunerazione «a risultato», sull'applicazione di sofisticate tecniche di controllo della prestazione. Il vantaggio è quello di sostituire con un «macro-appalto» tanti «micro-appalti», assicurando attività di manutenzione sia ordinaria, sia straordinaria; gli svantaggi sono la complessità delle relative gare di appalto e l'assenza di effettivi risparmi⁴⁵.

La gestione dei servizi può, avvenire, altresì con concessioni. L'esempio più noto è proprio quello di Consip S.p.A., originariamente concessionaria della sola gestione dei servizi informatici del Ministero dell'economia e delle finanze. All'ambito delle concessioni (di lavori e opere pubbliche) si collega, inoltre, lo strumento del *project financing*⁴⁶, attraverso il quale le amministrazioni possono provvedere alla costruzione di strutture pubbliche mediante la partecipazione del capitale privato e un pieno intervento del promotore (a partire dalla progettazione preliminare)⁴⁷.

La legge consente alle amministrazioni di avvalersi anche della locazione finanziaria sia mobiliare, che immobiliare⁴⁸. Questo strumento consente di non procedere subito all'acquisto del bene, sebbene lo stesso, durante il rapporto contrattuale, sia considerato pubblico⁴⁹.

Infine, anche l'istituzione di società miste o interamente pubbliche, affidatarie della gestione di attività strumentali, rappresenta un particolare modo di approvvigionamento di beni e servizi. Un tale strumento rientra, più esattamente, nella summenzionata tendenza delle amministrazioni a ricorrere a modelli e formule privatistiche per la gestione di attività pubbliche. Si tratta, comunque, di una modalità prevalentemente impiegata per la gestione di servizi pubblici destinati alla collettività⁵⁰, nonostante tale strumento sia, in alcuni casi, previsto anche in ordine alla gestione di funzioni pubbliche. Un esempio piuttosto significativo di tale tendenza è quello di Difesa Servizi S.p.A., società pubblica, interamente partecipata dal Ministero della difesa, costituita con l'art. 2, co. 27, della legge finanziaria per il 2010⁵¹. In questo caso, il legislatore ha, infatti, affidato a una società la funzione di approvvigionamento nel settore della difesa.

Il presente tentativo di sistematizzazione dei modi e degli strumenti di approvvigionamento delle amministrazioni è solo un modo di guardare con ordine un quadro ricco di sfaccettature e di

⁴⁴ Sul modello del *global service*, si v. E. Pintus, *Il management dei processi d'acquisto, le scelte di innovazione sui servizi integrati*, in *I Quaderni dell'Innovazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2001, pp. 48-54; L. Fiorentino e C. Lacava, *I nuovi modelli di gestione*, in *I luoghi delle amministrazioni*, a cura di A. Mari, Roma, Collana Studi e Ricerche della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, 2005, pp. 131-151; E. D'Alterio, *Il global service: profili giuridici e problematiche gestionali*, in *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative*, a cura di Luigi Fiorentino e Bernardo Giorgio Mattarella, cit., pp. 127-148.

⁴⁵ Per approfondimenti sui vantaggi e gli svantaggi di tale modello gestionale, si v. E. D'Alterio, *Il global service: profili giuridici e problematiche gestionali*, cit., pp. 127 e ss.

⁴⁶ La disciplina del *project financing* è contenuta nell'art. 153 del Codice dei contratti pubblici.

⁴⁷ Un recente contributo è di G. Guzzo, *Le nuove regole del Project Financing: corsi e ricorsi storici*, 2009, consultabile su http://www.ambitediritto.it/dottrina/Dottrina_2010/nuove_regole_pf_guzzo.htm.

⁴⁸ Si v. l'art. 3, co. 15 bis e l'art. 160 bis del Codice dei contratti pubblici.

⁴⁹ Per approfondimenti, alla luce delle modifiche apportate dai tre decreti correttivi del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 6/2007, n. 113/2007, n. 152/2008), si v. R. De Nictolis, *Manuale degli appalti pubblici*, Roma, EPC Libri, 2008, pp. 898 e ss.

⁵⁰ Il ricorso a tale modello è, infatti, meno frequente ai fini della gestione delle attività strumentali.

⁵¹ Legge 23 dicembre 2009, n. 191.

incongruenze. Una prima incoerenza riguarda, ad esempio, il ricorso alle convenzioni Consip. Questo è stato per molto tempo facoltativo, posta la maggiore facilità delle amministrazioni di provvedere direttamente all'approvvigionamento⁵². Ragioni di semplificazione e contenimento della spesa pubblica hanno poi determinato la previsione di un ricorso obbligatorio⁵³, nonostante alcuni dati dimostrino come l'intermediazione di Consip innalzi, a volte, i costi e non soddisfi pienamente le richieste delle amministrazioni.

Anche l'esistenza di centrali di committenza a livello territoriale costituisce un'incongruenza. Istituite con lo scopo della semplificazione e razionalizzazione dei sistemi di approvvigionamento, producono, tuttavia, problemi di coordinamento con il livello centrale, offrendo, in alcuni casi, servizi «doppione» a fronte di copiosi investimenti.

Lo stesso inserimento nelle amministrazioni di strumenti telematici nell'ambito delle gare di appalto non si associa ad una semplicità dei mezzi impiegati; inoltre, più di un miliardo di euro transita attraverso procedure elettroniche di approvvigionamento, sebbene la qualità delle prestazioni non sia molto elevata.

A questa serie di incoerenze si aggiungono le distorsioni connesse all'impiego di certi strumenti. Si pensi, in primo luogo, all'esperienza del *global service*. La chiusura, dettata per molto tempo dalla stessa giurisprudenza, nei confronti delle piccole e medie imprese rispetto all'accesso al mercato dei servizi integrati ha comportato la permanenza nello stesso di forti gruppi societari, che hanno istituito un vero monopolio, peraltro incorrendo in pratiche illecite⁵⁴.

Un secondo esempio è quello degli affidamenti diretti a società miste, rispetto ai quali sono noti i dibattiti e i problemi insorti sulla loro regolazione⁵⁵. Proprio l'uso distorto dei c.d. affidamenti *in house* e la necessità di tutelare la libera concorrenza hanno portato, su forte impulso delle istituzioni comunitarie, a recenti modifiche normative, trasformando questa prassi in un «modello in deroga», soprattutto con riferimento ai servizi pubblici locali⁵⁶.

A rendere ancora più complesso e astratto il quadro dei modi di approvvigionamento delle amministrazioni è, infine, lo stesso legislatore. Le continue correzioni al Codice dei contratti pubblici (si pensi, fra tutte, alla completa riscrittura della disciplina del *project financing* o al

⁵² Per maggiori approfondimenti, si rinvia al par. 3.

⁵³ Si ricorda che si tratta, comunque, di un obbligo «relativo», poiché l'obbligo di adesione alle convenzioni Consip si applica soltanto ad alcune amministrazioni e per determinate categorie merceologiche.

⁵⁴ Sono note le vicende giudiziarie del gruppo societario Romeo, affidatario di numerosi contratti di *global service* per conto di alcune amministrazioni.

⁵⁵ Sul tema, si ricordano M.G. Roversi Monaco, *I caratteri delle gestioni in house*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2006, n. 12, pp. 1371 e ss.; O.M. Calsolaro, *S.p.A. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia Ce torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in «Il foro amministrativo C.d.S.», 2006, n. 6, pp. 1670 e ss.; M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in «Il corriere giuridico», 2007, n. 7, pp. 893 e ss.; L. Torresan, *Sul requisito del "controllo analogo" legittimante l'affidamento in house*, in «I contratti dello Stato e degli enti pubblici», 2007, n. 1, pp. 44 e ss; A. Vacca, *L'affidamento diretto (c.d. in house) di un servizio pubblico locale a rilevanza economica: il requisito del controllo analogo*, in «I contratti dello Stato e degli enti pubblici», 2007, n. 1, pp. 61 e ss.; I. Moscardi, *In house providing: il punto d'arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di "controllo analogo"*, in «Il foro amministrativo TAR», 2007, n. 6, pp. 2245 e ss.; C. Lacava, *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all'in house? Il caso Zetema*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2007, n. 8, pp. 839 e ss.; A. Pallotta, *Servizi pubblici locali: affidamento in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2008, n. 1, pp. 191 e ss.; F. Elefante, *Gli affidamenti in house nei servizi pubblici locali: il lungo cammino verso il riconoscimento della eccezionalità del modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria*, in «Il foro amministrativo TAR», 2008, n. 1, pp. 265 e ss.

⁵⁶ Si v. il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166, che ha modificato l'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, che, a sua volta, apportava rilevanti modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica di cui all'art. 113 del Tuel. Per una efficace sintesi delle questioni rilevanti, si v. l'articolo di G. Napolitano, *Uno strike per i servizi locali*, pubblicato su «Il Sole 24 Ore», 8 ottobre 2009, p. 14.

regime di *stand by* di alcuni istituti come il dialogo competitivo in materia di gare di appalto) producono un assetto camaleontico, rispetto al quale gli amministratori nutrono un forte disagio⁵⁷.

3. Consip S.p.A.: l'evoluzione normativa

L'evoluzione della disciplina del sistema Consip può essere scandita in almeno sei fasi. La prima fase è quella dell'adozione di normative, primarie e secondarie, tra il 1997 e il 1998, sulla gestione delle attività informatiche. In particolare, la legge 3 aprile 1997, n. 94, ha avviato il riordino delle attività informatiche del Ministero dell'economia e delle finanze, a cui il d.lgs. 19 novembre 1997, n. 414, ha aggiunto la previsione che le stesse siano strutturate secondo criteri di integrazione tecnica e funzionale e, soprattutto, affidate a una struttura societaria operante al servizio dello Stato. Il d.m. 22 dicembre 1997, riconoscendo in Consip S.p.A.⁵⁸ i requisiti richiesti dal d.lgs. n. 414/1997, ha attribuito a tale società la qualifica di amministrazione aggiudicataria. Il successivo d.p.r. 20 febbraio 1998, n. 38, ha affidato a ogni dipartimento la definizione delle specifiche esigenze e delle conseguenti prestazioni da assicurare nell'ambito del sistema informativo integrato del Ministero per lo svolgimento dei compiti istituzionali. Il d.p.r. 28 aprile 1998, n. 154, invece, ha individuato in ogni dipartimento gli uffici di livello dirigenziale generale, ai quali affidare lo studio, l'analisi e la definizione delle esigenze e delle prestazioni. Lo stesso decreto ha istituito, nell'ambito del dipartimento dell'amministrazione generale e del personale dei servizi del tesoro, il servizio centrale per il sistema informativo integrato. Il d.m. del 17 giugno 1998 ha individuato in modo analitico le attività informatiche che Consip è chiamata a svolgere con proprie risorse, escludendo qualsiasi forma di ricorso a prestazioni esterne⁵⁹.

La seconda fase è quella della creazione di un nuovo regime degli acquisti di beni e servizi e il consequenziale sviluppo del sistema Consip. L'art. 26 della legge finanziaria per il 2000 ha attribuito al Ministero dell'economia e delle finanze la funzione di stipulare apposite convenzioni quadro con imprese, individuate nel rispetto delle norme in materia di scelta del contraente, capaci di assumere l'impegno dell'assunzione di ordinativi di fornitura da parte delle amministrazioni. Lo stesso articolo ha previsto che l'amministrazione si possa avvalere a tal scopo di società di consulenza specializzate. Il d.m. del 24 febbraio 2000 ha affidato a Consip l'attuazione del programma di razionalizzazione delle spese, stabilendo che le amministrazioni statali siano tenute ad approvvigionarsi attraverso tale soggetto societario, mentre tutte le restanti amministrazioni abbiano la semplice facoltà di aderire alle convenzioni, utilizzando in tutti i casi i parametri di qualità e prezzo. L'art. 58 della legge finanziaria per il 2001⁶⁰ ha contribuito a rafforzare il sistema, precisando che le convenzioni quadro siano stipulate da Consip. Nella stessa direzione si è posta anche la legge finanziaria per il 2002⁶¹ che ha disposto, innanzi tutto, l'obbligo per le amministrazioni di effettuare acquisti esclusivamente mediante le convenzioni Consip e, in secondo luogo, che gli enti locali debbano utilizzare necessariamente i prezzi delle convenzioni quali basi d'asta nelle procedure autonome di scelta del contraente⁶². Tali previsioni sono, in sostanza, confermate anche dalla legge finanziaria per il 2003⁶³.

⁵⁷ La nuova disciplina del *project financing* è stata introdotta dal terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 152/2008), che ha riformulato l'art. 153 e abrogato gli articoli 154 e 155.

⁵⁸ Sulla struttura di Consip S.p.A., in particolare sui caratteri degli organi societari e delle regole interne, si rinvia al sito web www.consip.it.

⁵⁹ Tale d.m., inoltre, attribuisce all'amministrazione il compito di determinare periodicamente gli obiettivi da perseguire e assoggetta Consip ad una puntuale verifica dei risultati raggiunti e della loro aderenza agli obiettivi indicati. Il decreto stabilisce, infine, che le modalità di affidamento a Consip vengano disciplinate sulla base di apposite convenzioni, garantendo la riservatezza dei dati gestiti e la continuità di funzionamento del sistema informativo integrato.

⁶⁰ Legge 23 dicembre 2000, n. 388.

⁶¹ Legge 28 dicembre 2001, n. 448.

⁶² L'art. 24 della legge n. 448/2001 stabilisce che le province, i comuni, le comunità montane e i consorzi di enti locali, al fine di acquistare beni e servizi, possano aderire alle convenzioni *ex art.* 26; tuttavia, permane l'obbligo per tali enti di

La terza fase si caratterizza, invece, per un indebolimento del sistema, tanto che questo periodo è stato denominato come «l'anno sabbatico di Consip». Le numerose critiche mosse a tale disciplina hanno portato, infatti, all'adozione del d.l. del 24 giugno 2003, n. 143, convertito in legge 1° agosto 2003, n. 212, che ha limitato l'obbligo di adesione alle convenzioni Consip solo relativamente all'«acquisto di beni e per l'approvvigionamento di pubblici servizi caratterizzati dall'alta qualità dei servizi stessi e dalla bassa intensità di lavoro». Un ulteriore arretramento del modello è stato attuato con la legge 24 novembre 2003, n. 326 e con la legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria per il 2004). In particolare, quest'ultima ha abrogato l'art. 24 della finanziaria del 2003 e modificato profondamente l'art. 26 della finanziaria del 2000, sia limitando l'ambito di operatività delle convenzioni (solo beni e servizi di rilevanza nazionale), sia determinando l'abrogazione della cogenza del modello per ogni amministrazione pubblica. Il provvedimento ministeriale del 28 novembre 2003 ha sospeso l'attivazione di nuove convenzioni in vista delle modifiche al modello apportate dalla legge n. 350/2003.

La quarta fase può essere definita come un periodo di «ripresa» e coincide con l'adozione di una serie di normative tra il 2004 e il 2007. Ad esempio, la legge 30 luglio 2004, n. 191, eliminando i riferimenti alla rilevanza nazionale, ha previsto l'utilizzo obbligatorio dei parametri qualità-prezzo, quale alternativa all'adesione delle convenzioni, e ha generalizzato la facoltà del ricorso a Consip⁶⁴.

La quinta fase è segnata dalle rilevanti novità delle leggi finanziarie per il 2006 e per il 2007 e dallo sviluppo di un «sistema a rete». La prima legge ha stabilito che, in presenza di determinate condizioni⁶⁵, le pubbliche amministrazioni, ad eccezione delle regioni, province autonome, enti locali, enti del servizio sanitario nazionale, abbiano l'obbligo di aderire alle convenzioni o di utilizzare i relativi parametri di qualità-prezzo diminuiti di una data percentuale⁶⁶. La seconda legge, invece, ha reintrodotto l'obbligo del sistema delle convenzioni con talune eccezioni di natura oggettiva e soggettiva. È stato previsto che il Ministero dell'economia e delle finanze debba, entro il mese di gennaio di ogni anno, individuare tipologie di beni e servizi per le quali sussista l'obbligo di approvvigionamento attraverso le convenzioni quadro. I soggetti esclusi dall'obbligo del ricorso a Consip sono regioni, enti locali, istituti e scuole di ogni ordine e grado, istituzioni educative, università. Altra novità è stata la previsione delle centrali di acquisto territoriali, considerate in rapporto di «specie a genere» con le centrali di committenza previste dal Codice⁶⁷.

L'ultima fase corrisponde ad alcuni apporti della legge finanziaria per il 2008, di alcuni provvedimenti successivi e della legge finanziaria per il 2010. La prima legge ha stabilito che, per il raggiungimento degli obiettivi del contenimento e della razionalizzazione della spesa pubblica, le amministrazioni statali, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni o consorzi, comunque denominati, costituiti da tali soggetti, possano ricorrere per l'acquisto di beni e servizi alle convenzioni Consip. Tuttavia, la stessa legge ha riconosciuto l'obbligo dell'uso delle convenzioni per le categorie merceologiche

adottare i prezzi delle convenzioni come base d'asta al ribasso, nel caso di acquisti in autonomia dei beni comparabili. Inoltre, l'applicazione del programma vale anche per gli enti pubblici e gli enti privati interamente partecipati (art. 32).

⁶³ Legge 27 dicembre 2002, n. 289. Questa legge, all'art. 24, ribadisce l'obbligo per tutte le pubbliche amministrazioni centrali e periferiche dello Stato di effettuare acquisti esclusivamente mediante le convenzioni Consip. Solo gli enti locali possono procedere ad acquisti in maniera autonoma, ma sempre adottando i prezzi delle convenzioni Consip come base d'asta al ribasso.

⁶⁴ Si v. anche il d.p.c.m. 1° novembre 2004, n. 325, che ha indicato alcune linee guida per assicurare la massima trasparenza nelle procedure di acquisto non ancora concluse nell'ambito dell'attività di Consip.

⁶⁵ Le condizioni riguardano il possibile pregiudizio del raggiungimento degli obiettivi indicati nel Patto di stabilità e crescita nel secondo bimestre del 2006.

⁶⁶ Si tratta del venti per cento. Questa legge riconosce, inoltre, che le aggregazioni di enti locali o decentrati di spesa assumono le funzioni di centrali di committenza. Questi stessi enti possono avvalersi del supporto e della consulenza di Consip.

⁶⁷ Per approfondimenti, si rinvia al capitolo curato da F. Di Lascio.

indicate con d.m.⁶⁸. Il successivo d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, ha previsto, in via supplementare, che le amministrazioni siano tenute ad approvvigionarsi dei servizi di riscaldamento e di energia elettrica tramite le convenzioni o, comunque, a prezzi inferiori o uguali a quelli praticati da Consip⁶⁹. Infine, l'ultima finanziaria regola la stipulazione di accordi quadro (art. 2, commi 225-227). In particolare, è prevista la capacità di Consip di concludere tali accordi (*ex art. 59 del Codice dei contratti pubblici*), ai quali le amministrazioni aggiudicatrici, di cui all'art. 3, co. 25, del Codice, possono fare ricorso per l'acquisto di beni e servizi. Le stesse amministrazioni possono, comunque, adottare in alternativa i parametri di qualità e prezzo, rapportati a quelli degli accordi. Le convenzioni possono essere stipulate anche ai fini e in sede di aggiudicazione degli appalti basati su un accordo quadro. Peraltro, in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, possono essere indicati criteri utili per l'individuazione delle categorie merceologiche di beni e servizi da acquisire con un tale strumento⁷⁰.

3.1. Le attività

L'operato di Consip si articola in tre attività principali: la consulenza informatica, la gestione delle gare, gli acquisti in rete. In questo senso, si può dire che Consip si componga di diverse «anime».

Con riferimento all'attività di consulenza informatica, Consip svolge, presso il Ministero dell'economia e delle finanze, una serie di operazioni, definite, secondo un'originaria ripartizione, nei termini di «ampliamento dell'informatizzazione della gestione operativa»⁷¹, di «crescita del supporto conoscitivo»⁷² e di «adozione di strumenti per il supporto decisionale»⁷³. Attualmente, tali funzioni

⁶⁸ L'obbligo permane nei confronti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, esclusi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e universitarie, nell'ambito delle categorie merceologiche fissate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze.

⁶⁹ L'art. 48 della legge in esame stabilisce che «le pubbliche amministrazioni statali di cui all'articolo 1, comma 1, lettera z), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 sono tenute ad approvvigionarsi di combustibile da riscaldamento e dei relativi servizi nonché di energia elettrica mediante le convenzioni Consip o comunque a prezzi inferiori o uguali a quelli praticati dalla Consip. 2. Le altre pubbliche amministrazioni adottano misure di contenimento delle spese di cui al comma 1 in modo da ottenere risparmi equivalenti».

⁷⁰ Secondo l'art. 3, co. 13, del Codice dei contratti pubblici «l'accordo quadro è un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste». Si v. anche l'art. 59.

⁷¹ Riguardo all'ampliamento dell'informatizzazione della gestione operativa, si segnala la realizzazione del sistema per «l'informatizzazione del processo di spesa della Pubblica Amministrazione», che riguarda la gestione e lo scambio degli atti di spesa tra la P.A. e la Ragioneria generale dello Stato tramite il sistema Sicoge (Sistema informativo di contabilità gestionale), nonché tra la Ragioneria generale e la Banca d'Italia (attraverso il Sistema del mandato informatico). Sono stati, inoltre, effettuati interventi di informatizzazione per la gestione del personale (si v. il «Service personale tesoro» relativo alla gestione del pagamento degli stipendi per il personale della P. A. centrale e della scuola, il Sistema informativo per l'amministrazione del personale - Siap, il *Data Warehouse* del Dipartimento degli affari generali).

⁷² Relativamente all'attività di supporto conoscitivo, si ricorda il Sistema conoscitivo di pubblico impiego - Sico e il Sistema unico di contabilità economica analitica per centri di costo, a cui forniscono informazioni tutte le amministrazioni centrali. Il sistema permette alla Ragioneria generale dello Stato, in ottemperanza al decreto legislativo n. 279/1997, di effettuare analisi, verifiche e valutazioni sui costi dei servizi svolti e di diffondere regole comuni, che garantiscono l'omogeneità e l'aggregabilità dei dati. Importanti strumenti per la valutazione delle decisioni di politica economica sono anche i modelli di finanza pubblica e i modelli di monitoraggio della spesa sociale. Tali modelli controllano l'evoluzione della spesa del *welfare* nel medio e lungo periodo e valutano l'impatto di variazioni normative, demografiche e macroeconomiche. Tali strumenti sono utilizzati al fine dell'elaborazione di previsioni di lungo periodo sulla spesa previdenziale e sanitaria.

⁷³ Si tratta di attività di gestione dell'informazione attraverso una serie di progetti come, ad esempio, il progetto Protocollo informatico tesoro (Pit) e la *Summa Lex* (banca dati contenente la normativa primaria e secondaria in materia di amministrazione e contabilità pubblica, aggiornata dal Centro nazionale di contabilità pubblica- Cncp). Nel corso del 2002 è stato completato poi il progetto Banca dati fondi strutturali, che ha creato un sistema, accessibile anche

risultano ripartite in quattro settori, denominati governance della finanza pubblica, personale della Pubblica Amministrazione, rete, servizi in rete e accessibilità, interventi tecnologici e sulla sicurezza⁷⁴. In generale, si tratta di attività di consulenza progettuale, tecnica e organizzativa.

Per quanto riguarda, invece, la gestione delle gare, Consip, come già esaminato, stipula convenzioni. Il suo ruolo è quello di soggetto terzo o “intermediario, posto che il rapporto contrattuale è tra la pubblica amministrazione e il fornitore. Consip si occupa, pertanto, della procedura di preparazione della gara⁷⁵, attraverso lo svolgimento di una vera e propria attività di mediazione. La procedura può assumere due diverse configurazioni, a seconda che si proceda a gara tradizionale o a gara telematica. Nel primo caso, Consip provvede: alla predisposizione della strategia e della documentazione di gara (capitolato tecnico, disciplinare, avvisi); all’approvazione e pubblicazione della documentazione, precedute dal parere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato o di DigitPA; all’istituzione di un’apposita commissione atta allo svolgimento dei lavori di giudicazione, aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva condizionata⁷⁶, che acquisisce efficacia con il controllo della documentazione presentata dall’aggiudicatario. Con la stipula del contratto, la convenzione viene attivata e ne viene data comunicazione ufficiale al Ministero, con contestuale pubblicazione degli atti sul portale «acquistinretePA».

Nel secondo caso, la procedura è più complessa. Dapprima, Consip predispone e pubblica il bando di abilitazione, in alcuni casi subordinatamente ad un apposito parere di DigitPA. Una commissione, istituita dalla stessa Consip, provvede alla valutazione delle abilitazioni. Si procede, quindi, all’elaborazione della strategia di gara, alla pubblicazione e approvazione della documentazione, analogamente alla procedura tradizionale. Una commissione di abilitazione e negoziazione valuta le domande di partecipazione alla gara da parte dei fornitori abilitati, predisponendo la lista di quelli invitati alla negoziazione. Sulla base delle diverse offerte, si procede, dunque, alla negoziazione *on line*, a conclusione della quale un’apposita commissione di giudicazione svolge i lavori di valutazione, aggiudicazione provvisoria, condizionata e definitiva.

La terza attività consiste, infine, nella gestione del sistema degli «acquisti in rete della P.A.» (mercato elettronico o *e-commerce*). Si tratta di un’iniziativa promossa dal Ministero dell’economia e delle finanze, realizzata con il contributo di Consip, avente l’obiettivo di razionalizzare la spesa pubblica per beni e servizi attraverso il ricorso alle nuove tecnologie informatiche. Gli scopi del programma sono il contenimento della spesa delle pubbliche amministrazioni e la semplificazione dei processi di acquisto. Il contenimento della spesa viene perseguito attraverso l’aggregazione della domanda. La stipulazione di convenzioni quadro, infatti, permette di ottenere una riduzione dei costi unitari dei beni e servizi, associata al miglioramento dei livelli di servizio. La semplificazione delle procedure si realizza, invece, attraverso l’introduzione di tecnologie innovative per la digitalizzazione e la riorganizzazione dei processi di acquisto. Il principale strumento di diffusione dell’iniziativa è il portale realizzato dal Ministero e da Consip, che facilita gli acquisti delle amministrazioni e l’accesso alle informazioni⁷⁷. Il sistema è operativo a partire dal 2004 e i vantaggi finora prodotti sono una riduzione dei tempi morti, un agevole sfruttamento da parte dei fornitori delle notizie reperibili dalla vetrina Consip, la maggiore flessibilità delle procedure di acquisto.

Consip, infine, gestisce anche relazioni internazionali, attraverso la preparazione di progetti ultrastatali, scambi di esperienze, tavoli di lavoro europei.

via *web*, i cui utenti sono le amministrazioni centrali e locali. Si segnala, inoltre, il Sistema dei conti di tesoreria, che consiste nel progetto finalizzato a razionalizzare i flussi informativi relativi alla gestione, in modo particolare, del bilancio dello Stato. Nel 2007 è stato, infine, ultimato il Sistema pubblico di connettività (Spc), che ha creato un collegamento informatico tra il Ministero dell’economia e delle finanze con altre amministrazioni.

⁷⁴ Per approfondimenti, si rinvia a www.consip.it/on-line/Home/Attivitaerisultati/ServiziinformaticiperilMEF.html.

⁷⁵ La gara è ad evidenza pubblica, secondo quanto stabilito dal Codice dei contratti pubblici.

⁷⁶ Questa forma di aggiudicazione è detta «condizionata», perché risulta subordinata alla verifica di una serie di requisiti ad opera del responsabile del procedimento. L’aggiudicazione diviene completamente definitiva ed efficace soltanto con il controllo della documentazione presentata dall’aggiudicatario.

⁷⁷ Si v. www.acquistinrete.it.

3.2. Alcune criticità

Nel corso del tempo il sistema Consip è stato oggetto di una serie di critiche⁷⁸.

Soprattutto nei primi anni di funzionamento, un problema rilevante è stato rappresentato dalla gestione delle gare. In particolare, il sistema, basato su un meccanismo di aggregazione della domanda, favoriva le grandi imprese e la grande distribuzione, escludendo una larga fetta di operatori. La costruzione di un *market-place* digitale doveva essere la soluzione per permettere l'accesso al mercato a fornitori di dimensione anche modesta. Tuttavia, l'applicazione di prezzi d'asta poco convenienti, in relazione agli acquisti esterni al mercato elettronico, e la richiesta di pacchetti di servizi molto eterogenei hanno costituito una barriera e garantito l'accesso soltanto a forti gruppi societari o a imprese di grandi dimensioni.

Tale questione è emersa, in modo particolare, con riferimento alla gestione delle gare di *global service*⁷⁹. Sulla base di una consolidata giurisprudenza⁸⁰, l'accesso a queste gare veniva concesso soltanto ad associazioni temporanee di imprese, capaci di offrire servizi di *global service*, caratterizzati da una diversa origine e natura⁸¹. L'orientamento in questione implicava, quindi, che le imprese dovessero, non solo, costituirsì in associazione temporanea per la partecipazione alle gare, ma anche potenziare i propri programmi e risorse per essere in grado di rispondere ai requisiti richiesti dal bando⁸². Si trattava, pertanto, di un notevole costo, difficilmente sopportabile da molti operatori.

Un'ulteriore criticità attiene allo sviluppo di centrali di committenza territoriali⁸³. Innanzitutto, tali centrali sono supportate da piattaforme informatiche sostanzialmente analoghe alla piattaforma Consip. In secondo luogo, le agenzie si caratterizzano per costi elevati a fronte di benefici incerti, oltre a produrre sprechi complessivi, come ad esempio la realizzazione di *market place* regionali. Tale prassi tende a pregiudicare i vantaggi di una struttura di monitoraggio centrale quale Consip e, inoltre, a privare quest'ultima di risorse importanti⁸⁴. Un terzo profilo riguarda, poi, il coordinamento tra le discipline. Se è vero, da una parte, che sia il Codice dei contratti pubblici, sia la legge finanziaria per il 2007 stabiliscono forme di coordinamento con il modello centrale, dall'altra emergono alcune incongruenze. Il comma 455 della citata finanziaria prevede, infatti, l'inserimento, tra i destinatari del sistema regionale di acquisto centralizzato, delle «altre p.a. aventi sede nel medesimo territorio». Tuttavia, l'obbligo dell'adesione al sistema delle convenzioni Consip per le amministrazioni periferiche dello Stato esclude l'applicabilità alle stesse della disciplina

⁷⁸ Si v. L. Picci, *Dal modello Consip al Sistema di procurement nazionale*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, cit., pp. 285 e ss.

⁷⁹ Sul punto, si v. E. D'alterio, *Il global service: profili giuridici e problematiche gestionali*, cit., p. 138.

⁸⁰ Si v. Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2056; Tar Veneto, sez. I, 16 marzo 2002, n. 1097.

⁸¹ Alcune importanti convenzioni Consip in materia di *global service* sono: *Global service* per gli immobili ad uso ufficio della Pubblica Amministrazione (2002); *Facility Management* per immobili in uso, a qualsiasi titolo, alla pubbliche amministrazioni adibiti prevalentemente ad uso ufficio (2006). Si v., inoltre, l'esperienza di *global service* relativa alla gestione del Palazzo delle finanze: su questo aspetto, L. Fiorentino e P. Manzione, *Case study. Il global service per l'edificio del Ministero dell'economia e delle finanze*, in *Global service. Linee guida per l'esternalizzazione dei servizi di Facility Management per i patrimoni immobiliari e urbani*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2005, pp. 215-226; P. Manzione, *Il global service e la Pubblica Amministrazione: l'esperienza del Ministero dell'economia e delle finanze*, Paper presentato nel corso del *Master in Gestione integrata dei patrimoni immobiliari*, Roma, Università La Sapienza, 2006.

⁸² Sul punto si v., in particolare, G. A. Tedeschi, *Consorzi, riunioni temporanee, GEIE. L'associazionismo imprenditoriale nei pubblici appalti*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁸³ Per approfondimenti, si rinvia al capitolo curato da F. Di Lascio.

⁸⁴ Ad esempio, la progettazione e la conduzione di aste (tradizionali o *on line*) richiedono un livello molto elevato di competenza tecnica, per la quale spesso vi è una disponibilità ridotta.

regionale⁸⁵. L'incongruenza non risulta sanata dal successivo comma 457, con cui è precisato semplicemente che le centrali regionali e Consip costituiscono un sistema a rete, perseguiendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi⁸⁶.

Forti critiche sono mosse, inoltre, dalle stesse pubbliche amministrazioni. Non molto tempo fa, era possibile accedere al sito «www.controconsip.it», ove dipendenti pubblici, che avevano avuto esperienze negative con le modalità di acquisto di tale sistema, esprimevano le proprie lamentele. Le critiche principali riguardavano gli eccessivi tempi di attesa, le incomprensioni con i fornitori privati, la scarsità dell'offerta di beni specifici (soprattutto nel settore sanitario), l'incompatibilità dei tempi dell'amministrazione con quelli di Consip, la complessità della valutazione della convenienza del sistema per le amministrazioni che possono non aderire alle convenzioni⁸⁷.

Un'ultima problematica, avvertita soprattutto dagli operatori Consip⁸⁸, è il diffuso atteggiamento di rifiuto dei dirigenti delle varie amministrazioni, competenti per le procedure di acquisto, verso l'uso dei mezzi informatici. Le ragioni del rifiuto sembrano connesse al timore sia di una riduzione e riorganizzazione del personale e delle strutture impiegate per la gestione delle attività strumentali, sia di una perdita della specificità professionale. Questo dato mostra un evidente conflitto di interessi: quello tra semplificazione della macchina amministrativa e conservazione dell'assetto tradizionale.

Tali criticità spiegano, in parte, la ragione della lieve incidenza del sistema Consip sull'importo della spesa complessiva di beni e servizi da parte delle amministrazioni centrali, che denoterebbe, infatti, il decrescente ricorso delle amministrazioni a tale sistema⁸⁹. Questa tendenza risulta, inoltre, corroborata da alcune recenti iniziative normative, come la già citata costituzione di Difesa Servizi S.p.A., il cui compito principale è proprio quello dello «svolgimento dell'attività negoziale diretta all'acquisizione di beni mobili, servizi e connesse prestazioni strettamente correlate allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'Amministrazione della difesa [...]. Una tale previsione esclude, quindi, l'applicabilità del sistema Consip a questa categoria di acquisti.

4. Le problematiche generali

Le specifiche criticità del sistema Consip si sommano a una serie di questioni più generali, che caratterizzano l'intero meccanismo di approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni. Almeno quattro problematiche sono degne di nota.

Un primo aspetto attiene al bilanciamento tra vantaggi e svantaggi del sistema Consip rispetto alla gestione degli acquisti in via autonoma. Da una parte, l'ingresso di un soggetto societario nella gestione degli acquisti delle amministrazioni ha comportato l'introduzione di un nuovo *know how*, volto all'ammmodernamento e alla semplificazione delle strutture e procedure amministrative. Questo ha determinato lo sviluppo dell'*e-procurement* e una rilevante riduzione dei tempi di azione delle amministrazioni. Consip è, inoltre, dotata di un centro studi, gestisce relazioni internazionali,

⁸⁵ Con riferimento a tali soggetti, l'acquisto di prodotti «non elencati» può avvenire o in convenzione Consip o in convenzione regionale o in modo autonomo, rispettando parametri di prezzo-qualità delle convenzioni Consip. Possibilità analoghe valgono anche per le amministrazioni regionali e locali.

⁸⁶ I piani (regionali e nazionale) di razionalizzazione sono definiti annualmente dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, che provvede all'approvazione dei programmi per lo sviluppo della rete delle centrali di acquisto e per la razionalizzazione delle forniture di beni e servizi, definendo le modalità e monitorando il raggiungimento dei risultati rispetto agli obiettivi.

⁸⁷ Si cfr. M. Salvatori, *Una P.A. che non guarda lontano*, Milano, Edipi, 2005.

⁸⁸ Dati ricavati nel corso di un'indagine svolta presso Consip S.p.A.

⁸⁹ L'incidenza sarebbe solo del 5,9 per cento. Questo dato non è dovuto a un eventuale risparmio conseguito con le convenzioni Consip, ma all'effettiva riduzione dei casi di ricorso a tale modello. Per approfondimenti si rinvia al capitolo curato da G. Mazzantini.

collabora con numerosi enti di ricerca anche privati. L'elasticità della struttura societaria, la possibilità di usufruire di un personale giovane e preparato sulla base di tecniche manageriali - imprenditoriali, la posizione esterna (almeno formalmente) rispetto all'amministrazione ministeriale, consentono la lunga serie di benefici.

Dall'altra, non si possono trascurare gli svantaggi. In particolare, si tratta di un sistema costoso, come denunciato da una recente giurisprudenza⁹⁰. Nella fattispecie, il caso riguardava l'acquisto, mediante convenzione Consip, dei servizi di *facility management*, rispetto al quale il giudice amministrativo ha riscontrato danno erariale ad opera dell'amministrazione committente. La stessa avrebbe dovuto, infatti, procedere a un'indagine sui costi del servizio offerto dal mercato locale (a loro volta migliorabili in sede di gara) e accorgersi della maggiore convenienza degli stessi rispetto a quelli previsti dalla convenzione Consip⁹¹.

L'acquisto in via autonoma di beni e servizi previsti nelle convenzioni risulta, a volte, più conveniente del ricorso a Consip⁹². Le ragioni sembrano principalmente tre. In primo luogo, l'adesione alla convenzione Consip costringe l'amministrazione ad acquistare un intero pacchetto di servizi, anche quando il reale bisogno riguardi una specifica prestazione, che potrebbe, quindi, essere ottenuta con un singolo acquisto. In secondo luogo, la fitta rete di interposizioni, che caratterizza il meccanismo, innalza i costi dell'appalto finale. Pertanto, anche se il servizio o bene potrebbe essere fornito a prezzi sostenibili, i costi legati all'intervento di Consip e quelli connessi, ad esempio, al ricorso a subappalti e ad altre forme di intermediazione, rendono particolarmente oneroso l'intero sistema. Da questi aspetti deriverebbe, altresì, l'incongruenza, in alcuni casi, tra i contenuti delle convenzioni e le rispettive fasi di esecuzione, caratterizzate da numerose integrazioni e variazioni⁹³. Infine, è la legge stessa a stabilire che l'acquisto in via autonoma debba avvenire sulla base di un prezzo inferiore agli importi delle convenzioni Consip, pena l'insorgenza di una responsabilità erariale del funzionario competente⁹⁴. Per questa ragione, l'amministrazione è indotta a provvedere in via autonoma quando risulti che una tale modalità sia la più conveniente.

Il problema dei costi ha alcune rilevanti implicazioni. Un primo aspetto attiene al tradimento delle originarie finalità del sistema Consip. Il d.m. 24 febbraio 2000 attribuisce a Consip la funzione

⁹⁰ Tar Puglia, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1800. Con toni più tenui, si v. anche Tar Lombardia, sez. II, 5 novembre 2009, n. 1920.

⁹¹ «Ciononostante il dirigente, che per ottenere le migliorie su quel prezzo avrebbe dovuto, secondo logica, indire la pubblica gara, aderisce sic et simpliciter alla convenzione Consip pagando un prezzo superiore a quello offerto dal mercato per i servizi di pulizia contravvenendo ai suddetti principi di economicità ai quali deve conformarsi l'azione amministrativa». Tar Puglia, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1800.

⁹² Si cita l'esempio dell'acquisto del servizio telematico di rassegna stampa. Il Dipartimento del tesoro del Ministero dell'economia e delle finanze ha acquistato, tramite il sistema Consip, servizi di *publishing* sui siti internet e intranet e di rassegna stampa per un costo di euro 368.224 (Iva esclusa). L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha acquistato, in via autonoma, il servizio telematico di rassegna stampa per un costo di 19.800 (Iva esclusa). La notevole differenza tra i due importi potrebbe, comunque, essere giustificata sia dall'inclusione nel primo acquisto del servizio di *publishing*, sia, probabilmente, dalla diversità di durata dei due appalti (su questo punto, l'accesso *on line* non fornisce indicazioni esaustive). I dati sono tratti da www.consip.it/online/Home/Gare/GareeTrattative/Gareaggiudicate/scheda494.html e da www.autoritalavoripubblici.it/portal/public/classic/Autorit%C3%A0/GareEContratti/cig_0307882841.

A tal riguardo, pare, peraltro, significativo che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture abbia preferito provvedere in via autonoma per l'approvvigionamento di una lunga serie di attività strumentali, normalmente previste dalle convenzioni Consip (servizio di pulizia e igiene ambientale, servizio telematico di rassegna stampa, servizio di *reception* e portineria, ecc.). Si v. www.autoritalavoripubblici.it/portal/public/classic/Autorit%C3%A0/GareEContratti.

⁹³ Così, F. Petullà, *Il Tar Puglia scatenato su Consip*, consultabile su www.veneziastudisrl.it/storage/wcms_f/.../5B54%5DF.%20Petullà.doc.

⁹⁴ Sul punto, si noti che la legge prevede la responsabilità per danno erariale del funzionario che proceda ad acquisti in modo autonomo a condizioni meno favorevoli di quelle previste dal sistema Consip. In particolare, sussiste danno, e dunque obbligo di risarcimento, per la semplice mancanza del rispetto del parametro Consip di minor importo. Tale controllo è affidato alla Corte dei conti, che deve comparare il prezzo della convenzione Consip con quello del contratto concluso in via autonoma. Per prezzo Consip si intende il prezzo finale di aggiudicazione, ottenuto in sede di gara dai fornitori aggiudicatari della convenzione, anche se determinato in base a rilanci successivi a quello di offerta.

di «realizzare economie di scala sui volumi di acquisto, ottimizzare la domanda, standardizzare i consumi, semplificare i processi di acquisto, migliorare i tempi di approvvigionamento e i livelli di servizio [...] conseguire risultati in termini di riduzione di spesa». Si tratta, pertanto, di uno strumento nato per il contenimento della spesa pubblica, ma che, come ricordano i giudici amministrativi, «diviene non utile allorché si manifesti antieconomico»⁹⁵. Questo avviene quando l'adesione a una convenzione risulti più costosa rispetto all'acquisto in via autonoma, effettuato con espletamento di gara pubblica, applicando il prezzo Consip come base d'asta. In questo caso, la gestione autonoma comporta «un sicuro risparmio di spesa [...]», in quanto su quel prezzo (si registrano) i ribassi formulati dalle imprese partecipanti»⁹⁶.

In questi termini, si potrebbe, però, arrivare a sostenere un'«antieconomicità» del sistema Consip in assoluto. Le amministrazioni, infatti, potrebbero utilizzare i prezzi delle convenzioni Consip come base d'asta e conseguire i benefici dei ribassi nell'ambito delle gare gestite autonomamente. E' evidente come un tale meccanismo risulterebbe sempre più conveniente dell'adesione alle convenzioni. Tuttavia, è anche vero che una prassi di questo tipo è possibile solo qualora esistano imprese in grado di fornire quel determinato servizio a prezzi così bassi e competitivi. Da qui la necessità dell'amministrazione di provvedere, in tutti i casi, a un'indagine di mercato prima di procedere alle scelte di acquisto e, quindi, anche all'eventuale adesione alle convenzioni Consip.

Una seconda implicazione riguarda la violazione del principio di buona amministrazione. Una cattiva scelta di gestione degli acquisti, che si riflette in uno sperpero di risorse finanziarie, costituisce, infatti, una chiara violazione dell'esigenza di economicità delle scelte gestionali, il cui corollario risiede nel principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione. Peraltro, qualora risulti che lo spreco sarebbe stato evitato attraverso il ricorso a procedure di gara, emergono gli estremi della violazione anche dei principi di tutela della concorrenza.

Dall'analisi di questi due aspetti si ricava che il problema di fondo non è tanto l'esosità del sistema Consip (risolvibile con una più accorta formulazione dei prezzi e un maggiore controllo sulla fase dell'esecuzione)⁹⁷, quanto la cattiva gestione degli acquisti da parte degli uffici competenti delle amministrazioni. In molti casi, le scelte di acquisto non sono precedute dall'individuazione specifica delle esigenze e da approfondite indagini di mercato. Sembra, al contrario, dominare una tendenza all'acquisto «meccanico» e «poco informato», che, talvolta, trova giustificazione in inadempienze dell'amministrazione⁹⁸. Si tratta, pertanto, di un problema di «educazione all'acquisto», spesso fonte di ingenti danni erariali⁹⁹. In questo senso, è importante che a scelte acritiche siano sostituite scelte consapevoli, così come indicato dalla stessa giurisprudenza¹⁰⁰.

Altra questione è la qualità dei servizi. In alcuni casi, le esigenze delle amministrazioni non sono pienamente soddisfatte dalle prestazioni rese attraverso il sistema Consip, che non traduce fedelmente i bisogni dei singoli uffici. Le convenzioni si caratterizzano, infatti, per la previsione di pacchetti di servizi, formulati sulla base non tanto delle esigenze dell'amministrazione, quanto delle capacità di offerta delle imprese fornitrice.

Questi dati indurrebbero a ritenere necessario un ripensamento del sistema o, persino, il ritorno a una struttura interna, più conveniente e vicina alle amministrazioni, come il Provveditorato

⁹⁵ Tar Puglia, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1800.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ A tal riguardo, si noti che la Corte dei conti ha registrato, con riferimento all'esercizio del 2007, alcuni risultati positivi sul funzionamento del sistema Consip, sebbene difficilmente quantificabili in ragione della «carenza dell'impianto effettivo della contabilità analitica nell'ambito della P.A.».

⁹⁸ Nel caso esaminato, il ricorso alla convenzione Consip era stato giustificato anche in ragione dell'«impossibilità dell'Ufficio tecnico dell'amministrazione comunale di Bari di predisporre il nuovo progetto in tempo utile» (Tar Puglia, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1800).

⁹⁹ Sulla responsabilità erariale dei funzionari pubblici nelle scelte di acquisto dei beni e servizi e nell'adesione alle convenzioni Consip, si v., ad esempio, Corte dei conti, Valle d'Aosta, 22 novembre 2005, n. 14.

¹⁰⁰ Ancora una volta, Tar Puglia, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1800.

generale dello Stato. Tuttavia, a un eventuale processo di internalizzazione si accompagnerebbero le evidenti ritorsioni dell'estensione del perimetro delle amministrazioni e dell'appesantimento della macchina amministrativa¹⁰¹. Ancora una volta, emerge un inevitabile conflitto di interessi.

Le criticità, comunque, non riguardano soltanto i costi e le anomalie del sistema Consip. Un secondo profilo problematico è dato, infatti, da alcune disfunzioni relative anche alla gestione degli acquisti in via autonoma. Dalla prassi emerge che gli uffici preposti all'organizzazione delle gare di appalto per le forniture di beni e servizi non gestiscono adeguatamente archivi e documentazioni delle precedenti gare, dai quali ricavare informazioni utili per le successive gestioni delle attività strumentali esternalizzate. Ci sono difficoltà nella ricostruzione dei prezzi da applicare alle nuove gare, oltre all'inevitabile incompetenza degli impiegati nella conoscenza delle caratteristiche tecniche dei servizi da acquistare¹⁰². E' evidente, pertanto, la formazione di un circolo vizioso: le amministrazioni non gestiscono ordinatamente le informazioni acquisite con le gare sui servizi e i beni acquistati; questo rende necessario l'affidamento di una tale organizzazione a un soggetto esterno (Consip o anche l'appaltatore di un *global service*)¹⁰³, che conservi la «memoria storica» della gestione dei servizi e dei beni acquistati; l'intermediazione del privato produce ulteriori costi, che si sommano a quelli delle prestazioni svolte dai fornitori. In altre parole, un cane che si morde la coda.

Il sistema di approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni presenta, inoltre, una terza falla. Come già evidenziato, il ricorso a privati per la fornitura di beni e servizi risponde all'esigenza di concentrare personale e risorse sulle funzioni principali, affidando all'esterno le attività strumentali. Questo meccanismo dovrebbe determinare una razionalizzazione dell'organizzazione e una riduzione della spesa del personale, ma l'attuale fotografia delle amministrazioni rivela una diversa direzione. Agli obiettivi di "reingegnerizzazione organizzativa" e di *downsizing*¹⁰⁴, caratteristici dell'esternalizzazione, non corrisponde, infatti, l'eliminazione di strutture organizzative¹⁰⁵. La soppressione del Provveditorato generale dello Stato e la costituzione di Consip potrebbero sembrare un'eccezione a tale tendenza; tuttavia, Consip è, nella sostanza, una *longa manus* del Ministero dell'economia e delle finanze, regolata da norme speciali, finanziata con denaro statale, sottoposta a controlli pubblici. La trasformazione dell'organizzazione è, quindi, soltanto formale.

Con riferimento al personale, l'affidamento all'esterno delle attività strumentali non è seguito da modifiche della dimensione quantitativa degli organici¹⁰⁶. Le vecchie figure operaie sono, infatti,

¹⁰¹ Sul problema dell'estensione del perimetro delle pubbliche amministrazioni, si v. M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, cit., *passim*, che interpreta i processi di privatizzazione ed esternalizzazione come esempi di compressione del settore pubblico. Una diversa interpretazione è presente nei lavori di G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., *passim* e M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in «Diritto amministrativo», 2002, n. 1, pp. 169 e ss., ove i suddetti processi sono, invece, visti come modalità di estensione della sfera pubblica, in ragione dell'applicazione a privati, gestori di attività pubbliche, di vincoli e norme di diritto amministrativo.

¹⁰² Per incompetenza si intende la circostanza per cui i dipendenti pubblici sono, in genere, difficilmente a conoscenza delle caratteristiche tecniche dei prodotti e servizi da acquistare.

¹⁰³ Nell'appalto di *global service* è previsto che l'affidatario gestisca anche un apposito sistema informativo, ove registrare tutte le caratteristiche dell'immobile dato in gestione, la cronologia degli interventi di manutenzione, i costi dei singoli servizi, ecc.

¹⁰⁴ Interessante è l'indagine effettuata da Censis/Tess (2003), dove emerge che l'esternalizzazione è vista nelle organizzazioni pubbliche più come un'opportunità di razionalizzazione della propria organizzazione che come uno strumento di riduzione dei costi operativi. Ricerca Censis-Tess, *L'outsourcing nei percorsi di innovazione delle imprese e delle Pubbliche Amministrazioni*, Roma, 2003.

¹⁰⁵ Si ricorda l'esperienza di esternalizzazione del Ministero dell'economia e finanze, relativamente all'appalto di *global service* per la gestione del Palazzo delle finanze. Ai fini dell'attuazione dell'appalto, è stato necessario creare nuove strutture all'interno del Ministero, come l'ufficio di *call center*, la Direzione tecnica e l'Autorità vigilante. In questo caso, il ricorso a privati si è accompagnato, pertanto, alla creazione all'interno dell'amministrazione di appositi uffici, soprattutto di controllo e monitoraggio. In questo senso, l'effetto organizzativo di questa esperienza è stato la razionalizzazione dei compiti tra le strutture preesistenti (con l'ausilio di nuove), ma non di demolizione delle stesse.

¹⁰⁶ Per un'analisi dei dati quantitativi si rinvia al capitolo curato da G. Mazzantini.

sostituite con figure impiegatizie. Inoltre, le statistiche sull'andamento delle retribuzioni per i dipendenti dello Stato registrano un aumento progressivo, sebbene dettato non tanto dall'incremento del numero dei dipendenti, quanto dall'aumento della retribuzione media per lavoratore¹⁰⁷. Questi dati spiegano come mai alla crescita della spesa di beni e servizi si è accompagnato un aumento anziché una diminuzione della spesa per il personale pubblico, come testimoniano recenti statistiche che considerano il tasso di incremento nel periodo 1980-2005¹⁰⁸. Tale meccanismo crea, inoltre, un sistema di «autoalimentazione». La scomparsa di figure operaie rende l'esternalizzazione di attività strumentali (soprattutto di *facility management*) una scelta obbligata¹⁰⁹ in ragione dello «scorrimento professionale verso l'alto» dei dipendenti pubblici¹¹⁰. Pertanto, una volta che si ricorre all'esterno è difficile tornare indietro.

Un ultimo problema attiene alla disciplina dei sistemi di approvvigionamento. In particolare, emerge una forte frammentarietà delle norme che regolano la materia. Al Codice dei contratti pubblici (peraltro, unico e recente tentativo di sistematizzazione)¹¹¹ si devono sommare le previsioni delle leggi finanziarie, dei recenti «provvedimenti anticrisi», dei numerosi decreti ministeriali. Il panorama è, inoltre, infittito dai continui moniti dell'ordinamento comunitario¹¹² e dagli approdi della giurisprudenza¹¹³. In altri termini, manca una disciplina unitaria e omogenea¹¹⁴.

Un quadro, dunque, più ricco di ombre che di luci. E' evidente la necessità di mettere ordine, ad esempio, con l'elaborazione di una normativa generale e uniforme, sul modello di quella statunitense¹¹⁴. Una tale opera avrebbe il pregio di fornire alle amministrazioni regole uniche e chiare, oltre alla possibilità di sanare le varie falle dell'attuale sistema degli acquisti.

In questo senso, le parole di un noto pittore del periodo romantico sono quanto mai calzanti: «solo colui che vede davanti a sé l'opera nella sua totalità può concepire e comporre»¹¹⁵.

¹⁰⁷ Si rinvia sempre al capitolo curato da G. Mazzantini.

¹⁰⁸ Ad un aumento del 735,6% della spesa per consumi finali corrisponde un aumento del 16,2% del totale dei dipendenti delle p.a. Si v. la tabella Istat riportata in L. Fiorentino, *Esternalizzazioni: lo stato dell'arte*, in L. Fiorentino e B.G. Mattarella (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative*, cit., p. 31.

¹⁰⁹ L. Fiorentino, *Esternalizzazioni: lo stato dell'arte*, cit., pp. 30-31.

¹¹⁰ Peraltro, il Codice è stato oggetto di numerosi interventi correttivi: d.lgs. n. 6/2007, d.lgs. n. 113/2007, d.lgs. n. 152/2008 e il d.lgs. n. 53/2010.

¹¹¹ Si pensi ai numerosi procedimenti di infrazione, avviati dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, in materia di appalti pubblici.

¹¹² Per un approfondimento sui più recenti approdi della giurisprudenza, si segnala il sito web www.esternalizzazioni.it, ove sono, periodicamente, pubblicate le pronunce più significative in materia di esternalizzazioni.

¹¹³ A tal riguardo, si parla, persino, di «buchi neri» della disciplina dei contratti pubblici. Così, R. De Nictolis, *Manuale degli appalti pubblici*, cit., 139 ss.

¹¹⁴ Negli Stati Uniti esiste una normativa generale in materia di esternalizzazioni. Si tratta della Circolare A-76 del 1966, emendata, a più riprese, nel 1967, 1979, 1983 e 1999. Nel novembre 2002 l'*Office of Management and Budget* (Omb) ha apportato alcune modifiche alla Circolare A-76 (Office Of Mgmt. & Budget, Executive Office of the President, Circular No. A-76, revised, *Performance of Commercial Activities*, 2003, 68 Fed. Reg. 32, 134, May 29, 2003, su www.whitehouse.gov/omb/circulars/a076/a76_rev2003.pdf; si v. anche Office Of Mgmt. & Budget, Executive Office of the President, *Fair Act Inventory User's Guide*, 2003, disponibile su www.whitehouse.gov/omb/procurement/fair/2003users_guide.html). La letteratura statunitense in materia di esternalizzazioni è vastissima. Si ricordano, in particolare, A.C. Aman jr., *Administrative Law for a New Century*, in *The Province of Administrative Law*, a cura di M. Taggart, Oxford, Hart, 1997, 90 ss.; J. Freeman, *The Contracting State*, in «Florida State University Law Review», 2000, n. 28, p. 155; G.E. Metzger, *Privatization as Delegation*, in «Columbian Law Review», 2003, n. 103, p. 1371; S.A. Shapiro, *Outsourcing Government Regulation*, in «Duke Law Journal», 2003, n. 53, p. 389; A. Ancarani, *The Impact of Public Firms Commercialisation on Purchasing Management*, in «Journal of Public Procurement», 2003, n. 3, p. 357; S.L. Schooner, *Competitive Sourcing Policy: More Sail than Rudder*, in «Public Contract Law Journal», 2004, n. 33, p. 263; D. Guttman, *Governance by Contract: Constitutional Visions; Time to Reflection and Choice*, in «Public Contract Law Journal», 2004, n. 33, p. 321; D.M. Walker, *The Future of Competitive Sourcing*, in «Public Contract Law Journal», 2004, n. 33, p. 304.

¹¹⁵ J.H. Füssli, *Aforismi sull'arte*, trad. it. a cura di G. Franci, Milano, Abscondita, 2000, p. 35.

CAPITOLO SECONDO

LA SPESA PER CONSUMI FINALI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: ANALISI DEL TREND DELLE SUE COMPONENTI E RUOLO DI CONSIP

Gabriele Mazzantini

1. Premessa

In questo capitolo si analizzeranno alcune voci di spesa sostenute dalla pubblica amministrazione per l'acquisto di beni e servizi funzionali alla propria attività istituzionale. In particolare, saranno descritte i trend e la composizione di alcune voci di costo, come spese correnti, spese per consumi finali e spese per le retribuzioni, sostenute dalle principali amministrazioni pubbliche, quali Stato, regioni, province, comuni, (talvolta suddivisi anche in amministrazioni centrali e amministrazioni locali) e enti di previdenza; le spese per consumi finali saranno a loro volta suddivise in alcune sottovoci principali, quali le retribuzioni lorde, le spese per consumi intermedi e le spese per acquisto di beni e servizi da produttori *market*.

Lo scopo del capitolo è quello di valutare come è variata, in termini di composizione e consistenza, la spesa sostenuta negli ultimi anni dalle amministrazioni pubbliche per l'acquisto di beni e servizi e per le retribuzioni: tali valori costituiscono interessanti indicatori per valutare se e come si sta trasformando la pubblica amministrazione all'interno della società, sia in termini dimensionali che funzionali. L'andamento delle spese sostenute dalla pubblica amministrazione (di seguito anche Pa) per l'acquisto di beni e servizi necessari al suo funzionamento, da un lato, e il trend e la composizione delle spese sostenute per la retribuzione del suo personale, dall'altro, sono elementi necessari a valutare il suo attuale grado di efficienza, il ruolo svolto da soggetti, quali la Consip, appositamente pensati per ridurre alcune tipologie di spese e, più in generale, a valutare il rapporto fra Stato e mercato, fra pubblico e privato, fra esternalizzazione e produzione *in house*.

Il periodo preso in esame è quello che va dal 2000 al 2008: i dati saranno estratti principalmente dalle pubblicazioni periodiche dell'Istat relative ai Conti economici delle amministrazioni pubbliche e ai dati pubblicati nel Conto annuale della Ragioneria generale dello Stato, grazie ai quali sarà possibile esaminare anche i dati concernenti il personale assunto presso la Pa.

I dati relativi alle spese per consumi intermedi saranno integrati con alcuni dati forniti da Consip, concernenti l'attività da questa svolta nel periodo 2001 – 2008: in questo modo sarà possibile stendere alcune considerazioni sull'incidenza che le convenzioni stipulate dalla stessa Consip hanno avuto sulla spesa totale per consumi intermedi sostenuta dalla Pa e, in particolare, dallo Stato.

Un *focus* sulle spese relative ai servizi informatici potrà essere effettuato utilizzando i dati pubblicati dal Cnipa nelle proprie Relazioni sullo stato di informatizzazione nella pubblica amministrazione, che danno conto della spesa per acquisti di beni e servizi informatici e della loro diffusione presso i dipendenti della Pa.

2. I dati analizzati

In questo paragrafo si offre un'analisi sintetica delle uscite correnti e della spesa per consumi finali sostenute dalle pubbliche amministrazioni nel periodo 2000-2008, vale a dire la spesa sostenuta per la produzione di beni e servizi utilizzati per soddisfare i bisogni individuali e collettivi: tali beni possono essere prodotti direttamente dalle amministrazioni pubbliche, come

accade ad esempio per l'istruzione, e forniti gratuitamente o semi gratuitamente, oppure acquistati dai produttori *market*, come accade per le cosiddette prestazioni sociali in natura fra le quali, ad esempio, i medicinali in convenzione.

Oltre ad analizzare la spesa per consumi finali nel suo complesso, si faranno anche approfondimenti sulle grandezze che ne rappresentano le componenti principali, quali: il reddito da lavoro dipendente, le spese per l'acquisto di beni e servizi prodotti da produttori *market* e la spesa per i consumi intermedi. L'analisi mirerà ad individuare da un lato la composizione della spesa e, dall'altro, il suo andamento ed i trend riconducibili ai diversi soggetti facenti parte delle pubbliche amministrazioni (amministrazioni centrali, locali e enti di previdenza), allo scopo di illustrarne le dinamiche degli ultimi nove anni¹.

Vale la pena precisare fin da subito che i dati pubblicati dall'Istat, analizzati e commentati nei paragrafi successivi, non coincidono perfettamente con i dati di contabilità nazionali relativi al Conto economico dello Stato e pubblicati dalla Ragioneria generale dello Stato. I dati di contabilità nazionali, infatti, si basano sul criterio della competenza giuridica e della cassa², mentre quelli pubblicati dall'Istat si fondano sul criterio della competenza economica³: le due fonti informative si differenziano, quindi, per i criteri di contabilizzazione utilizzati, ma anche per una serie di correzioni statistiche e per una diversa imputazione economica di alcune poste tra categorie⁴.

3. I risultati dell'analisi: alcuni dati di sintesi relativi alla Pa nel suo complesso

In base ai dati relativi ai conti ed aggregati economici delle amministrazioni pubbliche (Istat, 2009), fra il 2000 ed il 2008 la spesa corrente totale della pubblica amministrazione è aumentata del 37,8%, passando da 519.569 a 715.896 milioni di euro, mentre, in particolare, la sola la spesa per consumi finali ha subito un incremento del 44,8%, passando da 219.728 a 318.112 milioni di euro. I trend di crescita appaiono piuttosto costanti nel tempo, con aumenti medi annui intorno al 5% (grafico 1) che, nel 2008, hanno portato il rapporto fra spese correnti e Pil al 40,4%, il valore più elevato dal dopoguerra; i consumi intermedi rappresentano, nello stesso anno, il 5,4% del Pil, mentre i redditi da lavoro dipendente si sono attestati al 10,9% (segnando però una riduzione relativa, visto che nel 2005 e nel 2006 rappresentavano l'11%)⁵.

¹ I dati sono tratti dal documento del Servizio del bilancio del Senato, *La spesa per consumi intermedi delle amministrazioni pubbliche*, Roma, n. 18, luglio 2009. Tuttavia, come si precisa nello stesso documento, «Le analisi proposte evidenziano l'esigenza di affiancare – ai fini di una più completa comprensione delle dinamiche aggregate – le informazioni basate su una classificazione funzionale a quelle per categoria economica; questo è stato possibile solo in modo parziale, perché ha richiesto di utilizzare in modo incrociato le informazioni provenienti da fonti diverse. Tali fonti, spesso, sono costruite con criteri diversi e non in tutti i casi è stato possibile evidenziare – in modo completo - gli elementi di raccordo tra le diverse banche dati».

² Il criterio della competenza giuridica si limita alla rilevazione del momento giuridico di formazione dell'impegno di spesa e di accertamento dell'entrata; se rileva soltanto la variazione monetaria legata al pagamento ed alla riscossione, si dice fondato sul principio di cassa.

³ In base al criterio della competenza economica, partecipano alla definizione del risultato economico d'esercizio tutti e solo i costi e i ricavi che esprimono i fattori produttivi impiegati per generare i proventi della gestione caratteristica di un dato periodo amministrativo (costi) e che configurano tali proventi (ricavi).

⁴ In particolare, tali differenze sono riconducibili a: 1) diversi criteri contabili utilizzati; 2) poste che figurano tra i consumi intermedi nel bilancio dello Stato e che vengono classificate come investimenti in contabilità nazionale (ad es. rientrano tra queste le spese per l'acquisto di *software*); 3) poste che risultano tra gli investimenti nel bilancio dello Stato e sono classificate come consumi intermedi in contabilità nazionale (come ad es. le spese militari); 4) poste che nel bilancio dello Stato sono classificate come trasferimenti e figurano come consumi intermedi nella contabilità nazionale (ad es. le spese di funzionamento degli organi dell'amministrazione statale come le agenzie fiscali, la Corte dei conti, gli organi costituzionali, ecc.). Sul punto, si veda Servizio del bilancio del Senato, *La spesa per consumi intermedi delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 6-7.

⁵ Banca d'Italia, *Relazione annuale 2008*, Roma, 2009, p. 151.

Si tenga conto che nel periodo analizzato l'inflazione spiega solo in parte l'aumento delle spese, visto che fra il 2000 ed il 2008 l'aumento complessivo dei prezzi al consumo è stato del 20,2%.

Dal punto di vista qualitativo, fra il 2000 ed il 2008 non si registrano grosse variazioni nella composizione della spesa: le voci principali sono costituite in entrambi i casi dalla spesa per la sanità e per l'istruzione passate, rispettivamente, dal 30,7% al 33,8% e dal 22,5% al 20% della spesa totale per consumi finali (grafici 2 e 3); le voci che contribuiscono in maniera minore alla spesa sono invece, sia nel 2000 che nel 2008, le spese per la protezione dell'ambiente e quelle per attività ricreative, culturali e di culto.

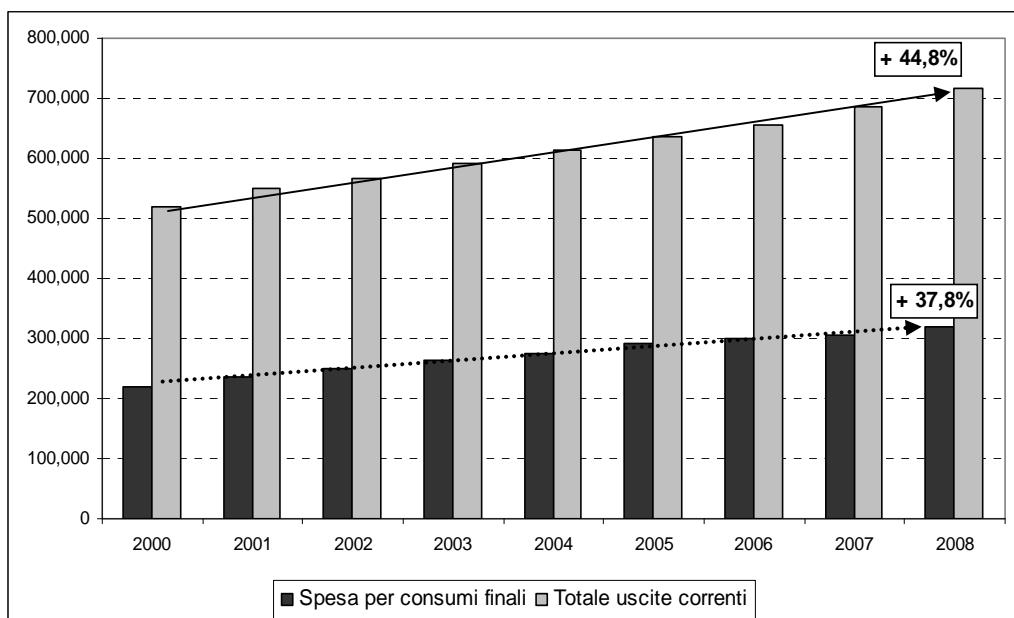


Fig. 1. Andamento delle uscite correnti e della spesa per consumi finali nel periodo 2000-2008

Se si prendono in esame gli aumenti percentuali, invece, si nota che nello stesso periodo gli incrementi maggiori hanno riguardato proprio le spese per la protezione dell'ambiente, aumentate del 96,2%, seguite dalle spese per la difesa (+69,1%) e da quelle per la sanità (+59,6%), a fronte di un aumento medio complessivo del 44,8%; i comparti più penalizzati sono invece quello dell'istruzione (+29%) e quello relativo all'ordine pubblico e alla sicurezza (+22,3%), i cui aumenti sono di fatto giustificati dall'inflazione. Per il dettaglio delle altre voci, si veda il grafico 4.

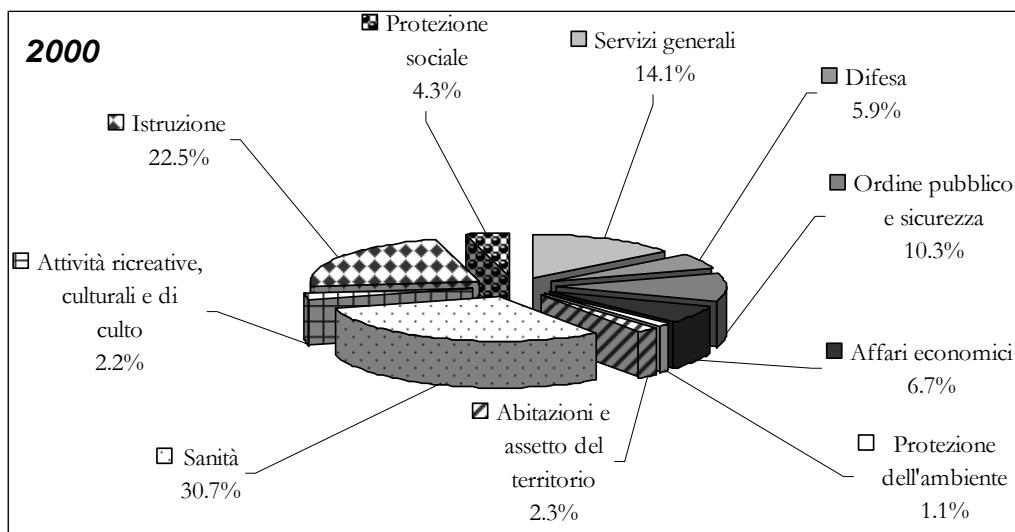


Fig. 2. Ripartizione percentuale della spesa per consumi finali (anno 2000)

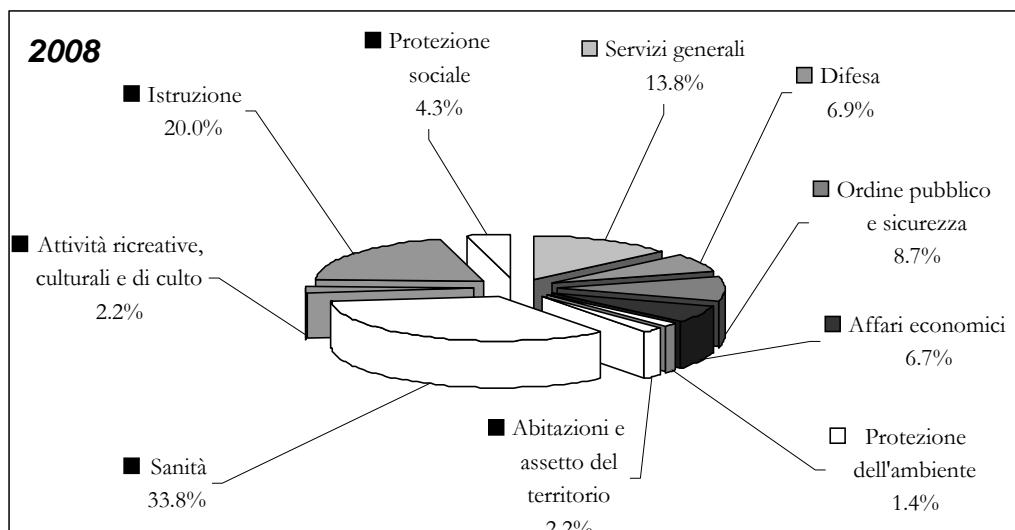


Fig. 3. Ripartizione percentuale della spesa per consumi finali (anno 2008)

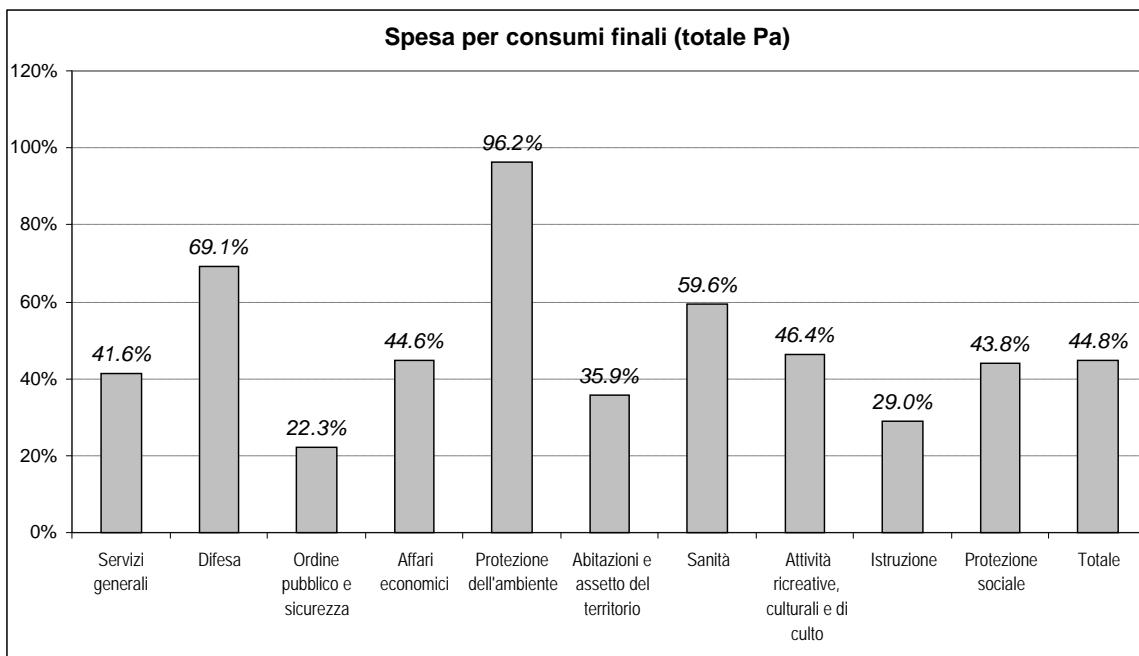


Fig. 4. Variazioni della spesa per consumi finali nel periodo 2000-2008

Per ciò che concerne il rapporto fra spese e prodotto interno lordo, la spesa per consumi finali è passata dal 18,4% del Pil del 2000 al 20,2% del 2008 (grafico 5), ma tale valore risulta quasi perfettamente allineato con la media dei Paesi dell'Unione europea a 16 (20,3%); un rapporto più basso è fatto registrare dalla Spagna e dalla Germania (rispettivamente al 19,1% e al 18,1% del Pil), mentre la Francia si attesta tradizionalmente su valori sensibilmente più elevati (23%).

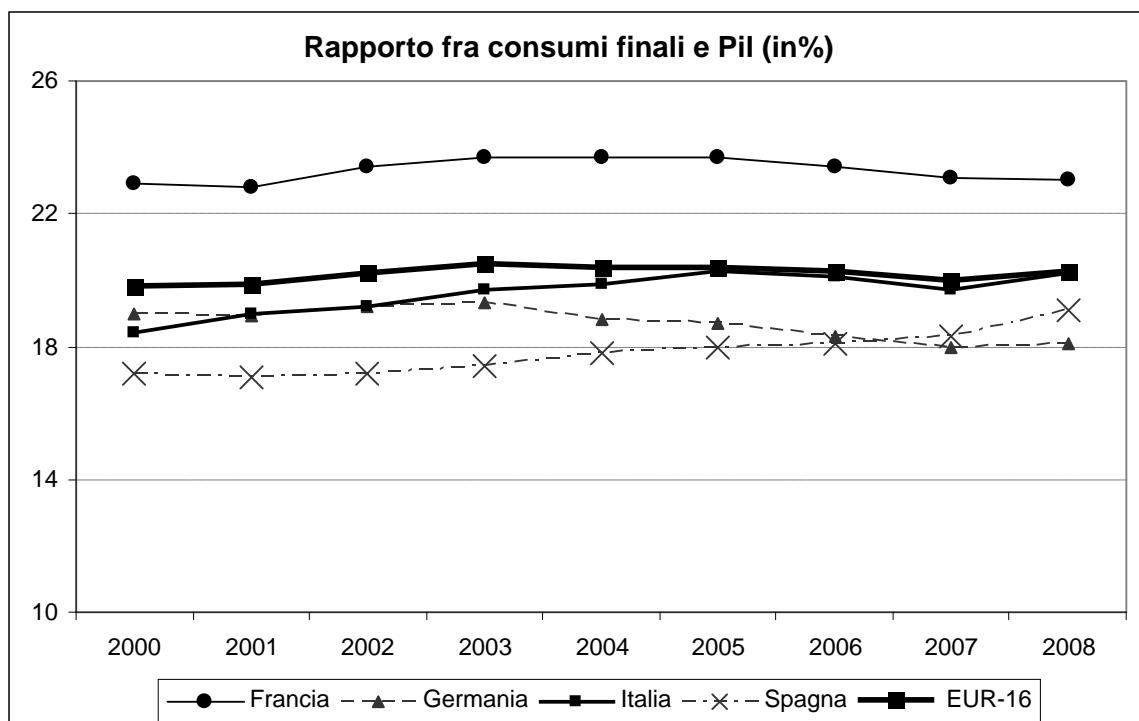


Fig. 5. Rapporto fra consumi finali e Pil nel periodo 2000-2008
Fonte: ISTAT, *Conti economici delle amministrazioni pubbliche*, 2009

4.1. Le spese per consumi finali: le voci di costo analizzate

Le spese per consumi finali possono a loro volta essere suddivise in alcune voci principali, quali i redditi da lavoro dipendente e le spese per consumi intermedi.

Seguendo la classificazione effettuata dall'Istat nella pubblicazione annuale dei conti delle amministrazioni pubbliche⁶, i consumi intermedi possono poi essere suddivisi tra «consumi intermedi in senso stretto» ed «acquisti da produttori *market*», in base al tipo di utilizzo che viene fatto del bene o servizio.

I consumi intermedi sono definiti dal Sistema europeo dei conti nazionali (Sec95)⁷ quali rappresentanti del valore dei beni e servizi consumati come *input* nel processo produttivo escluso il capitale fisso, il cui consumo è registrato come ammortamento. I beni e servizi in questione possono essere sia trasformati che esauriti nel processo produttivo: fra loro, rientrano ad esempio le spese di manutenzione ordinaria, i servizi di ricerca e sviluppo e di formazione del personale acquistati all'esterno o gli acquisti di farmaci. Infine, i consumi intermedi possono essere suddivisi in «acquisti da produttori *market*» e «consumi intermedi in senso stretto».

In particolare, gli acquisti da produttori *market* riguardano beni e servizi prodotti da produttori non facenti parte delle pubbliche amministrazioni e messi a disposizione direttamente ai beneficiari. Questi servizi non necessitano di ulteriori fasi produttive, ma sono resi disponibili per il consumatore finale, il settore delle famiglie, così come acquisiti. La spesa per tali beni e servizi riguarda principalmente le funzioni sanità (spese per l'assistenza farmaceutica e per le prestazioni sanitarie erogate in convenzione) e la protezione sociale. Rientrano, invece, tra i consumi intermedi in senso stretto tutti i beni e i servizi destinati a essere trasformati nel processo produttivo.

D'ora in poi con il termine consumi intermedi si intenderà indicare i consumi intermedi in senso stretto, salvo diversa indicazione⁸.

È utile precisare, infine, che i conti nazionali registrano la spesa per consumi intermedi nel momento in cui il bene o il servizio passa effettivamente nella disponibilità di chi lo acquista, per essere impiegato nel processo produttivo.

I redditi da lavoro dipendente, come definiti dall'Istat, indicano il costo sostenuto dai datori di lavoro per la remunerazione dell'attività prestata alle proprie dipendenze dai lavoratori. I redditi da lavoro dipendente risultano composti dalle retribuzioni lorde e dai contributi sociali effettivi e/o figurativi. Sempre in base alle definizioni dell'Istat, le retribuzioni lorde includono gli stipendi, i salari e le competenze accessorie corrisposti ai lavoratori dipendenti, al lordo delle trattenute erariali e previdenziali a loro carico.

Il grafico 6 mostra l'andamento di tali voci di spesa per la pubblica amministrazione nel suo complesso fra il 2000 ed il 2008: in particolare, le retribuzioni lorde sono passate da 87.202 a 121.857 milioni, con un aumento del 39,7%; le spese per l'acquisto di beni e servizi prodotti da produttori *market* sono passati da 27.541 a 43.028 milioni, facendo segnare un incremento del 56,2%; le spese dovute ai consumi intermedi, infine, sono passate da 59.853 a 85.414 milioni, con una crescita del 42,7%. In tutti e tre i casi la crescita è più accentuata nei primi anni del periodo preso in esame, vale a dire fra il 2000 ed il 2006, mentre si attenua negli ultimi due o tre anni.

4.2. I consumi intermedi

⁶ Si veda Istat, *Conti economici ed aggregati economici delle amministrazioni pubbliche. Anni 1980 – 2008*, Roma, 1° luglio 2009.

⁷ Regolamento (Ce) n. 2223/96 del Consiglio del 25 Giugno 1996.

⁸ Come nel caso del par. 5, in cui si tratteranno le convenzioni Consip.

In questo paragrafo focalizzeremo l'attenzione sulle tre principali voci che compongono la spesa per consumi finali, vale a dire l'acquisto di beni e servizi prodotti da produttori *market*, i consumi intermedi e i redditi da lavoro dipendente.

Se il dato quantitativo sulla spesa per consumi finali mostra una crescita piuttosto marcata, il dato qualitativo relativo alla sua composizione mostra come, nel periodo 2000 – 2008, non ci siano stati cambiamenti di rilievo.

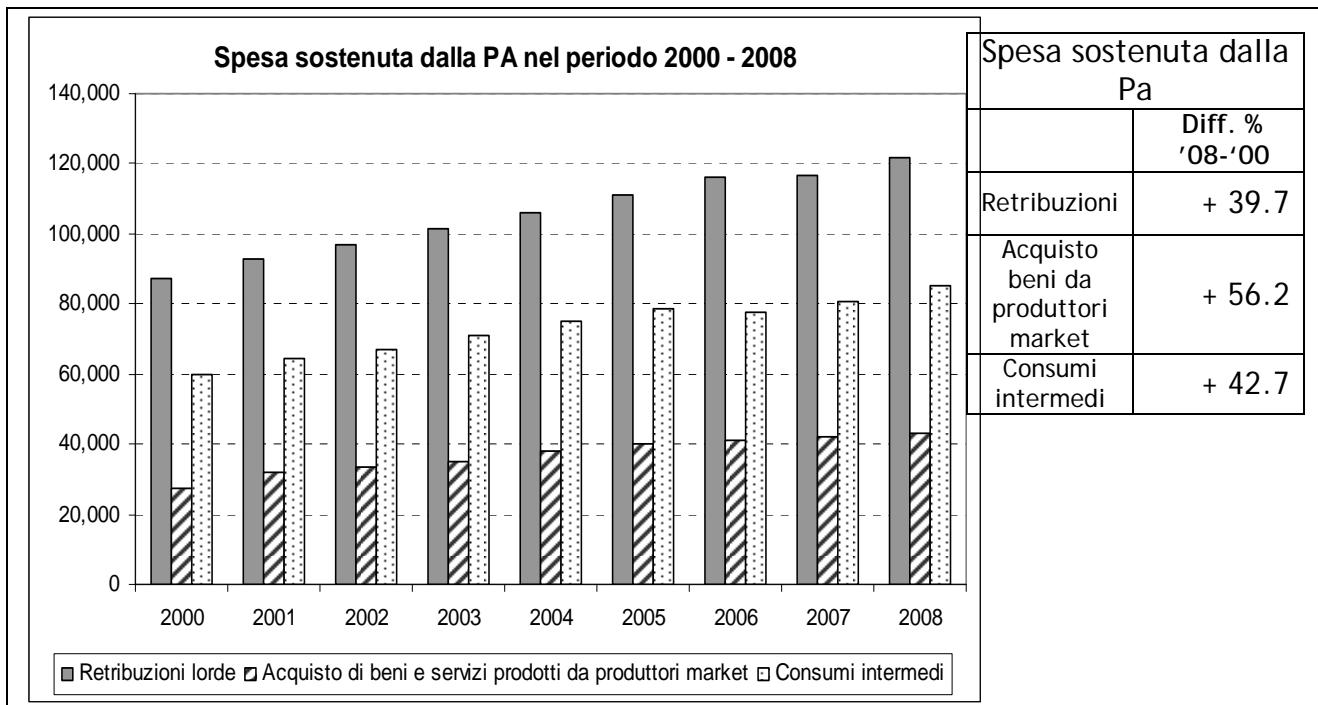


Fig. 6. Spesa per retribuzioni, consumi intermedi e acquisto di beni da produttori *market* sostenuta dalla Pa nel periodo 2000-2008

La tabella 1 illustra la composizione della spesa per consumi intermedi nel caso della pubblica amministrazione nel suo complesso e suddivisa per tipologie di soggetti (amministrazioni centrali, amministrazioni locali, enti di previdenza, Stato, regioni, province e comuni): le voci principali sono rappresentate da a) redditi da lavoro dipendente, b) acquisti di beni e servizi prodotti da produttori *market*, c) consumi intermedi e da d) altro, che rappresenta una voce residuale. All'interno della voce relativa ai redditi da lavoro dipendente è possibile a sua volta individuare la voce retribuzioni lorde.

La parte più consistente della spesa per consumi finali è da attribuire molto spesso ai redditi da lavoro dipendente: costituiscono eccezioni le amministrazioni centrali (in cui il peso dei redditi si attesta intorno al 30%), le province (al 31%, nel 2008) e i comuni (40,6% nel 2008, a fronte di consumi intermedi che costituiscono il 52,5%)⁹. In ogni caso, la composizione della spesa non subisce eccessivi cambiamenti nel corso dei 9 anni esaminati, se si fa eccezione per quella sostenuta dai comuni, in cui i redditi da lavoro dipendente passano dal 46,2% del 2000 al 40,6% del 2008, e i consumi intermedi, nello stesso periodo, passano dal 62,9% al 52,5%.

⁹ La tabella presenta alcuni valori negativi, dovuti al fatto che vengono registrati fra i costi per consumi intermedi anche quelli relativi a beni o servizi che vengono poi venduti sul mercato ad un prezzo superiore al loro costo di produzione. In tal caso, l'Istat registra il dato fra i costi ma con segno negativo.

Tab.1. *Composizione della spesa per consumi intermedi per la Pa nel suo complesso e suddivisa per tipologia di soggetto (anni 2000 e 2008)*

	Amministrazioni pubbliche		Amministrazioni centrali		Amministrazioni locali		Enti di previdenza	
VOCI ECONOMICHE	2000	2008	2000	2008	2000	2008	2000	2008
a) Redditi da lavoro dipendente	56.6%	53.8%	31.8%	29.5%	43.9%	40.2%	53.4%	57.8%
- <i>Retribuzioni lorde</i>	39.7%	38.3%	21.2%	20.0%			33.1%	30.5%
b) Acquisto di beni e servizi prodotti da produttori market	12.5%	13.5%	0.2%	0.2%	22.9%	23.0%	3.0%	4.1%
c) Consumi intermedi	27.2%	26.9%	8.3%	6.8%	33.5%	33.4%	42.9%	38.6%
d) Altro	3.7%	5.8%	59.7%	63.5%	-0.3%	3.5%	0.7%	-0.5%
Spesa per consumi finali (a+b+c+d)	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

	Stato		Regioni		Province		Comuni	
VOCI ECONOMICHE	2000	2008	2000	2008	2000	2008	2000	2008
a) Redditi da lavoro dipendente	77.5%	77.4%	44.9%	41.9%	33.7%	31.4%	46.2%	40.6%
- <i>Retribuzioni lorde</i>			33.2%	31.4%	26.8%	25.3%	34.9%	31.1%
b) Acquisto di beni e servizi prodotti da produttori market	0.4%	0.5%	4.4%	4.1%	0.0%	0.0%	4.5%	4.8%
c) Consumi intermedi	16.1%	15.5%	32.0%	32.3%	47.8%	51.6%	62.9%	52.5%
d) Altro	6.0%	6.5%	18.7%	21.7%	18.5%	17.0%	-13.5%	2.1%
Spesa per consumi finali (a+b+c+d)	100.0%							

La prima voce che viene presa in considerazione e che più rileva ai fini di questo contributo, è quella relativa alla spesa per consumi intermedi che, ricordiamo, rappresenta il valore dei beni e servizi consumati (cioè sia trasformati che esauriti) come *input* all'interno del processo produttivo, ad esclusione del capitale fisso (tabella 2).

Come detto fra il 2000 ed il 2008 il valore totale delle spese per consumi intermedi dell'intera Pa è cresciuto del 42,7%. La parte preponderante della spesa è sostenuta dalle amministrazioni locali, e ciò è avvenuto sia nel 2000 (66%) che nel 2008 (71,8%); le amministrazioni centrali sono passate dal 30,5% del 2000 al 25,5% del 2008; gli enti di previdenza, infine, hanno una quota residuale che, in termini relativi, tende a ridursi col tempo (era il 3,4% nel 2000, è il 2,7% nel 2008). All'interno delle amministrazioni locali, le spese maggiori sono imputabili ai comuni (dal 30,3% del 2000 al 25,8% nel 2008), il cui peso risulta superiore sia allo Stato che alle Regioni e alle altre amministrazioni periferiche.

Tab.2. *Spese per consumi intermedi: ripartizione amministrativa (anni 2000 e 2008)*

	2000	2008
Consumi intermedi totali (in milioni di euro)	59,853	85,414
Amministrazioni centrali	30.5%	25.5%
Amministrazioni locali	66.0%	71.8%
Enti di previdenza	3.4%	2.7%
Totale	100.0%	100.0%
Stato	23.6%	21.4%
Regioni	5.1%	5.4%
Province	3.3%	4.8%
Comuni	30.3%	25.8%
Altro	37.7%	42.6%
Totale	100.0%	100.0%

Passando ad analizzare i singoli soggetti e il loro trend di spesa, si può notare come lo Stato abbia speso 18.321 milioni di euro nel 2008, con un incremento del 29,5% rispetto al 2000 (grafico 7); la crescita di questa voce di spesa non è stata però continua e costante, ma ha conosciuto piuttosto un andamento altalenante. In particolare, nel periodo 2000 – 2004 si è avuto un incremento del 39%, che ha portato tale voce a raggiungere nel 2004 l'ammontare record di 19.659 milioni di euro, mentre nei successivi tre anni il trend si è invertito, mostrando una riduzione del 7,7%; infine, nell'ultimo anno l'andamento è tornato in crescita, con un +2,7% rispetto al 2007.

Per questo tipo di spese è disponibile, per gli anni più recenti, anche il dato relativo alla differenza fra gli stanziamenti iniziali e quelli definitivi. In particolare, gli stanziamenti iniziali indicano l'ammontare delle risorse assegnate alle amministrazioni centrali dello Stato all'inizio dell'anno attraverso il bilancio di previsione; successivamente, gli stanziamenti iniziali vengono aggiornati nel corso dell'esercizio fino alla definizione degli stanziamenti definitivi. Tali variazioni possono avere diverse cause: possono essere disposte con l'assestamento, con la rassegnazione delle entrate, con l'attuazione di nuove leggi o, infine, con la ripartizione dei fondi¹⁰.

¹⁰ «Alcune di queste variazioni (la riassegnazione delle entrate e la ripartizione dei fondi) dipendono dalle procedure contabili di gestione del bilancio, altre (l'assestamento e le nuove leggi) da scelte adottate successivamente alla definizione del bilancio di previsione; alcuni fattori, inoltre, modificano il livello complessivo della spesa (la riassegnazione delle entrate, le nuove leggi e l'assestamento qualora le maggiori spese fossero compensate con maggiori entrate), altri ne determinano solo una ricomposizione (la ripartizione dei fondi e le altre variazioni compensative)»: Ministero dell'economia e delle finanze, *Rapporto sulla spesa delle amministrazioni centrali dello Stato*, Roma, 2009, p. 25.

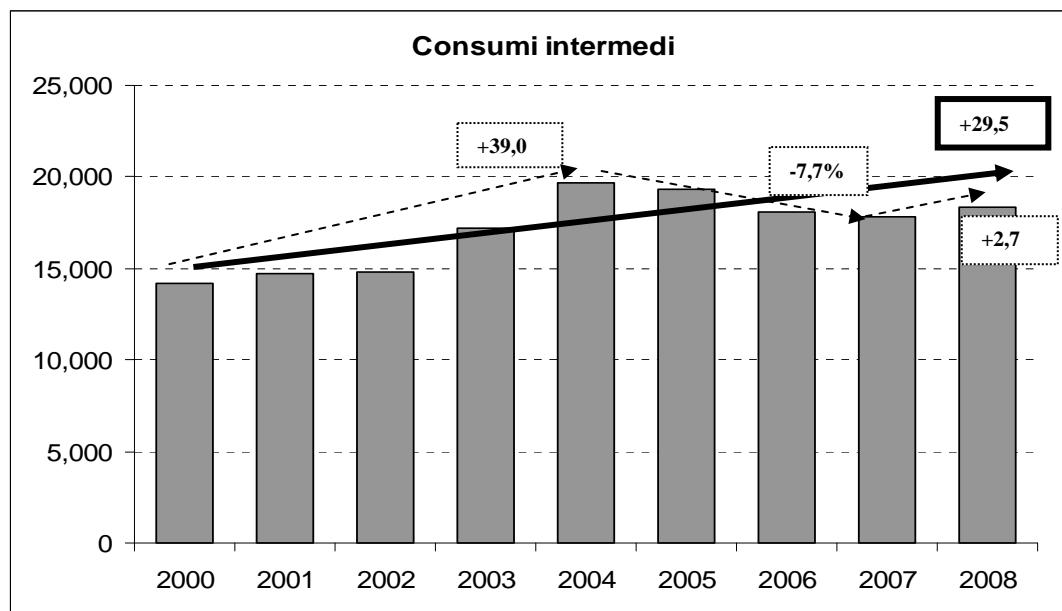


Fig. 7. Spesa per consumi intermedi sostenuta dallo Stato (periodo 2000-2008)

La tabella 3 mostra l'andamento dei consumi intermedi sostenuti dallo Stato nel periodo 2003 – 2008, con dati relativi sia agli stanziamenti iniziali che a quelli definitivi; per gli anni più recenti sono disponibili anche alcune voci (assestamento e atti amministrativi) che spiegano il motivo degli scostamenti fra valore iniziale e finale.

Nel periodo preso in esame, gli stanziamenti definitivi sono risultati sistematicamente superiori rispetto a quelli iscritti nel bilancio di previsione all'inizio dell'esercizio finanziario. Gli aumenti registrati sono in media del 23% all'anno, anche se il dato annuale varia dal +11,5%, fatto registrare nel 2004, al +33,5% del 2003.

Tab. 3. *Consumi intermedi dello Stato e scostamenti fra stanziamenti iniziali e stanziamenti definitivi*

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Stanziamenti iniziali	10.604,3	12.618,4	11.362,3	9.645,2	9.903,9	10.018,9
Assestamento	-	-	-	710,3	545,3	388,4
Atti amministrativi	-	-	-	2.237,0	1.551,3	2.098,2
Stanziamenti definitivi	14.156,3	14.069,1	13.202,6	12.592,5	12.000,4	12.505,4
Scostamento iniziali - definitivi	33,5%	11,5%	16,2%	30,6%	21,1%	24,8%

Fonte: Mef, Rapporto sulla spesa di bilancio delle amministrazioni centrali dello Stato

Come si può vedere dalla tabella, la parte più rilevante dello scostamento è imputabile agli atti amministrativi che riflettono, almeno in parte, la ripartizione dei fondi disposta nel corso dell'esercizio. In sede di previsione, infatti, una serie di fondi, come ad esempio il fondo per le spese impreviste e quello per le spese obbligatorie, vengono imputati alla categoria economica «altre spese correnti», ma, in seguito alla ripartizione che avviene nel corso della gestione ordinaria, si possono avere attribuzioni che vanno ad incrementare altre categorie economiche, tra cui i «consumi intermedi»¹¹. A questa categoria appartengono anche le modifiche determinate da atti

¹¹ Sul punto, si veda Servizio del bilancio del Senato, «La spesa per consumi intermedi delle amministrazioni pubbliche», Elementi di documentazione, p. 9, n. 18, luglio 2009.

amministrativi adottati in applicazione di norme entrate in vigore in anni precedenti che recano effetti sulla spesa dell'anno considerato¹².

Se si confrontano i dati relativi alle altre amministrazioni (grafico 8), si scopre che nello stesso periodo 2000 – 2008 l'aumento più consistente di tale voce ha riguardato le province, che hanno fatto segnare un + 106,9% mentre (raggiungendo i 4.054 milioni di euro nel 2008), al contrario, le regioni sono quelle che hanno contenuto di più l'incremento, attestato ad un 21,6% (con una spesa che ha raggiunto, nel 2008, il valore assoluto di 4.593 milioni di euro); i comuni, cui è attribuita la maggior parte del valore assoluto di tale voce di spesa, pari a 22.043 milioni di euro nel 2008, hanno invece visto crescere i consumi intermedi del 49,7%.

L'andamento delle spese relative alle province dipende in larga misura dal trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato (con il d. lgs 112/98 e gli altri decreti delegati) e dalle regioni (con le leggi regionali di attuazione della l. 59/97 e dei suoi decreti delegati), avvenuto all'inizio del periodo preso in esame. Le funzioni passate sotto l'amministrazione delle province hanno riguardato, fra le altre, la pianificazione territoriale, l'ambiente e la difesa del suolo e delle risorse idriche, alcune competenze in materia di protezione civile, la viabilità, i trasporti e i servizi sociali. A fronte di tali trasferimenti, i costi per consumi intermedi sono aumentati, come detto, del 106,9%, ma oltre i due terzi di questo incremento, ossia il 70%, è concentrato nel lasso di tempo che va dal 2000 al 2004, periodo in cui numerose voci di spesa corrente hanno conosciuto notevoli aumenti proprio a causa del trasferimento di funzioni: è il caso delle spese per trasporti (+154,2%), per lo sviluppo economico (+147,4%), per la gestione del territorio e la viabilità (+42,2%), per il turismo (+38,6%) e per la tutela dell'ambiente (+32,3%)¹³.

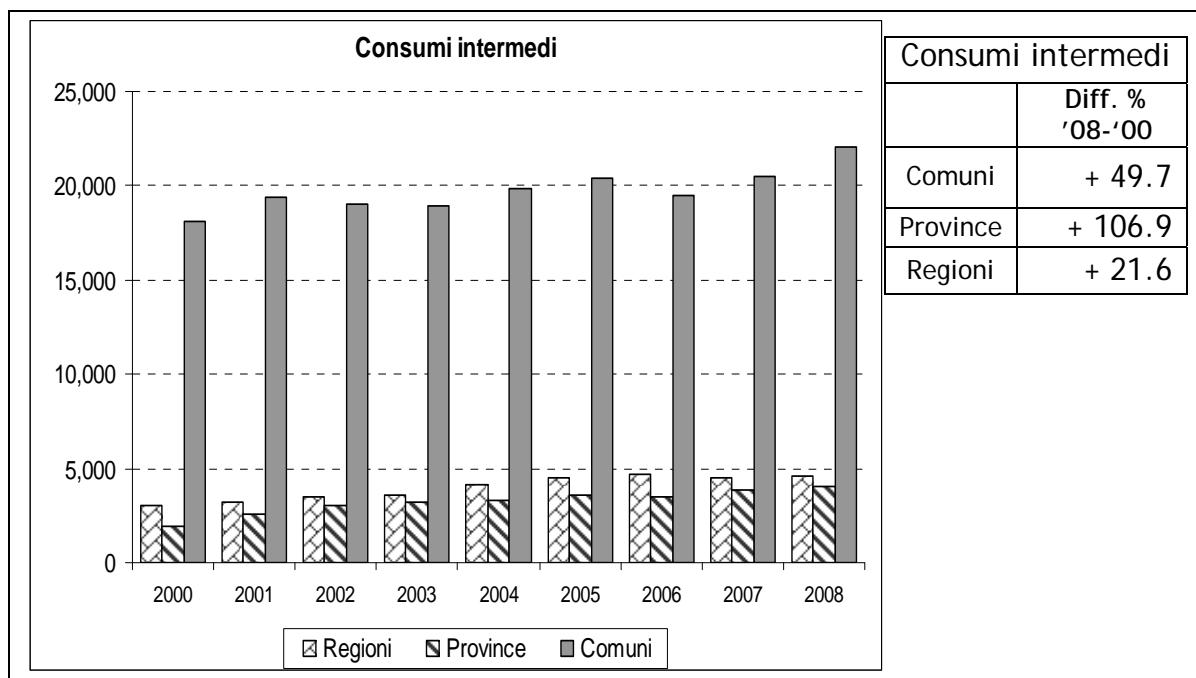


Fig. 8. Consumi intermedi sostenuti dagli enti territoriali

Se la crescita fatta segnare dalle province è stata continua, quella dei comuni e quella delle regioni è stata altalenante; in particolare, le regioni hanno toccato il loro picco di spesa nel 2006, con 4.689 milioni di euro, mentre fra il 2006 ed il 2008 hanno visto una riduzione del 2%.

¹² Tali variazioni sono in realtà disposte solo a seguito dell'avvenuto accertamento della disponibilità di risorse da iscrivere in bilancio.

¹³ Dati tratti da Unione province d'Italia, *Breve presentazione dell'evoluzione istituzionale e finanziaria delle province italiane*, p. 15, disponibile sul sito www.upinet.it.

4.3. L'acquisto di beni da produttori market

La spesa relativa all'acquisto di beni da produttori *market*, come detto, rappresenta la spesa relativa all'assistenza farmaceutica e alle prestazioni sanitarie erogate in convenzione, nonché per la spesa per la protezione sociale. La prima tipologia di spesa rappresenta la componente di gran lunga più rilevante.

Com'è facile immaginare, tale particolare voce di spesa viene sostenuta principalmente dagli enti sanitari locali, quali Asl, aziende ospedaliere e policlinici universitari (tabella 4), cui è imputabile oltre il 92% dell'ammontare totale; in seconda battuta troviamo i comuni, cui è attribuito poco meno del 5% delle spese totali, che sostengono prevalentemente spese relative a servizi di protezione sociale (quali asili nido, servizi per l'infanzia e per i minori e realizzazione e mantenimenti di strutture di ricovero per anziani).

Fra il 2000 ed il 2008, la crescita complessiva della spesa per medicinali e servizi di protezione sociale è stata del 56,1%, con una crescita media annua di circa il 7%, in linea con la crescita media annua fatta registrare nel decennio 1995 – 2005¹⁴.

Analizzando, poi, le singole tipologie di soggetti, si può apprezzare come la crescita sia stata più marcata per lo Stato (+76,9%), le cui spese sono passate da 350 a 619 milioni, e meno accentuata per le regioni (+38,6%), passate da 422 a 485 milioni di euro, mentre gli enti sanitari locali hanno fatto registrare un aumento del 56% (da 25,3 a 39,5 miliardi euro); i comuni, infine, hanno conosciuto un aumento del 54,5%, con la spesa che è passata da 1.294 a 1.999 milioni di euro.

Tab. 4. Spese per acquisto da produttori market nel periodo 2000-2008 (milioni di euro)

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Differenze 2000 - 2008
<i>Stato</i>	350	418	468	547	518	522	572	572	619	+76.9%
<i>Altre amm. centrali</i>	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-
<i>Regioni</i>	422	464	500	567	601	544	537	573	585	+38.6%
<i>Province</i>	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-
<i>Comuni</i>	1.294	1.391	1.526	1.556	1.612	1.666	1.733	1.878	1.999	+54.5%
<i>Enti sanitari locali</i>	25.331	29.233	31.042	31.921	34.974	37.258	38.188	38.691	39.506	+56.0%
<i>Altre amm. locali</i>	0	0	0	16	17	18	66	70	70	-
Totale	27.397	31.506	33.536	34.607	37.722	40.008	41.096	41.784	42.779	+56.1%
<i>- di cui: spese per prestazioni sanitarie erogate in convenzione</i>	<i>26.334</i>	<i>30.036</i>	<i>31.263</i>	<i>32.230</i>	<i>35.289</i>	<i>37.567</i>	<i>38.529</i>	<i>38.992</i>	<i>39.850</i>	<i>+51.3%</i>
<i>- di cui: spese per protezione sociale</i>	<i>1.063</i>	<i>1.470</i>	<i>2.273</i>	<i>2.377</i>	<i>2.433</i>	<i>2.441</i>	<i>2.567</i>	<i>2.792</i>	<i>2.929</i>	<i>+175,5%</i>

Fonte: Elaborazioni su dati ISTAT pubblicati in Conti ed aggregati economici delle Amministrazioni pubbliche

L'incremento che ha riguardato gli enti sanitari locali, però, non è stato uniforme: infatti, mentre fra il 2000 ed il 2006 l'aumento è stato del 50,8%, fra il 2006 ed il 2008 la spesa è

¹⁴ Per un'analisi dei trend di crescita della spesa per acquisti di beni e servizi si rimanda a G. Oliva, *Esternalizzazioni e andamenti (storici e prospettici) della spesa delle pubbliche amministrazioni per acquisti di beni e servizi*, in *Primo Rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli Editore, 2007, pp. 65-116.

incrementata, complessivamente, del 3,5%, facendo segnare un deciso rallentamento nel trend di crescita (grafico 10).

Anche nel caso dello Stato il trend non è stato costante e, com'è possibile vedere dal grafico 11, l'aumento più repentino si è avuto fra il 2000 ed il 2003, con un incremento del 56,3%; negli anni successivi, invece, l'aumento è stato sensibilmente più ridotto, attestandosi al 19,5%.

Per quanto riguarda gli altri enti locali, se per i comuni l'aumento è stato costante nel corso degli anni, nel caso delle regioni la spesa ha toccato il proprio picco nel 2004, anno in cui si sono raggiunti i 601 milioni di spesa.

Le province, invece, non sostengono questo genere di spesa.

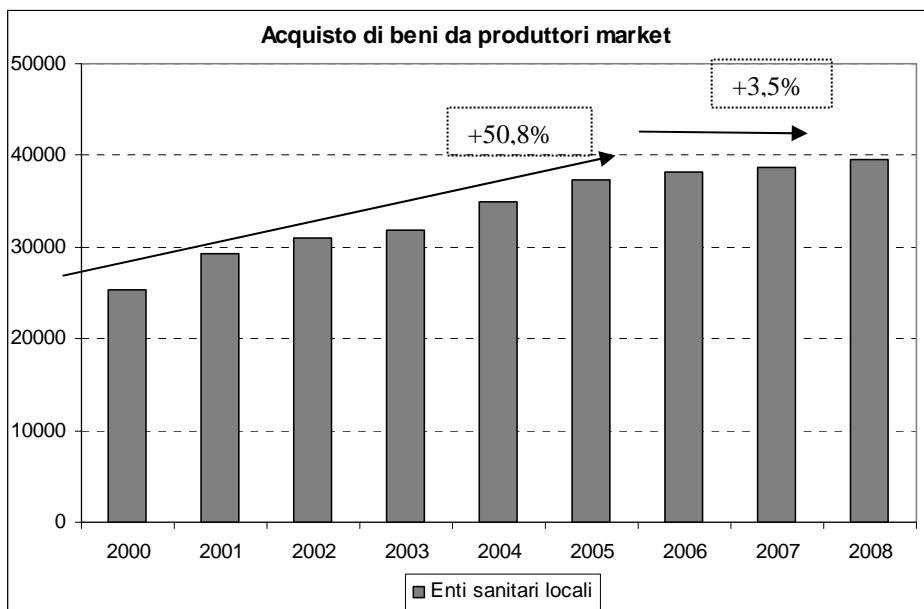


Fig. 10. Acquisto di beni da produttori market da parte degli enti sanitari locali (2000-2008)

Tutti i grafici mostrano, quindi, che il trend crescente di medio e lungo periodo può essere «spacchettato» in sottoperiodi di due o tre anni che risentono fortemente degli interventi normativi che di volta in volta hanno riguardato il settore sanitario. In particolare, il 2000 ed il 2001 risentono ancora dei provvedimenti che a partire dal 1998 hanno ampliato le prestazioni garantite dal Servizio sanitario nazionale e ridotto la partecipazione dei cittadini alla spesa farmaceutica; il periodo successivo, fra il 2002 ed il 2003, è invece caratterizzato da una sostanziale stabilità della spesa, ottenuta, da un lato, attraverso norme volte al contenimento del prezzo dei farmaci (come ad esempio il decreto sul prezzo dei farmaci dell'aprile del 2002, la riclassificazione di alcune tipologie di farmaco e la loro distribuzione) e, dall'altro, per mezzo dell'introduzione di ticket regionali da parte di alcune regioni; il nuovo rallentamento del 2007 e del 2008 è invece imputabile ad un ulteriore contenimento della spesa farmaceutica convenzionata¹⁵.

¹⁵ M.R. Marino, S. Somigliano e P. Rizza, *I conti pubblici nel decennio 1998 - 2007: fattori temporanei, tendenze di medio periodo, misure discrezionali*, in «Economia Pubblica», n. 1-2, 2008, p. 163.

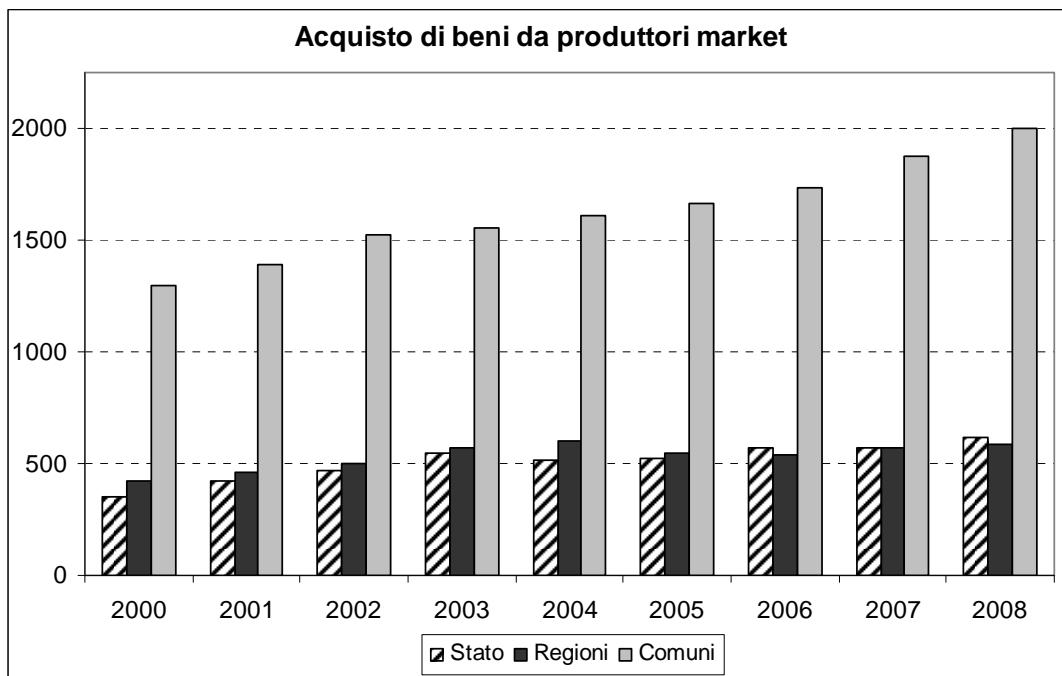


Fig. 11. Acquisto di beni da produttori *market* da parte degli enti territoriali, in milioni di euro (2000-2008)

In generale, dall'osservazione di questi dati è possibile affermare dunque che il modello di sanità pubblica organizzato su base regionale, che si è tentato di introdurre a partire dagli anni novanta e fino ai primi anni duemila, finalizzato al contenimento della spesa sanitaria attraverso una maggiore responsabilizzazione delle Regioni, non ha dato i frutti sperati. Senza entrare nel dettaglio di tali voci di spesa, che esula dalle finalità di questo capitolo, ci si limiterà a sottolineare che, come si è visto, il rallentamento della spesa sanitaria in alcuni anni è stato possibile solo grazie a specifici provvedimenti normativi che hanno riguardato la spesa farmaceutica, e non grazie al raggiungimento degli obiettivi – regolarmente disattesi – che, a partire dal 2001, sono stati fissati in sede di Conferenza Stato-Regioni¹⁶.

In particolare, per ciò che riguarda ad esempio il ruolo delle regioni, se da un lato negli ultimi anni si sono iniziati ad apprezzare i primi effetti dei piani di rientro imposti a quelle che presentavano un elevato disavanzo sanitario¹⁷, dall'altro le stesse regioni potrebbero essere chiamate a giocare un ruolo chiave nella discussione ed approvazione di programmi di *policy* dei sottolivelli di governo, allo scopo di renderli in linea con i vincoli macrofinanziari definiti dallo Stato¹⁸.

4.4. I costi relativi alla retribuzioni

Si analizza, infine, l'ultima voce rilevante appartenente alle spese correnti, quella relativa ai redditi da lavoro e alle retribuzioni lorde. Per ciò che riguarda i dipendenti dello Stato, il grafico 12 mostra come fra il 2000 ed il 2008 siano aumentate sia i redditi da lavoro dipendente, sia le retribuzioni lorde: i primi sono passati dai 68.014 milioni del 2000 ai 91.230 milioni del 2008, facendo segnare un incremento del 34,1%; le retribuzioni lorde, che dei redditi costituiscono un

¹⁶ *Ibidem*, p. 164.

¹⁷ Banca d'Italia, *Relazione annuale sul 2008*, Roma, 2009 p. 154.

¹⁸ Le regioni potrebbero infatti coordinare gli enti locali sottesi allo scopo di realizzare un bilancio e un Dpef consolidati a livello regionale che svolgano il ruolo di documenti formali in cui la regione si assume delle responsabilità, e non meri aggregati statistici costruiti *ex-post*. Cfr. F. Pammolli, C. Salerno, *La sanità in Italia*, in «Rapporto», Cerm, 2008, n. 1.

sottogruppo, quello relativo agli stipendi, sono passati invece dai 45.134 milioni del 2000 ai 61.615 milioni del 2008, aumentando del 36,5%.

Per ciò che riguarda le altre amministrazioni (grafico 13), i redditi da lavoro dipendente sono aumentati in tutti gli enti pubblici territoriali, ma gli aumenti più marcati sono stati fatti registrare nella province, con un +78,1% (facendo lievitare il monte spese da 1.387 a 2.470 milioni di euro); i comuni sono stati invece quelli in cui l'aumento si è mantenuto più contenuto, fermandosi al 28,1% (da 13.307 a 17.043 milioni); le regioni, infine, hanno visto un aumento dei redditi dei loro dipendenti del 38,3% (da 4.315 a 5.968 milioni).

Anche le retribuzioni lorde hanno subito, nel periodo preso in considerazione, degli aumenti che variano in base agli enti che si prendono a riferimento, con andamenti non dissimili rispetto alla voce precedente: anche in questo caso, gli aumenti più marcati sono stati fatti registrare dalle province, con un +80,3%; nei comuni, invece, gli aumenti sono stati più contenuti, con un incremento del 29,9% (e con una riduzione della spesa fra il 2006 ed il 2007, anno in cui si è tornati ai livelli addirittura inferiori al 2004); infine, le regioni hanno visto lievitare le retribuzioni dei propri dipendenti del 40% (grafico 14).

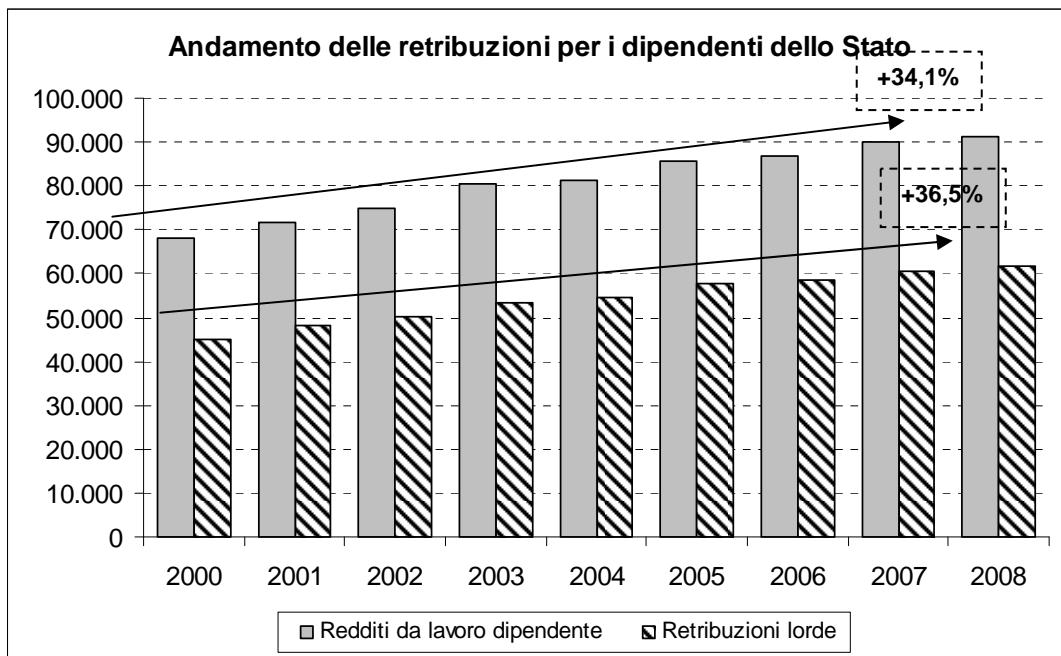


Fig. 12. Andamento dei redditi da lavoro dipendente e delle retribuzioni lorde per i dipendenti dello Stato, in milioni di euro (2000-2008)

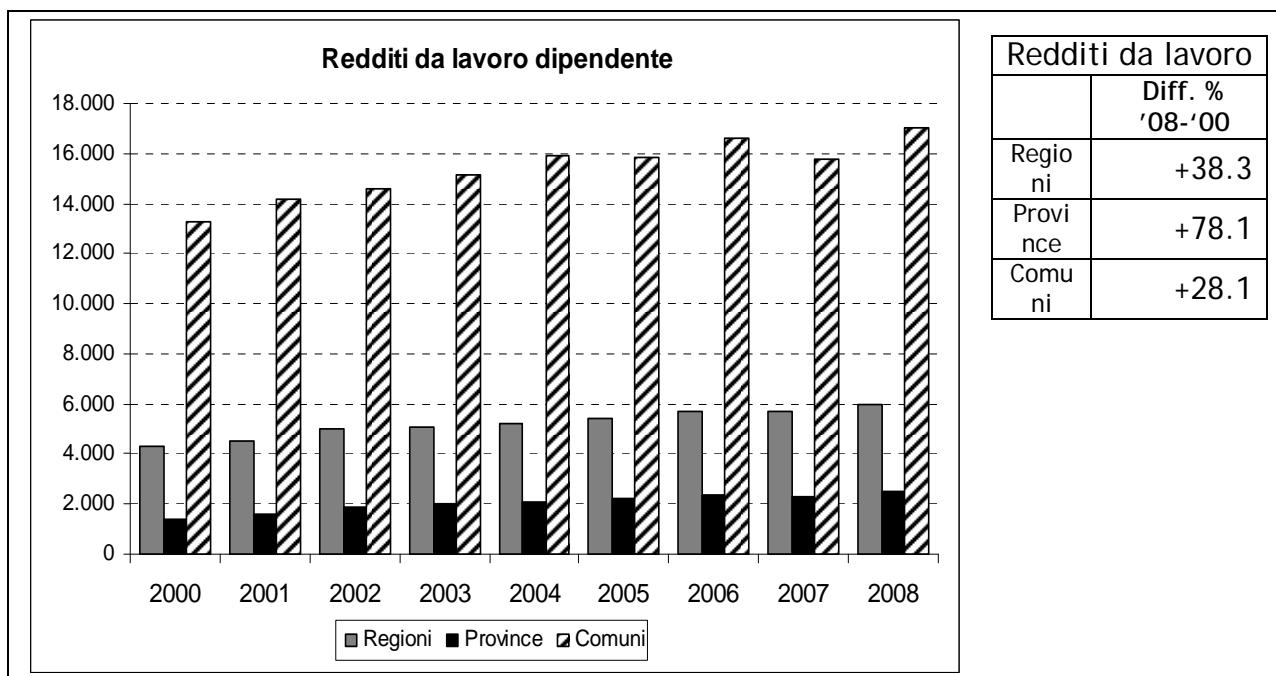


Fig. 13. Andamento dei redditi da lavoro dipendente per gli enti territoriali, in milioni di euro (2000-2008)

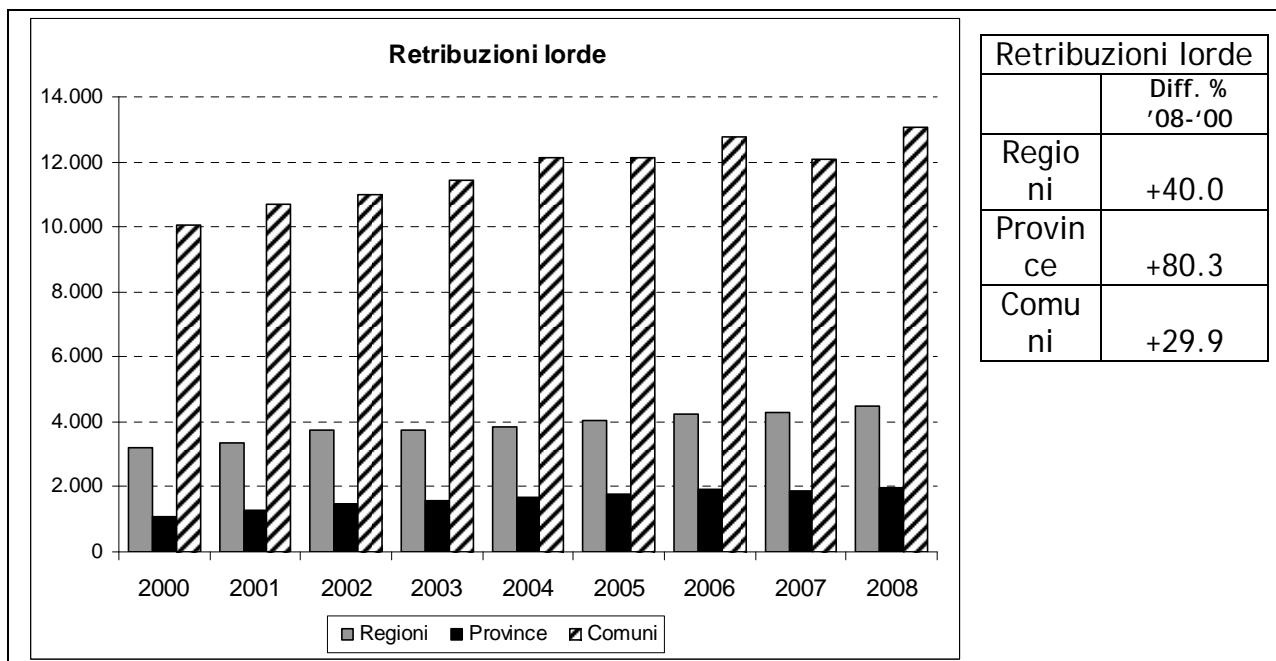


Fig. 14. Andamento delle retribuzioni lorde per gli enti territoriali, in milioni di euro (2000-2008)

L’andamento relativo ai costi sostenuti dalle province risulta quindi il più accentuato ma, anche in questo caso, come già sottolineato per quanto riguarda l’andamento dei costi per consumi intermedi, larga parte di questo incremento è spiegato dal trasferimento di funzioni in precedenza attribuite allo Stato e alle regioni e dal conseguente aumento delle forze lavoro. Il numero dei

dipendenti in forza alle province è infatti passato da 51.152 unità nel 2000 alle 61.693 del 2002, stabilizzandosi poi su questi livelli negli anni successivi; inoltre, nello stesso periodo aumenta anche il numero dei dipendenti laureati e in categoria D¹⁹. A conferma di ciò, anche l'aumento di oltre l'80% delle retribuzioni lorde è spiegato in gran parte dall'aumento avvenuto fra il 2000 ed il 2004, che ne giustifica da solo circa due terzi (in particolare, l'aumento è stato del 51%).

Da rilevare come il trend di crescita delle retribuzioni non sia lineare, ma presenti piuttosto degli aumenti più accentuati con cadenza biennale: sull'andamento delle spese annue per il personale incidono infatti, in modo considerevole, gli oneri per competenze arretrate relative ad anni precedenti a quello di pagamento e dovute in massima parte ai rinnovi contrattuali di tardiva sottoscrizione²⁰.

La spesa relativa alle retribuzioni, pur con delle differenze messe in rilievo dai grafici precedenti, è dunque aumentata a tutti i livelli della pubblica amministrazione. La tabella 6 mostra che tale aumento è dovuto all'aumento della retribuzione media per dipendente, e non all'incremento dei dipendenti stessi.

Se si prende a riferimento il totale dei dipendenti pubblici (tabella 5) si nota come in tutta la pubblica amministrazione il loro numero, nel periodo oggetto di studio, sia aumentato del 2,5%, in virtù dell'aumento fatto registrare dalle amministrazioni centrali (+2,6%) e da quelle locali (+2,4%), mentre gli enti di previdenza, che contribuiscono solo per l'1,5% del totale degli addetti, hanno visto una riduzione del 2,7% del proprio personale. Inoltre, vale la pena notare che in base ai dati pubblicati dall'Istat, il numero dei dipendenti nella pubblica amministrazione ha raggiunto il picco massimo nel 2006, quando ha toccato i 3,635 milioni, mentre negli ultimi due anni il numero è andato progressivamente riducendosi, fino ai 3,611 milioni del 2008.

Se si prendono in considerazione i soli dipendenti a tempo indeterminato²¹ è possibile notare come il loro numero sia rimasto sostanzialmente stabile fra il 2001 ed il 2008 (manca il dato relativo al 2000), passando da 3,382 a 3,375 milioni, con una flessione di appena lo 0,2%. Anche in questo caso il picco lo ha fatto segnare il 2006, con 3,392 milioni di dipendenti.

Per ciò che riguarda, invece, le retribuzioni pro-capite, la stessa tabella mostra come l'incremento medio per i dipendenti di tutta la Pa nel loro complesso sia stato del 36,4%, grazie al quale si è passati dai 24.741 del 2000 ai 33.746 euro del 2008; anche in questo caso, è possibile individuare delle differenze fra amministrazioni centrali (+33,1%), locali (+40,2%) ed enti di previdenza (+41%). Tali incrementi spiegano quasi per intero l'aumento della spesa per le retribuzioni sostenuta dalle varie amministrazioni, attestatasi al 36,6% per le amministrazioni centrali, al 43,6% per quelle locali e al 37,3% per gli enti di previdenza (tabella 6).

Trova inoltre conferma il fatto che la contrattazione a due livelli conduce la dinamica retributiva del pubblico impiego ad una divaricazione fra livello centrale e livello locale, a vantaggio di quest'ultimo²².

¹⁹ Unione province d'Italia, *Breve presentazione dell'evoluzione istituzionale e finanziaria delle province italiane*, cit., p. 22.

²⁰ Ragioneria generale dello Stato, *Conto annuale 2006 – 2007 – 2008*, Roma, 2009, disponibile sul sito <http://www.contoannuale.tesoro.it/sicoSito/index.jsp>

²¹ Ragioneria generale dello Stato, *Conto annuale 2006 – 2007 – 2008*, cit.

²² Infatti, «ad una dinamica relativamente contenuta delle retribuzioni fisse, da contratto nazionale, si è contrapposta una crescita sostenuta delle competenze accessorie e le progressioni di carriera, da contratto integrativo. Mentre i rinnovi contrattuali dello Stato sono fissati in Legge finanziaria, la crescita delle retribuzioni del personale delle amministrazioni locali è posta a carico dei bilanci delle stesse amministrazioni. Se, da un lato, questo procedimento è conforme all'idea di federalismo, cioè di un'effettiva autonomia gestionale a livello locale, dall'altro non ha impedito che questo comportasse una dinamica retributiva più accentuata a livello locale rispetto al livello centrale». A. Petretto, *La riforma della Pubblica amministrazione in Italia secondo un approccio Industrial Organization*, in «Mercato Concorrenza Regole», 2008, n.1, p. 95.

Tab. 5. *Unità di lavoro e retribuzione media pro-capite nel periodo 2000 – 2008*

	Unità di lavoro (migliaia di unità)									
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Diff '00 / '08
Amministrazioni centrali	1.975	2.019	2.035	2.048	2.039	2.051	2.049	2.034	2.026	2.6%
Amministrazioni locali	1.492	1.492	1.502	1.511	1.517	1.522	1.529	1.528	1.529	2.4%
Enti di previdenza	56,5	57,7	57,2	59,0	58,4	57,7	56,9	55,6	55,0	-2.7%
Tot. Amm. pubbl. (totale)	3.524	3.569	3.594	3.618	3.614	3.631	3.635	3.618	3.611	2.5%
Tot. Amm. pubbl. (tempo ind.)	-	3.382	3.389	3.359	3.359	3.369	3.392	3.366	3.375	-0,2%
Retribuzioni lorde pro-capite (in euro)										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Diff '00 / '08
Amministrazioni centrali	23.572	24.531	25.486	26.941	27.632	29.022	29.596	30.809	31.378	33.1%
Amministrazioni locali	26.155	27.898	28.832	29.388	31.485	32.555	34.887	33.797	36.666	40.2%
Enti di previdenza	28.248	30.295	32.465	34.678	33.955	35.217	39.754	40.198	39.836	41.0%
Tot. Amm. pubbliche	24.741	26.032	26.996	28.089	29.351	30.601	31.981	32.215	33.746	36.4%

Tab. 6. *Spesa per le retribuzioni lorde dei dipendenti pubblici (milioni di euro)*

Retribuzioni lorde	2000	2008	Diff. '00 – '08
Amministrazioni centrali	46.565	63.596	+36.6%
Amministrazioni locali	39.041	56.070	+43.6%
Enti di previdenza	1.596	2.191	+37.3%
Tot. Amministrazioni pubbliche	87.202	121.857	+39.7%

I dati relativi ai dipendenti della pubblica amministrazione, e in particolare quelli a tempo indeterminato, sembrano quindi smentire la messa in atto di un processo di snellimento degli apparati amministrativi, anche se fra il 2006 ed il 2008 sembra registrarsi una lieve inversione di tendenza che ha portato ad una riduzione complessiva del personale di circa 24.000 unità; tale riduzione è peraltro imputabile quasi totalmente alle amministrazioni centrali e in piccola parte agli enti di previdenza, mentre le amministrazioni locali, nello stesso periodo, vedono il numero dei loro dipendenti mantenersi stabile a circa 1.529.000. Inoltre, poiché nello stesso periodo i dipendenti a tempo indeterminato si sono ridotti di circa 17.000 unità, è possibile stimare che la riduzione di altri 7.000 dipendenti pubblici abbia riguardato lavoratori a tempo determinato o interinali, e sia da collocare almeno in parte all'interno del processo di stabilizzazione del personale precario in atto in questi ultimi anni²³.

L'effetto combinato della riduzione dei dipendenti nelle amministrazioni centrali e dell'aumento di quelli nelle amministrazioni locali sembrerebbe quindi in linea con quanto visto per le sole province, confermando che a partire dal 2004/2005 si sono finalmente cominciati a vedere gli effetti del processo di decentramento amministrativo innescato dalla legislazione Bassanini (l. 59/97) che, sulla base delle stime dell'ISAE, avrebbe dovuto vedere assegnate agli enti territoriali oltre 20.000 dipendenti pubblici²⁴.

Peraltro, nemmeno la crescente informatizzazione della Pa sembra essere una leva sufficiente a ridurre le esigenze di personale. In base ai dati pubblicati dal Centro nazionale per l'informatica

²³ Ragioneria generale dello Stato, *Conto annuale 2006 – 2007 – 2008*, cit.

²⁴ Fino al 2005, in base ai dati pubblicati dall'Istat, il decentramento amministrativo non sembrava infatti aver prodotto gli effetti sperati sulla ripartizione del personale all'interno della Pa. Si veda sul punto A. Petretto, *La riforma della Pubblica amministrazione in Italia secondo un approccio Industrial Organization*, cit., p. 93.

nella pubblica amministrazione, infatti, aumenta progressivamente il numero di pc installati presso le amministrazioni centrali e presso gli enti pubblici, cresciuti, rispettivamente, del 53,6% e dell'11,1% fra il 2000 ed il 2008²⁵ e giunti ormai oltre la soglia del mezzo milione; cresce anche il livello di copertura complessivo (ossia, il rapporto tra personal computer desktop e dipendenti informatizzabili), che nel 2008 ha raggiunto complessivamente il 95%, grazie al 93% delle amministrazioni centrali e al 110% degli enti pubblici (tabella 7). Ciò significa che ormai quasi tutti i dipendenti potenzialmente informatizzabili hanno a loro disposizione un pc sul posto di lavoro, anche se a livello di amministrazioni locali si registrano ancora marcate differenze fra un'area e l'altra del Paese²⁶.

I dati sugli impegni di spesa per beni e servizi informatici sembrano confermare che il processo di informatizzazione della Pa si trova in una fase avanzata: gli impegni di spesa per l'acquisto di beni e servizi informatici fra il 2000 ed il 2008 si sono ridotti del 12,2%, anche se questo dato complessivo risente del calo del 22,9% fatto segnare dalle amministrazioni centrali, non compensato dall'aumento del 24,9% degli enti pubblici locali (tabella 8).

Anche il rapporto fra la spesa per beni e servizi informatici e dipendenti fa segnare una riduzione del 48,6%, passando dai 5.330 euro del 2000 ai 2.740 euro del 2008; tale riduzione, che riguarda in modo più o meno accentuato sia le amministrazioni centrali (-52,4%) sia gli enti pubblici (-32,6%), risente comunque del netto crollo che gli impegni di spesa hanno avuto fra il 2000 ed il 2001. Nel periodo successivo, invece, gli impegni di spesa fatti registrare mediamente per ciascun dipendente sono rimasti sostanzialmente costanti.

Tab. 7. *Numero di pc installati e livello di copertura rapporto fra postazioni*

Numero di pc installati										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Diff '00 - '08
Ammin. centrali	288,838	294,771	337,558	348,921	380,231	390,259	406,211	412,825	443,618	+53.6%
Enti pubblici	68,920	69,924	76,347	78,292	78,636	79,070	81,182	78,657	76,540	+11.1%
<i>Tot. Amm. centrali ed enti pubblici</i>	<i>357,758</i>	<i>364,695</i>	<i>413,905</i>	<i>427,213</i>	<i>458,867</i>	<i>469,329</i>	<i>487,393</i>	<i>491,482</i>	<i>520,158</i>	<i>+45.4%</i>
Rapporto fra postazioni di lavoro e dipendenti informatizzabili										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Diff '00 - '08
Ammin. centrali	0.69	0.75	0.83	0.77	0.83	0.83	0.85	0.87	0.93	+34.8%
Enti pubblici	0.92	1.01	1.08	1.09	1	1.01	1.06	1.1	1.1	+19.6%
<i>Tot. Amm. centrali ed enti pubblici</i>	<i>0.73</i>	<i>0.79</i>	<i>0.87</i>	<i>0.81</i>	<i>0.85</i>	<i>0.85</i>	<i>0.88</i>	<i>0.9</i>	<i>0.95</i>	<i>+30.1%</i>

²⁵ Cnipa, *Relazione annuale sullo stato dell'ICT nella pubblica amministrazione centrale*, Roma, vari anni.

²⁶ Se, infatti, i comuni di grandi dimensioni risultano ovunque più informatizzati rispetto a quelli di piccole e medie dimensioni, ci sono regioni come la Toscana, l'Emilia Romagna, le Marche, il Friuli Venezia Giulia e il Trentino in cui i comuni risultano, nel loro complesso, mediamente più informatizzati che nelle altre regioni, e ciò vale sia per gli uffici di *back office* che per quelli di *front office*. Si veda sul punto D. Arduini *et al.*, *L'innovazione nelle amministrazioni pubbliche. Evidenza sulla diffusione dell'E-government in Italia*, in «Economia e politica industriale», 2008, n. 2, pp. 173-186.

Tab.8. Alcuni indicatori relativi alla spesa per beni e servizi informatici

Rapporto fra spesa informatica e dipendenti (migliaia di euro)										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Diff '00 - '08
Ammin. centrali	4.64	2.17	2.35	2.42	2.34	1.96	2.18	2.20	2.21	-52.4%
Enti pubblici	12.88	8.22	7.83	6.41	7.29	7.41	8.03	8.43	8.68	-32.6%
<i>Tot. Amm. centrali ed enti pubblici</i>	<i>5.33</i>	<i>2.67</i>	<i>2.81</i>	<i>2.79</i>	<i>2.79</i>	<i>2.44</i>	<i>2.69</i>	<i>2.73</i>	<i>2.74</i>	<i>-48.6%</i>
Impegni di spesa per beni e servizi informatici (milioni di euro)										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Diff '00 - '08
Ammin. centrali	1,505	1,370	1,471	1,343	1,256	1,198	1,092	1,069	1,160	-22.9%
Enti pubblici	433	543	505	445	473	504	528	528	540	24.9%
<i>Tot. Amm. centrali ed enti pubblici</i>	<i>1,938</i>	<i>1,913</i>	<i>1,975</i>	<i>1,788</i>	<i>1,728</i>	<i>1,702</i>	<i>1,620</i>	<i>1,597</i>	<i>1,701</i>	<i>-12.2%</i>

In generale, la diffusione delle Ict e dell'e-government in Italia appare buona, anche se non mancano margini per ulteriori miglioramenti: in base ai dati pubblicati dal Cnipa, infatti, il 70% di un gruppo selezionato di venti servizi pubblici di base nel 2007 era disponibile *on line*, contro una media Ue a 15 del 68%²⁷. Prendendo a riferimento i Paesi più simili all'Italia per livello di industrializzazione e dimensioni, però, lo scenario appare meno roseo: infatti, se Spagna e Germania si allineano su percentuali uguali (70%), Francia (74%) e soprattutto Gran Bretagna (89%) mostrano livelli di sviluppo dell'e-government più avanzati.

Alla luce di ciò, si deve evidenziare l'importanza di continuare ad investire in Ict per colmare il gap che ancora ci separa da alcuni Paesi più industrializzati. La diffusione dell'informatizzazione all'interno della Pa acquista un'importanza notevole non solo per i vantaggi indiretti di cui godono i cittadini in termini di velocizzazione e snellimento delle procedure e in termini di risparmio per i minori costi sostenuti dalla Pa (per esempio per l'acquisto di carta), ma anche per quelli diretti: si pensi ad esempio ai vantaggi ottenibili nella sanità, dove le nuove soluzioni informatiche offrono la possibilità di condividere le informazioni cliniche individuali in modo da facilitare la cooperazione tra operatori sempre più specializzati e da standardizzare gli interventi sempre più frammentati a causa del numero sempre crescente di strutture sanitarie che un paziente si trova ad affrontare nel suo percorso clinico.

5. L'effetto Consip sulla spesa per consumi intermedi

Infine, si è tentato di stimare «l'effetto Consip» sulle spese per consumi intermedi e sugli acquisti di beni da produttori *market*, valutando quanta parte della spesa transita attraverso le convenzioni. È soprattutto sulle prime che Consip dovrebbe produrre i suoi effetti maggiori, in termini di riduzione della spesa.

²⁷ Cnipa, *Relazione annuale sullo stato dell'ICT nella pubblica amministrazione centrale*, Roma, Roma, 2008, p. 112.

Si ricorda brevemente che l'art. 1, comma 449, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007²⁸) impone alle amministrazioni statali centrali e periferiche – ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie – il ricorso obbligatorio alle convenzioni quadro Consip per l'acquisto di talune tipologie di beni e servizi da individuare con Decreto del ministro dell'economia e delle finanze²⁹. L'obbligo di adesione viene meno solo se mancano convenzioni attive per un certo tipo di bene o servizio o se tali convenzioni esistono ma risultano inutilizzabili in quanto relative a beni e servizi non corrispondenti alle esigenze dell'amministrazione, sia perché non soddisfano le specifiche necessità di acquisto, sia perché le convenzioni stesse presentano vincoli quantitativi di acquisto superiori alle effettive necessità.

L'adesione alle convenzioni è invece facoltativa per tutti i beni e servizi per i quali sono disponibili convenzioni Consip attive, ma escluse dal decreto ministeriale; nel caso in cui l'amministrazione non aderisca alla convenzione e ricorra a sistemi non convenzionali (procedure ordinarie, *market place* e procedure in economia), è comunque tenuta ad utilizzare i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse.

Tutte le altre amministrazioni pubbliche, diverse da quelle statali, possono scegliere di acquistare i beni ed i servizi aderendo alle convenzioni Consip, a quelle stipulate dalle centrali regionali di acquisto, oppure acquistando autonomamente, attraverso una loro gara d'appalto, utilizzando i parametri di qualità e prezzo fissati da Consip come limite massimo per la stipula dei contratti.

Come già anticipato, in questo lavoro ci interessiamo al modello Consip in quanto uno dei risultati più attesi in seguito alla sua introduzione è proprio la riduzione della spesa per acquisti di beni e servizi destinati ai consumi intermedi: e ciò dovrebbe avvenire, in primo luogo, sia per le economie di scala ottenibili da una procedura di acquisto accentrata, sia per la riduzione dei costi legati alla stesura dei bandi e, più in generale, all'organizzazione della gara d'appalto³⁰. In secondo luogo, l'introduzione dell'*e-procurement* dovrebbe consentire anche il raggiungimento di economie di scopo o di varietà, grazie alla possibilità di produrre congiuntamente più beni ad un costo inferiore rispetto a quello che sosterrebbero in aggregato le singole amministrazioni chiamate ciascuna a produrne uno solo. Tali economie si raggiungono, ad esempio, nel caso di alcuni servizi integrati, quali la gestione degli immobili o le forniture per le attività di ricerca, che consentono di ottenere aumenti di produttività ed erogare prestazioni complesse e continuative nel tempo³¹.

²⁸ Per un commento sugli effetti prodotti dalla Legge finanziaria 2007 sulla pubblica amministrazione si rimanda a L. Fiorentino, *La razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2007, n. 3, pp. 251 e ss.

²⁹ In particolare, il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 23 gennaio 2008, ha individuato per l'anno 2008 le tipologie di beni e servizi per i quali diventa obbligatorio aderire alle convenzioni: arredi per ufficio; carburanti da autotrazione (specificatamente: carburanti in rete ed extrarete, buoni carburante e *fuel card*); combustibili da riscaldamento (specificatamente: gasolio e biodiesel); energia elettrica; macchine per ufficio, nonché prodotti *hardware* e *software* (specificatamente: fotocopiatrici, in acquisto e noleggio, personal computer, *desktop* e portatili, *server entry* e *midrange*, *software microsoft* e stampanti); noleggio autoveicoli; servizio di buoni pasto; servizi di telefonia fissa; servizi di telefonia mobile; apparati di telefonia e trasmissione dati (specificatamente: reti locali, centrali telefoniche); servizio di gestione integrata della sicurezza sui luoghi di lavoro.

³⁰ Sul punto e per una ricostruzione più dettagliata della storia di Consip e dei motivi che hanno portato alla sua nascita si rimanda a D. Colaccino, *L'approvvigionamento di beni e servizi tra modello Consip e centrali d'acquisto locali*, in *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino e B.G. Mattarella, Rimini, Maggioli editore, 2007, p. 117.

³¹ M. Marra, *Centralizzazione e innovazione tecnologica nella riforma degli acquisti della PA: un bilancio*, in «Mercato Concorrenza Regole», 2007, n.1, p. 500. Continua l'Autore: «Le decisioni di acquisto non sono l'esito di una relazione deterministica basata sulle considerazioni dei costi di transazione e sulle economie di scala: esse scaturiscono dalla mobilitazione di capacità interne e di pianificazione di obiettivi strategici dell'organizzazione. Lo scopo del *procurement* non è, quindi, solo quello di minimizzare i costi, ma è soprattutto quello di massimizzare i benefici di un'organizzazione [...]. In tale prospettiva, la Pa è, innanzitutto, fruitore piuttosto che erogatore di servizi e la funzione

Nella tabella 9 sono riportate, per gli anni che vanno dal 2005 al 2008, le spese per consumi intermedi relativi al totale della pubblica amministrazione; la spesa «affrontata» da Consip, vale a dire la spesa complessiva della Pa nelle categorie merceologiche in cui vengono attivate convenzioni; il «transato» Consip, vale a dire il valore cumulato annuo degli ordini translati attraverso Consip per le convenzioni attive; il risparmio potenziale, cioè il risparmio ottenuto per le categorie merceologiche su cui sono attive convenzioni³², a sua volta suddiviso in «risparmio diretto» (il risparmio reale a seguito degli acquisti effettuati tramite le convenzioni) e «risparmio indiretto» o «da *benchmark*» (il risparmio ottenuto dalle pubbliche amministrazioni che non aderiscono alle convenzioni, ma che utilizzano i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli convenzionati). Per lo Stato, invece, sono disponibili solo i valori relativi ai consumi intermedi e al transato Consip, relativamente al periodo 2005 - 2008. Si precisa che in questo caso per consumi intermedi si sia intendono i consumi intermedi in senso stretto che l'acquisto di beni e servizi prodotti da produttori *market*³³.

Tab.9. Rapporto fra consumi intermedi e valore transato da Consip

Tot. Pubblica Amministrazione	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
(a) Consumi intermedi tot. Pa	96,046	100,835	105,633	112,988	118,823	119,003	122,860	128,442
(b) Spesa affrontata CONSIP	4,280	8,473	15,036	5,651	13,668	14,794	13,773	11,929
(c) Transato CONSIP	294	1,044	1,959	932	945	1,325	1,424	2,497
(d) Risparmio potenziale	1,390	2,308	3,196	948	2,306	2,780	3,671	2,596
<i>di cui: diretto</i>	-	-	-	-	-	116	215	465
<i>di cui: da benchmark</i>	-	-	-	-	-	2,190	2,565	3,206
Transato CONSIP in % rispetto ai consumi intermedi totali (c/a)	0,3%	1,0%	1,9%	0,8%	0,8%	1,1%	1,2%	1,9%
Spesa affrontata CONSIP in % rispetto ai consumi intermedi (b/a)	4,5%	8,4%	14,2%	5,0%	11,5%	12,4%	11,2%	9,3%
Stato	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
(a) Consumi intermedi	-	-	-	-	19,839	18,660	18,410	18,940
(b) Transato CONSIP	-	-	-	-	461	707	690	1,122
Transato CONSIP in % rispetto ai consumi intermedi totali (b/a)	-	-	-	-	-	2,3%	3,8%	3,7%

Fonte: dati forniti da Consip

In base alla tabella è possibile rilevare, in primo luogo, come l'attività di Consip possa essere suddivisa in due sottoperiodi; il primo va dal 2001 al 2003 ed il secondo va dal 2005 ad oggi, mentre il 2004, in cui intervennero profondi cambiamenti normativi e di prospettiva, potrebbe essere definito un anno in cui Consip è stata messa in «aspettativa forzata»³⁴.

Nel primo periodo i contratti e le convenzioni stipulate da Consip andavano via via crescendo, fino a raggiungere, nel 2003, il picco massimo del rapporto fra spesa affrontata e consumi intermedi (14,2%), valori mai più raggiunti negli anni successivi; il rapporto fra transato e consumi intermedi totali raggiungeva invece valori pari a quelli odierni (1,9%). Tale successo dipendeva

di acquisto è strumentale alla acquisizione di tecnologie e di risorse e competenze complesse ed innovative utili a loro volta nella produzione ed erogazione di servizi pubblici».

³² Questo valore viene individuato raffrontando i prezzi medi della Pa per merceologie comparabili e il valore di aggiudicazione Consip.

³³ Poiché la voce «transato Consip» comprende anche i beni e servizi sanitari e sociali, è più corretto confrontarla con la voce relativa ai consumi intermedi complessivi, piuttosto che con quelli intesi in senso stretto.

³⁴ L. Minganti, S. Zuccolotto, *Evoluzione storica del processo d'acquisto della pubblica amministrazione*, in *Lo Stato compratore*, a cura di L. Fiorentino, Astrid, Bologna, il Mulino, 2007, p. 69.

prevalentemente dal quadro normativo in vigore all'epoca e, da ultimo, dall'art. 24 della legge finanziaria per il 2003, il quale stabiliva l'obbligo per tutte le pubbliche amministrazioni di effettuare acquisti esclusivamente mediante le convenzioni Consip; i soli enti locali erano esentati da tale obbligo, ma qualora si fossero rivolti al mercato, avrebbero comunque dovuto adottare i prezzi delle convenzioni Consip come base d'asta al ribasso. In quello stesso periodo, poi, l'offerta merceologica delle convenzioni quadro era giunta a coprire la maggior parte delle tipologie di spese e forniture sostenute dalla pubblica amministrazione, così che la quasi totalità degli acquisti delle amministrazioni obbligate doveva avvenire esclusivamente tramite le convenzioni Consip³⁵.

La dottrina mise in evidenza come tale modello avrebbe portato, nel lungo periodo, all'eliminazione delle imprese di piccole e medie dimensioni dal mercato delle commesse pubbliche, a vantaggio di quelle di maggiori dimensioni; a ciò si aggiunsero inoltre le proteste di numerose associazioni imprenditoriali, in particolare di quelle rappresentative delle aziende di minori dimensioni; infine, alcuni rilievi a tale sistema furono mossi anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato³⁶ e dalla Corte dei Conti³⁷.

Nel 2004 l'art. 1 comma 4, della legge 30 luglio 2004, n. 191 dispone che le amministrazioni pubbliche «possono» ricorrere alle convenzioni Consip per l'acquisto di beni e servizi, in alternativa al ricorso al mercato; in questa seconda ipotesi, tuttavia, i parametri prezzo-qualità contenuti nelle convenzioni rappresentano il *benchmark* di riferimento i cui limiti non devono essere superati. Rendendo l'adesione alle convenzioni facoltativa per tutte le amministrazioni, si intendeva porre Consip alla pari con gli altri soggetti privati presenti sul mercato, in modo da incrementarne l'efficienza e la produzione di contratti sempre più convenienti per le amministrazioni.

Ciò è utile a comprendere almeno in parte, perché nel periodo successivo la spesa affrontata da Consip non ha più raggiunto le quote di consumi intermedi toccati nel 2003.

In particolare, fra il 2005 ed il 2008, a fronte di un incremento della spesa per consumi intermedi, la spesa affrontata da Consip è andata addirittura riducendosi, passando da 13.668 milioni di euro nel 2005 a 11.929 milioni nel 2008, con una diminuzione del 14,6% (che sale al 19,4% se si prende a riferimento il 2006, anno in cui la spesa affrontata da Consip ha toccato il valore maggiore). Tale flessione può essere ricondotta, da un lato, all'avvio del processo di consolidamento della spesa affrontata e allo sviluppo della rete delle centrali regionali e, dall'altro, all'esaurimento anticipato di alcune convenzioni³⁸.

In secondo luogo, emerge che le convenzioni attivate da Consip nel 2008 hanno riguardato il 9,3% delle spese totali per consumi intermedi (che, ricordiamo, qui sono intesi nel senso più ampio del termine), in leggera flessione rispetto al 2007 (11,2%) e al 2006 (12,4%), anno in cui tale rapporto ha raggiunto il suo valore massimo.

In terzo luogo, si nota come le stesse convenzioni abbiano permesso di acquistare l'1,9% dei beni e servizi appartenenti ai consumi finali di tutta la Pa: tale valore risulta in lieve ma costante aumento, grazie all'incremento del transato Consip, che ha registrato un +75% rispetto al 2007. Viste le attuali disposizioni normative, che rendono obbligatorio il ricorso alla Consip per le amministrazioni centrali, non è sorprendente verificare che tale percentuale sale al 5,9% se si prende in considerazione il solo Stato.

L'aumento progressivo del transato può essere dovuto a diversi fattori, fra cui la progressiva fidelizzazione delle amministrazioni che di anno in anno vi fanno ricorso; dall'aumento della qualità dei beni e servizi erogati; dalla disponibilità di convenzioni con volumi di acquisti sempre maggiori; dal consolidamento del regime che obbliga le amministrazioni centrali a fare ricorso alle

³⁵ *Ivi*, p. 69

³⁶ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip s.p.a.*, AS251, in «Bollettino», 2003, n.5.

³⁷ Corte dei conti, sezione controllo di gestione, Relazione del 20 giugno 2003.

³⁸ Consip, *Rapporto annuale 2008*, Roma, 2009, p. 62.

convenzioni Consip per determinate tipologie di beni; dalla continuità del servizio, inteso a sua volta come disponibilità immediata di una nuova convenzione una volta esaurita la vecchia³⁹.

Il risparmio potenziale ottenibile dalle convenzioni Consip si è attestato, nel 2008, a poco più di 2,5 miliardi di euro: tale risultato si ottiene sommando il risparmio realmente ottenuto dall'acquisto di beni e servizi in convenzione rispetto al prezzo che si sarebbe pagato ricorrendo al mercato ordinario (risparmi diretti), e quello ottenuto dall'effetto *benchmark*. In particolare, il solo risparmio diretto si attesta, nel 2008, a 712 milioni di euro, grazie ad un ribasso medio dei prezzi del 22% rispetto a quelli normalmente ottenuti dalle amministrazioni, mentre quello da *benchmark* si attesta sui 1.884 milioni di euro. Tali cifre non sono affatto trascurabili, dato che permetterebbero, laddove sfruttate appieno, di ridurre le spese per consumi intermedi di oltre il 20%. Da ciò si deduce che, laddove vi si fa ricorso, le convenzioni Consip risultano assai efficaci, come sottolineato anche dalla Corte dei Conti⁴⁰; piuttosto, si dovrebbero escogitare soluzioni per ampliarne la portata e il raggio di azione, soprattutto per ciò che riguarda le amministrazioni locali. Da questo punto di vista, la nascita del sistema a rete fra Consip e le centrali d'acquisto regionali – nate con lo scopo di armonizzare i piani di razionalizzazione della spesa e di realizzare sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per gli acquisti – sembra andare nella giusta direzione, anche se il percorso non è esente da rischi, quali la duplicazione dei costi per la parziale sovrapposizione dell'attività con la Consip centrale⁴¹, che già serve gli enti locali.

A proposito della composizione dei soggetti pubblici che ricorrono alle convenzioni di Consip, dai grafici 9a e 9b è possibile notare come fra il 2005 ed il 2008 il peso relativo delle varie istituzioni non sia variato di molto: nel 2005, infatti, la percentuale maggiore del transato era destinato allo Stato (48%), seguito dagli enti locali (27%), dalla sanità (20%) e dall'università (5%); nel 2008 l'ordine dei soggetti non cambia, anche se il loro peso relativo è leggermente diverso, a fronte di una lieve riduzione del peso dello Stato (45%) e della sanità (18%) e di un contemporaneo aumento degli enti locali (30%) e dell'università.

Fig. 9a.

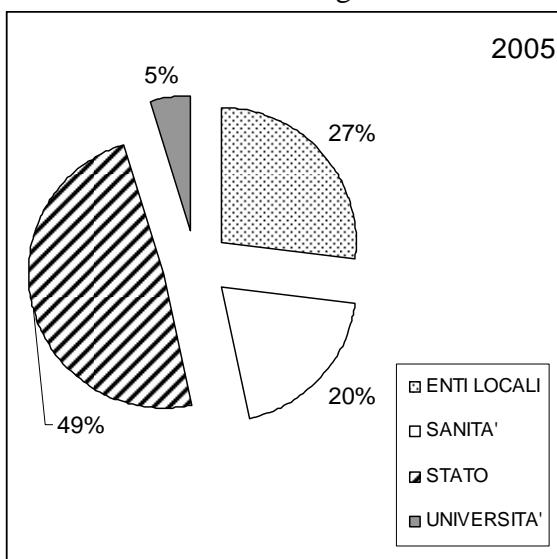
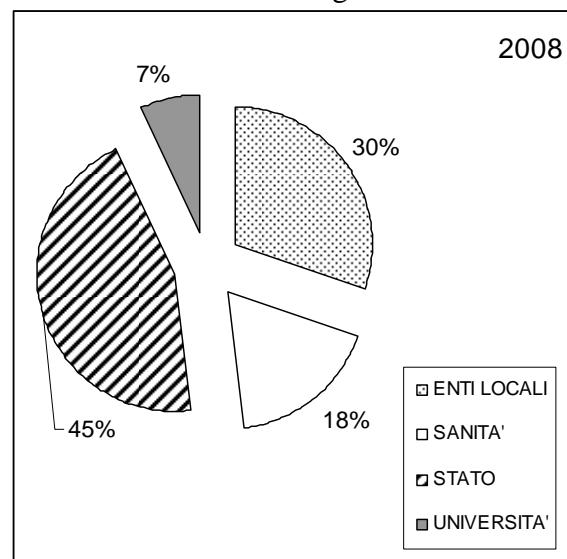


Fig. 9b.



Fonte: elaborazione nostra su dati forniti da Consip

Figg. 9a e 9b. Composizione dei soggetti pubblici che hanno fatto ricorso alle convenzioni di Consip, anni 2005 e 2008

³⁹ Consip, *Rapporto annuale 2008*, cit., p. 60.

⁴⁰ Corte dei conti, *Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Consip s.p.a. per l'esercizio 2008*, Roma, 2 marzo 2010.

⁴¹ *Ivi*, pp. 64-65.

6. Conclusioni

Come emerge dalla tabella 10, fra il 1980 ed il 2008 le principali grandezze che compongono la spesa per consumi finali hanno subito una crescita costante, anche se di entità assai diversa da periodo a periodo, con le uniche eccezioni rappresentate dal numero totale di dipendenti della Pa – che in alcuni periodi ha presentato valori leggermente negativi, mantenendosi sostanzialmente stabile – e, limitatamente al periodo che va dal 1990 al 1995, dall’acquisto di beni da produttori *market* (+0,5%).

Tab.10. *Alcuni indicatori di spesa della pubblica amministrazione nel periodo 1980-2008*

	'85 - '80	'90 - '85	'95 - '90	'00-'95	'05-'00	'08-'05	Differenze '08 - '80
Redditi da lavoro dipendente	124.1%	75.1%	21.4%	19.6%	25.9%	9.3%	684.3%
Acquisto di beni e servizi prodotti da produttori <i>market</i>	137.0%	97.9%	0.5%	51.8%	46.1%	6.9%	1018.2%
Consumi intermedi	169.0%	71.8%	30.6%	30.6%	31.3%	8.7%	1025.5%
SPESA PER CONSUMI FINALI	133.4%	75.8%	20.5%	29.1%	32.4%	9.4%	824.4%
Inflazione del periodo	111.4%	35.1%	29.8%	15.8%	13.4%	6.0%	532.9%
 Totale dipendenti Pa	 8.2%	 6.4%	 -0.8%	 -0.6%	 3.0%	 -0.6%	 16.3%

Fonte: ISTAT

In generale, è possibile apprezzare come la crescita delle spese sia stata molto accentuata nel primo periodo analizzato, fra il 1980 ed il 1985, che risulta però caratterizzato da un’elevata inflazione⁴². Il periodo successivo è forse, in termini relativi, anche peggiore perché, se è vero che le spese per consumi finali sono incrementate in termini assoluti del 75,8% (a fronte di un aumento del 133,4% nei cinque anni precedenti), è anche vero che l’inflazione del periodo si è attestata al 35,1%, giustificando perciò meno della metà dell’incremento della spesa nello stesso periodo.

Il quinquennio ancora successivo appare senza dubbio il più virtuoso, con le spese per consumi finali che aumentano del 20,5% a fronte di un’inflazione che nello stesso periodo ha fatto registrare un + 29,8%: ciò grazie soprattutto ai due fattori già citati in precedenza, vale a dire la stretta sull’acquisto di beni e servizi da produttori *market* e la pur lieve riduzione del personale assunto all’interno della Pa.

Non è un caso che proprio in quel periodo, diversi governi pongano al centro della propria agenda numerose e importanti novità relative alla gestione della pubblica amministrazione, allo scopo di migliorarne l’efficienza e ridurne gli sprechi. È in questa ottica che va letto, ad esempio, il ricorso alle esternalizzazioni, non solo di servizi (come era avvenuto anche in anni precedenti), ma anche di funzioni pubbliche⁴³.

Nei periodi più recenti la spesa pubblica ha ricominciato a crescere in maniera più marcata, con tassi di nuovo superiori all’inflazione, anche se nell’ultimo periodo preso in considerazione (fra

⁴² L’inflazione del periodo è stata calcolata nel seguente modo: il valore di 111,4% registrato nel periodo 1980 – 1985 indica che un bene che nel 1980 costava 100, nel 1985 costava 211,4, con un incremento del 111,4%.

⁴³ Sul punto, si veda L. Fiorentino, *Esternalizzazioni: lo stato dell’arte*, in *L’esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino e B.G. Mattarella, Rimini, Maggioli editore, 2007, pp. 30 e ss.

il 2005 ed il 2008) l'incremento delle voci di spesa sembra di nuovo attenuarsi: le spese per consumi finali sono aumentate infatti del 9,4%, mentre l'inflazione del periodo si attesta al 6%.

Relativamente al periodo più recente, è possibile affermare che negli ultimi 3-4 anni la spesa sostenuta dalla pubblica amministrazione per fornire servizi ai cittadini è in aumento, ma in maniera più contenuta rispetto a quasi tutti gli anni precedenti del periodo che va dal 1980 ad oggi. In ogni caso, non si può non mettere in evidenza come, in primo luogo, continui a manifestarsi un trend in crescita che resta stabilmente al di sopra dell'inflazione e, cosa ancora più importante, al di sopra della crescita economica fatta registrare dal Paese⁴⁴; e come, in secondo luogo, non manchino i margini per interventi che possano ulteriormente attenuare, se non stabilizzare, gli incrementi.

In particolare, le spese sostenute per i consumi intermedi potrebbero beneficiare di un ruolo di maggior rilievo attribuito a Consip: allo stato attuale, infatti, Consip riesce a coprire con le proprie convenzioni solo una parte assai ridotta del fabbisogno della Pa, benché le gare finora bandite abbiano permesso di spuntare ribassi sulle forniture dell'ordine del 20% rispetto ai prezzi normali di mercato. Per inciso, si evidenzia come i primi dati relativi al 2009 facciano registrare una riduzione del valore transato dalle convenzioni Consip, che scende a 1,71 miliardi di euro (contro i 2,5 miliardi del 2008), a fronte di una spesa affrontata sostanzialmente in linea con l'anno precedente⁴⁵.

Le difficoltà maggiori incontrate dal modello Consip sembrano potersi ricondurre, in primo luogo, al fatto che le amministrazioni non sembrano inclini a sostituire i propri fornitori locali con pochi grandi produttori e distributori nazionali selezionati da Consip; in secondo luogo, soprattutto fino a pochi anni fa le convenzioni non sembravano in grado di soddisfare, per quantità o per i tempi necessari, le esigenze delle amministrazioni acquirenti; in terzo luogo, in seguito ai risparmi ottenibili grazie alle forniture Consip, alcune amministrazioni hanno addirittura aumentato al propria spesa: le amministrazioni infatti non sono chiamate a massimizzare il proprio profitto e perciò l'acquisto non viene considerato come un'attività strategica per l'erogazione dei servizi pubblici⁴⁶. Alla luce di ciò, non c'è da stupirsi, quindi, se il ricorso alle esternalizzazioni di alcuni servizi a vantaggio di soggetti privati o organizzazioni no-profit risulti una strada ancora poco battuta; ciò che emerge dai dati presentati nel capitolo, invece, è che lo Stato non solo non riesce a snellirsi, ma al contrario cresce ad un ritmo più sostenuto, togliendo spazio al mercato e, di conseguenza, ai soggetti privati.

Da questo punto di vista, le uniche notizie parzialmente positive arrivano dai dati relativi ai dipendenti pubblici, che presentano luci e ombre. Fra le luci, possiamo citare il fatto che i dipendenti pubblici costituivano, nel 2000, il 15% del totale degli occupati in Italia, mentre nel 2008 sono scesi al 14,4%, segnando quindi una crescita minore, in termini relativi, rispetto al comparto privato; da valutare positivamente anche il fatto che alcune politiche di riduzione del personale negli enti pubblici locali sembrano finalmente dare i primi risultati.

Fra le ombre, si può annoverare il fatto che il numero complessivo dei dipendenti in forze alle amministrazioni pubbliche non sembra risentire né del blocco delle assunzioni, né della crescente informatizzazione della Pa. In verità, a proposito del blocco alle assunzioni (ribadito anche nel 2009 dalla l. n. 102), dai dati analizzati emerge che se, da un lato, il numero di dipendenti assunti a tempo indeterminato si è effettivamente ridotto dello 0,2% fra il 2000 ed il 2008, dall'altro il numero totale dei dipendenti è invece aumentato del 2,5%, lasciando intendere che l'aumento di quelli a tempo determinato ha più che compensato la riduzione di quelli a tempo indeterminato, anche se fra il

⁴⁴ «Se si considera l'intero arco temporale 1998-2007 e gli obiettivi delle politiche di bilancio di questi anni, il peggioramento dei conti pubblici è essenzialmente attribuibile alla difficoltà di controllare la dinamica della spesa corrente; essa è stata in quasi tutti gli anni superiore al 2 per cento in termini reali e, nella media del periodo, più elevata di oltre mezzo punto rispetto al tasso di crescita dell'economia». M.R. Marino, S. Somigliano e P. Rizza, *I conti pubblici nel decennio 1998 - 2007: fattori temporanei, tendenze di medio periodo, misure discrezionali*, in «Economia Pubblica», 2008 n. 1-2, p. 171.

⁴⁵ Consip, *Rapporto annuale 2009*, Roma, 2010, p. 43.

⁴⁶ M. Marra, *Centralizzazione e innovazione tecnologica nella riforma degli acquisti della PA: un bilancio*, in «Mercato Concorrenza Regole», 2007, n.1, pp. 503-504.

2007 ed il 2008 le politiche di stabilizzazione hanno contribuito a ridurre anche i dipendenti a tempo determinato.

Anche il trasferimento di alcune funzioni da livello centrale a livello locale, non seguito da un equivalente trasferimento del personale, ha inizialmente avuto come conseguenza quella di aumentare i dipendenti pubblici, con un picco di 3.635.000 unità raggiunto nel 2006; solo negli ultimi due o tre anni il trend sembra invertito e si cominciano forse ad apprezzare i primi effetti del trasferimento delle competenze a vantaggio degli enti territoriali. Allo stesso tempo, però, si deve sottolineare come le dinamiche retributive, di norma più accentuate per i dipendenti pubblici che per i privati⁴⁷, siano ancora più in ascesa proprio presso gli enti locali, per cui una ripartizione del personale a favore delle amministrazioni decentrate potrebbe portare comunque ad un incremento del monte stipendi superiore a quello fatto registrare negli anni più recenti.

In estrema sintesi, sembra di poter affermare che per contenere l'espansione della pubblica amministrazione sono quanto mai necessarie delle leggi che ne indirizzino l'attività e ne suggeriscano l'evoluzione, imponendo dei vincoli precisi; d'altro canto, si è anche dimostrato come le leggi non siano di per sé sufficienti a produrre i risultati sperati. L'esempio di Consip appare, a questo proposito, paradigmatico. La pubblica amministrazione, negli ultimi anni, ha fatto sì un maggior ricorso al mercato e alle esternalizzazioni, ma è come se queste spese fossero semplicemente aggiunte, nel migliore dei casi, a quelle già sostenute per produrre beni e servizi in proprio. L'andamento delle spese per il personale ne è una testimonianza indiretta. Appare quindi necessario un cambiamento culturale che porti la Pa ad essere gestita in modo più simile ad un'impresa privata, tanto più a fronte del fatto che con la liberalizzazione di un numero crescente di servizi pubblici, pubblico e privato si troveranno sempre più spesso in competizione fra loro. In altre parole, più che una generica riduzione del personale, ad esempio, si dovrebbe ricercare una riduzione del *back office*. A tal proposito, si cita in chiusura una considerazione della Corte dei conti, relativa alle spese per il personale sostenute dalla pubblica amministrazione ma estendibile, a nostro parere, anche alle altre tipologie di spese:

Al di là di quanto sopra, le reiterate norme in materia di contenimento delle assunzioni e di revisione degli organici sono state vissute dalle diverse amministrazioni come un adempimento burocratico e una limitazione all'autonomia organizzativa, in quanto finalizzate esclusivamente al contenimento della spesa, più che alla verifica della rispondenza dell'assetto organizzativo alle missioni da svolgere ed alle nuove competenze da esercitare⁴⁸.

Da questo punto di vista, appare sempre più urgente diffondere anche in Italia i principali elementi della *spending review*.

⁴⁷ In particolare, a partire dal 2001 e almeno fino al 2006, le retribuzioni reali del comparto pubblico sono state costantemente e sensibilmente superiori a quelle dell'industria e dei servizi privati: si veda, sul punto, Istat, *Le retribuzioni dei dipendenti pubblici. Dinamiche e confronti con il settore privato*, Roma, 17 luglio 2006.

⁴⁸ Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, Roma, maggio 2010, p. 185.

Appendice: dati relativi all'attività di Consip (anni 2005-2008)

2005	ENTI LOCALI	SANITA'	STATO	UNIVERSITA'	totale in 000/euro
BENI E SERVIZI	87,883	67,201	239,722	23,194	418,000
ENERGY	40,198	12,050	83,843	1,862	137,953
REAL ESTATE	0	0	0	0	0
SANITA'	828	42,911	265	30	44,034
TECNOLOGIE	3,126	1,929	8,705	1,240	15,000
TLC	123,523	60,651	128,075	18,162	330,411
totale in k/euro	255,558	184,742	460,610	44,488	945,398

2006	ENTI LOCALI	SANITA'	STATO	UNIVERSITA'	totale in 000/euro
BENI E SERVIZI	92,298	93,102	365,551	24,839	575,790
ENERGY	67,088	29,465	184,775	18,816	300,143
REAL ESTATE	2,033	229	5,870	334	8,467
SANITA'	701	92,433	960	80	94,173
TECNOLOGIE	25,003	22,213	59,990	6,005	113,211
TLC	89,849	42,639	89,425	11,714	233,628
totale in k/euro	276,972	280,082	706,570	61,787	1,325,412

2007	ENTI LOCALI	SANITA'	STATO	UNIVERSITA'	totale in 000/euro
BENI E SERVIZI	70,440	38,845	117,179	9,831	236,296
ENERGY	246,044	50,478	210,555	29,939	537,017
REAL ESTATE	39,308	8,198	275,995	16,923	340,424
SANITA'	1,883	116,223	536	0	118,641
TECNOLOGIE	24,936	20,432	49,441	5,500	100,309
TLC	25,887	19,926	36,295	9,498	91,606
totale in k/euro	408,499	254,102	690,001	71,692	1,424,293

2008	ENTI LOCALI	SANITA'	STATO	UNIVERSITA'	totale in 000/euro
BENI E SERVIZI	161,192	113,562	436,359	34,614	745,727
ENERGY	418,955	173,615	372,788	67,940	1,033,297
REAL ESTATE	97,697	33,454	196,773	56,278	384,202
SANITA'	1,396	61,975	9	0	63,380
TECNOLOGIE	34,921	26,441	77,158	5,973	144,494
TLC	44,863	30,380	38,751	12,039	126,033
totale in K/euro	759,024	439,427	1,121,837	176,844	2,497,133

CAPITOLO TERZO

LE CENTRALI DI COMMITTENZA REGIONALI

di Francesca Di Lascio

1. Premessa

Il presente contributo ha ad oggetto l'analisi delle fonti e degli assetti organizzativi attraverso cui le regioni, attuando il disposto normativo statale e sfruttando la propria autonomia legislativa e organizzativa, hanno istituito centrali di committenza per la gestione della funzione acquisti.

Come si vedrà, quello privilegiato è solo uno dei modelli individuati dalle amministrazioni regionali e, peraltro, pur nella sua riconducibilità ad un disegno unitario ispirato in prima istanza al «prototipo» Consip, presenta caratteri diversi da caso a caso, che ne rendono multiforme e mobile l'insieme degli elementi strutturali e fondanti. Questa tendenza emerge anche solo a voler guardare, superficialmente, la data istitutiva di ciascuna centrale regionale. Alcune, infatti, sono state previste e istituite prima che la Direttiva comunitaria 2004/18 e, in suo recepimento, il decreto legislativo n. 163/2006 (c.d. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) «legittimassero» l'uso della figura in una fonte primaria. In altri casi, si è optato per strumenti di centralizzazione degli acquisti di beni e servizi, seppur non sempre riconducibili al modello della centrale di committenza, anche prima della riforma costituzionale del 2001.

L'attenzione delle amministrazioni regionali verso il predetto assetto organizzativo pare, quindi, trovare fondamento in esigenze che non sono necessariamente correlate col rinnovato assetto dei poteri istituzionali dalla riforma del Titolo V. Attraverso questo processo, infatti, è stata operata una profonda rideterminazione delle competenze legislative statali e regionali e del relativo riparto funzionale il che, in molti ambiti materiali, ha dato un nuovo impulso all'azione normativa di entrambi i livelli territoriali, spingendo le regioni a legiferare per affermare i propri spazi di autonomia normativa.

Se, invece, si considera che le prime disposizioni in vario modo riferite a modelli regionali centralizzati di acquisto (poi invero superate da una seconda «tornata» legislativa che ha delineato gli assetti vigenti del sistema), sono state emanate già alla fine degli anni Novanta, si comprende come l'attenzione rivolta agli strumenti in questione risponda piuttosto ad esigenze di contenimento della spesa pubblica comuni a tutti i livelli territoriali. A questa *ratio*, invero, fa riferimento sia la progressiva e costante riduzione dei costi di funzionamento del sistema pubblico, sia le politiche di razionalizzazione organizzativa e di semplificazione procedurale¹.

La generale rilevanza delle esigenze richiamate trova fondamento anche nel sistema delle fonti che regola il modello della centrale di committenza.

Al primo impulso comunitario, infatti, ha fatto seguito a breve l'adozione di norme interne, di recepimento ma anche di disciplina autonoma dell'istituto. Queste ultime, in specie, sono contenute in leggi finanziarie (come d'altronde pressoché tutta la «sincopata» disciplina che ha accompagnato sinora il sistema Consip) ma, a differenza di quanto prima accaduto, subiscono l'influsso della riforma costituzionale del 2001 e del principio di leale collaborazione tra livelli di governo, cardine delle relazioni ordinamentali fondate sul novellato art. 118 della Costituzione². Uno dei frutti più evidenti di questa impostazione è il celere avvio del processo di attuazione del sistema a rete

¹ Vedi R. Tomei e V. D. Sciancalepore, *Centrali di committenza (dir. amm.)*, in «Digesto delle discipline pubblistiche», agg., Tomo I, , Torino, Utet, 2000, p. 177.

² In proposito, vedi l'approfondito saggio di F. Merloni, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in «Diritto pubblico», 2002, 3, p. 827 e ss.

previsto dalla legge finanziaria 2007 (su cui *infra*), operato a mezzo di un accordo raggiunto in sede di Conferenza Stato-regioni. Similmente, il metodo attraverso cui la rete delle relazioni collaborative sta prendendo corpo nel sistema multilivello in relazione alla razionalizzazione degli acquisti è la stipulazione di accordi integrativi a quello citato oppure di appositi protocolli d'intesa tra lo Stato, nella «veste» di Consip, e singole regioni e tra queste e gli enti locali (o altri soggetti istituzionali come le Asl) insistenti sul territorio di competenza.

2. Le fonti comunitarie e statali di rilievo per il livello regionale

L'introduzione della centrale di committenza, come strumento utile alla realizzazione di un sistema accentratato di acquisti nel settore pubblico, si deve al diritto comunitario, in specie alla direttiva 18/2004/CE del 30 aprile 2004³. Questo provvedimento, per espressa menzione, opera una presa d'atto del modello disciplinato, del quale rileva l'esistenza ed il funzionamento in diversi Stati membri in cui, grazie alla centralizzazione degli acquisti in capo a una sola amministrazione aggiudicatrice, si è ottenuto «un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica» (considerando 15)⁴.

È in tale ottica che si rileva l'importanza di definire in modo univoco la nozione e le condizioni alle quali, legittimamente, gli Stati possono fare ricorso ad una centrale di committenza, senza con ciò imporre questo modello quale unica possibilità per le predette amministrazioni, cui rimane imputata la scelta degli strumenti da utilizzare nell'ambito di quelli previsti dalla richiamata direttiva⁵.

Secondo un'impostazione che il d.lgs. n. 163/2006 riprenderà poi a breve nel diritto interno, il suddetto provvedimento chiarisce, in primo luogo, che la centrale di committenza è un'amministrazione aggiudicatrice⁶ e, in secondo luogo, distingue l'ipotesi in cui questa acquista direttamente forniture e servizi destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici da quella in cui la stessa procede all'aggiudicazione di appalti o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi in favore delle predette amministrazioni⁷.

L'ambito di operatività della previsione trova un temperamento nell'art. 11 della direttiva, laddove si riconosce, in fase di recepimento del disposto comunitario, la facoltà e non l'obbligo per gli Stati membri di prevedere nel relativo ordinamento il ricorso alla centrale di committenza. Peraltro, nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice ricorra a tale modello organizzativo, il suo operato è considerato legittimo rispetto ai contenuti delle disposizioni comunitarie soltanto se queste, a loro volta, sono state rispettate dalla centrale nello svolgimento delle proprie attività⁸.

Lo Stato italiano ha sfruttato la possibilità aperta dalle norme europee ed ha recepito il modello delle centrali di committenza nel Codice dei contratti, similmente a quanto avvenuto, ad esempio, nel sistema francese⁹.

³ Sulle centrali di committenza, come delineate dalla direttiva comunitaria 18/2004/CE, vedi L. Fiorentino, *Le centrali di committenza*, in L. Fiorentino e C. Lacava (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, «Quaderno del Giornale di diritto amministrativo», Milano, Ipsoa, 2004, n. 9, pp. 63 e ss., nonché R. Carata, *Le centrali di committenza*, in R. Garofoli e M. A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 261 e ss.

⁴ Sui modelli europei, vedi Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Public procurement network. Public procurement in Europe*, Roma, Ipzs, 2005, reperibile in www.publicprocurementnetwork.org.

⁵ Che al considerando 16 fa riferimento anche agli accordi quadro, ai sistemi dinamici di acquisizione, alle aste elettroniche ed al dialogo competitivo.

⁶ Nozione individuata a sua volta dall'art. 1, par. 9 del provvedimento, con riferimento anche al concetto di organismo di diritto pubblico.

⁷ Art. 1, par. 10, direttiva 18/2004/CE.

⁸ Art. 11 direttiva 2004/18/CE.

⁹ Sui caratteri delle centrali di committenza nel sistema francese, si veda O. Guézou, *Les centrales d'achat dans le nouveau code*, in «Actualité juridique du droit administratif», 2004, 7, pp. 371 e ss.

Nel provvedimento, si riporta, innanzitutto, una definizione pressoché identica a quella contenuta nella direttiva 18/2004/CE, con espresso richiamo ai due modelli di centrale ivi previsti¹⁰. Sono poi fornite alcune precisazioni in merito alla possibilità che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possano acquisire lavori, servizi e forniture ricorrendo alle centrali, ciò anche costituendo appositi consorzi o associazioni (art. 33 Codice). A loro volta, le centrali sono sottoposte alla stretta osservanza delle disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 e, di conseguenza, ai principi comunitari in tema di evidenza pubblica. Il rispetto di questi principi, tuttavia, si intende garantito solo a condizione che gli stessi siano di guida nelle procedure di scelta del contraente poste in essere dalle centrali.

Posto che già l'intervento di generalizzazione della figura operato dal legislatore comunitario avrebbe legittimato gli enti pubblici non statali ad avvalersi delle centrali di committenza¹¹, la normativa nazionale ha eliminato ogni dubbio a riguardo prevedendo (già alcuni mesi prima dell'adozione del d.lgs. n. 163/2006 e, quindi, dell'espresso recepimento del disposto europeo) che le aggregazioni di enti locali o, comunque, di enti decentrati di spesa possano espletare la funzione di aggregazione della domanda in favore delle amministrazioni ed enti regionali o locali con sede nel relativo territorio. In particolare la l. n. 266/2005 (legge finanziaria 2006) ha assegnato un compito precipuo alle centrali di committenza territoriali, imputando loro lo svolgimento di valutazioni in merito all'effettiva possibilità di utilizzare le convenzioni stipulate o gli acquisti effettuati dai singoli enti per il rispetto dei parametri di qualità e di prezzo imposti come limiti massimi dalle convenzioni Consip¹².

La previsione, come si evince dalla norma, non ha portata facoltativa. Per meglio dire, nel momento in cui a livello regionale o locale gli enti territoriali decidono di operare i propri acquisti in autonomia rispetto al sistema Consip, sono tenuti a porre in essere le modalità operative indicate dal legislatore statale nell'obiettivo di contenere e razionalizzare la spesa pubblica.

Per espressa dizione dell'art. 1, co. 157, della legge finanziaria 2006, infatti, il modello di centralizzazione è imposto a livello sub statale in quanto utile a perseguire il generale obiettivo di coordinamento della finanza pubblica. Si tratta, com'è noto, di una materia di portata trasversale, rimessa alla potestà concorrente ai sensi dell'art. 117 della Costituzione e, quindi, riferite ad un ambito in cui lo Stato è legittimato alla fissazione di principi fondamentali ai quali le regioni devono adeguarsi¹³.

Con la l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007), l'uso delle centrali di committenza a livello regionale è stato oggetto di un'ulteriore ed importante riconoscimento.

Con norma non più precettiva bensì di impulso si è previsto, infatti, che le regioni possano costituire, anche associandosi tra loro, centrali di committenza operanti sul modello delineato dal Codice degli appalti e aventi come destinatari le amministrazioni e gli enti (pure del Servizio sanitario nazionale) con sede sul territorio regionale¹⁴. Più precisamente, la finanziaria 2007 predilige uno dei due modelli ammessi dal d.lgs. n. 163/2006 poiché stabilisce che le centrali regionali procedano alla stipula di convenzioni di acquisto con i fornitori, cui poi accedono le amministrazioni interessate, similmente a quanto fa Consip per le amministrazioni centrali. Non viene, invece, fatta menzione della possibilità che dette strutture acquistino direttamente i beni e servizi per conto delle amministrazioni che ad esse hanno fatto ricorso.

Similmente a quanto avvenuto con la legge finanziaria 2006, anche qui il legislatore statale opera un riferimento, sia pure indiretto, al coordinamento della finanza pubblica¹⁵. Tuttavia, la

¹⁰ Vedi l'art. 3, co. 34, del d.lgs. n. 163/2006.

¹¹ Vedi R. Tomei e V. D. Sciancalepore, *Centrali di committenza (dir. amm.)*, cit., p. 186.

¹² Vedi l'art. 1, co. 157 e 158, della l. n. 266/2005 (legge finanziaria per l'anno 2006).

¹³ Sul tema vedi, tra gli altri, L. Mercati, *Il coordinamento della finanza pubblica: la pervasività di una funzione*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2005, 6, pp. 643 e ss.; A. Benedetti, *Competenza statale "di principi" e coordinamento della finanza pubblica*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2004, 7, pp. 733 e ss.

¹⁴ Art. 1, co. 455, l. n. 296/2006.

¹⁵ All'art. 1, co. 455, della l. n. 296/2006 si parla, infatti, di contenimento e razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi.

medesima potestà che aveva giustificato un vincolo al sistema locale diviene ora il fondamento per un intervento promozionale posto in favore del livello regionale.

La *ratio* di tale impostazione ha diversi possibili fondamenti.

Innanzitutto, pare evidente che l'attuale assetto di poteri, come costituzionalmente delineato e definito anche dalle interpretazioni ormai nitide che ne ha dato la Corte costituzionale a seguito della riforma del Titolo V, non permettono alla potestà legislativa statale di porre stringenti vincoli di dettaglio al sistema regionale, in specie sotto il profilo dei modelli organizzativi, nel momento in cui ciò accade in ambiti connessi a materie concorrenti¹⁶. In secondo luogo (anche se questo non è detto in modo espresso nella norma in discussione come invece emerge dalle disposizioni comunitarie sulle centrali di committenza), lo Stato si trova a regolare uno strumento del quale le regioni fanno già un uso diffuso e da cui, spesso, traggono rilevanti vantaggi in termini di risparmi e razionalizzazione dei propri processi di acquisto. In tal senso, quindi, l'autonomia regionale ha teso in modo autonomo verso le finalità di risanamento dei conti pubblici e di contenimento della spesa che, come si è detto, sono priorità comuni a tutti i livelli territoriali.

Si potrebbe dire, peraltro, che le motivazioni esposte trovano conferma nel ruolo riconosciuto alle amministrazioni regionali dall'art. 1, co. 457, della legge che si discute. Questa disposizione istituisce, infatti, un sistema a rete operante sull'intero territorio nazionale e composto sia dalle centrali di committenza regionali, sia da Consip. Gli obiettivi demandati al sistema sono tra loro saldamente correlati: il perseguitamento dell'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e la realizzazione di sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi.

Tale impostazione collaborativa trova, nella finanziaria 2007, una parziale limitazione nei confronti degli enti del Servizio sanitario regionale, i quali, stando alla lettera della norma, sono tenuti in ogni caso ad avvalersi delle convenzioni stipulate dalle centrali di committenza territoriali¹⁷.

Peraltro, nelle soluzioni adottate dalle amministrazioni regionali, gli acquisti del settore sanitario presentano spesso una rilevanza e specificità autonoma, tanto da condurre a scelte organizzative che li distinguono di sovente dai modelli centralizzati previsti per gli altri beni e servizi. È ciò che accade, ad esempio, con la previsione di una centrale di committenza dedicata agli acquisti sanitari oppure con la definizione di forme associative o consortili più «leggere» che vedono coinvolte le Asl presenti sul territorio¹⁸. In tal senso, pare quindi che la disposizione statale citata possa essere suscettibile di porre eccessive limitazioni all'autonomia regionale, in specie in contesti regionali e locali già orientati verso modelli organizzativi distinti da quello indicato nelle fonti statali, ma non per questo meno efficaci ed efficienti.

Lo sviluppo del sistema a rete ed il monitoraggio dei risultati che attraverso il suo utilizzo sono raggiunti spettano alla Conferenza Stato-regioni che, nel quadro e nei limiti imposti dal patto di stabilità interno, deve adottare, con cadenza annuale, specifici programmi di attività.

2.1. Gli accordi tra Stato e regioni sul Sistema a rete

¹⁶ Si veda *infra* il par. 2 per ulteriori approfondimenti sui limiti e contenuti dell'intervento statale nella materia degli acquisti di beni e servizi.

¹⁷ Vedi art. 1 co. 449, l. n. 292/06.

¹⁸ Sul tema, vedi l'interessante rapporto Fiaso che mostra i risultati del Laboratorio di ricerca coordinato da M. Meneguzzo e G. Fiorani sul tema *Analisi comparativa delle esperienze di aggregazione della domanda in sanità*, reperibile in www.fiaso.it. Si ricorda, inoltre, che il sistema sanitario era già stato oggetto di specifiche disposizioni. Vedi, in tal senso, l'art. 2 del d.l. n. 405/01, come convertito dalla l. n. 405/01 e modificato dall'art. 3, co. 168, della l. n. 350/03, a mente del quale le amministrazioni regionali possono dettare disposizioni volte a promuovere l'adeguamento dei processi di acquisto posti in essere dai soggetti operanti nel settore (Asl e ospedali) ai principi generali del sistema Consip.

Il primo atto adottato dallo Stato e dalle regioni per l’attuazione del sistema a rete è stato l’Accordo del 24 gennaio 2008, repertorio n. 11/CSR, volto appunto alla costituzione del predetto sistema¹⁹. Nella premessa del documento si richiama la necessità di predisporre un piano integrato di sviluppo della rete per l’acquisto di beni e servizi, che tenga conto del preceitto normativo ma lo integri con uno studio sia dei modelli territoriali già operanti, sia di quelli in via di costituzione, così da puntare ad un’armonizzazione complessiva delle funzioni svolte dalle diverse centrali di committenza.

Le modalità per raggiungere lo scopo indicato sono diverse.

Innanzitutto, Stato e regioni sono stati concordi nel promuovere l’implementazione della rete valorizzando il ruolo e le attività delle centrali di committenza già operative a livello regionale, affinché le stesse si atteggino quale veicolo importante per lo sviluppo di altre centrali, con le quali condividere le competenze acquisite e, al contempo, collaborare alla costruzione di *partnership* strategiche.

Peraltro, e ciò pare un profilo che ben pone in evidenza lo spirito collaborativo del modello e del progetto complessivo di cui si discute, le parti firmatarie hanno previsto che il Ministero dell’economia e delle finanze possa prevedere specifiche azioni dirette alla realizzazione del sistema a rete, operando però in raccordo con le altre amministrazioni centrali competenti (tra cui, in primo luogo, il Cnipa, cui è assegnato un ruolo importante per i profili legati, in generale, all’informalizzazione delle procedure e, nello specifico, al riuso delle tecnologie²⁰), con le istituzioni regionali nonché con Consip e con le altre centrali di committenza regionali.

L’intervento del Ministero dovrà, inoltre, operare nel rispetto di tutti i modelli di centralizzazione degli acquisti che le regioni hanno già attivato o che stanno attivando, senza quindi imporre il modello delle centrali e cercando in ogni caso di giungere ad assetti che tendano all’armonizzazione complessiva del sistema nazionale di *procurement*. In quest’ottica, è importante evidenziare che l’effettiva realizzazione ed implementazione del progetto deve poggiare su un criterio cardine, riconducibile ai due principi di differenziazione ed adeguatezza di cui all’art. 118 della Costituzione: il sistema a rete è, infatti, definito come «progetto integrato a molteplici stadi, in relazione al livello di maturità delle diverse realtà territoriali» (art. 1). Superando, quindi, una impostazione di fondo che, sia pure con qualche eccezione, ha accompagnato buona parte dei processi di decentramento e riforma amministrativa che hanno interessato il nostro Paese a partire dai primi anni Novanta, in questo caso l’attuazione del cambiamento dovrà confrontarsi in modo flessibile con gli assetti regionali e locali: in specie, lo Stato dovrà sfruttare le proposte di tutti gli attori istituzionali per costruire azioni mirate realmente ai bisogni espressi dal territorio²¹.

In proposito, nell’Accordo sono individuate tre linee di articolazione dell’intervento ministeriale.

La prima fa riferimento, come accennato, a forme di collaborazione e condivisione delle conoscenze in cui sono messi a sistema i profili di rilievo delle centrali regionali di committenza operanti con successo, così da portare alla costituzione di nuove centrali ma anche ad un’accelerazione nel processo di funzionamento a pieno regime di altre ad oggi in fase costitutiva. In secondo luogo, tutte le componenti del sistema dovranno contribuire all’invio ed alla diffusione di informazioni utili mediante cui implementare uno specifico portale²². Infine, dovranno essere sviluppati acquisti comuni tra le centrali già operative e quelle in fase di avvio, muovendo in

¹⁹ Reperibile in www.statoregioni.it.

²⁰ Si consideri, in proposito, che l’intero art. 2 dell’Accordo è dedicato all’interoperabilità delle piattaforme di acquisto.

²¹ Per l’analisi dei principali caratteri del processo di decentramento amministrativo avviato con la legge n. 59/97 a dieci anni dalla sua emanazione, vedi L. Vandelli, *Il decentramento delle funzioni e il federalismo amministrativo*, in G. D’Alessio e F. Di Lascio (a cura di), *Il sistema amministrativo a dieci anni dalla “Riforma Bassanini”*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 119 e ss.

²² Il successivo art. 6 dell’Accordo fa espresso riferimento, in tal senso, all’evoluzione del portale *Acquisti in rete della PA* (www.acquistinretepa.it) mediante la sua configurazione in base a standard di accesso utilizzabili su tutto il sistema a rete e da tutti i livelli di governo. In quest’ottica, è espressamente richiamato il valore derivante dall’uso delle nuove tecnologie operative, come ad esempio il web 2.0.

direzione bilaterale: queste ultime, infatti, avranno facoltà di rivolgersi sia a Consip, sia alle centrali regionali, con possibilità in entrambi i casi di promuovere gare sovra regionali.

L'Accordo reca altresì disposizioni sull'interoperabilità tra le piattaforme di acquisto utilizzate dalle diverse centrali di committenza. In particolare, si pone in evidenza la necessità di individuare codifiche e standard comuni a tutta la rete, tali da vincolare anche le centrali attualmente in costituzione le quali, divenute operative, potranno scegliere se dotarsi di una propria piattaforma telematica oppure avvalersi, mediante il riuso, di piattaforme già utilizzate da altri soggetti²³. In tal modo, attraverso la richiesta di servizi in modalità *application service provider* (Asp), le centrali più «giovani» potranno generare significative economie di gestione²⁴.

Seguono indicazioni relative all'uso dei mercati elettronici, rispetto ai quali Stato e regioni sono stati concordi nel disporre in modo più stringente un uso centralizzato degli strumenti esistenti e, particolarmente, del Mercato elettronico della PA (c.d. Mepa)²⁵.

Le ragioni di fondo di questa impostazione sono due. Da un lato, infatti, i mercati elettronici, come attualmente articolati, richiedono elevate risorse per la loro gestione e, dunque, rendono poco economica la creazione di ulteriori piattaforme alternative o aggiuntive alle esistenti. In secondo luogo, per i firmatari dell'Accordo, l'*e-procurement* pare, per sua stessa natura, porsi come strumento «federale», stante la sua flessibilità gestionale e la possibilità di garantire una connessione tra amministrazioni ed imprese non direttamente collegata alla vicinanza territoriale²⁶.

Dal lato della domanda, inoltre, è evidenziata l'importanza di implementare il coordinamento tra le diverse centrali di committenza affinché le stesse possano avere un ruolo di impulso e proposizione nel selezionare, all'interno del mercato elettronico e nelle convenzioni stipulate, i settori merceologici ritenuti più rilevanti da parte delle amministrazioni regionali e locali.

Questo aspetto è stato posto in rilievo dal legislatore statale anche nella legge finanziaria 2010. L'art. 1, co. 227, della l. n. 191/2009 ribadisce, infatti, la possibilità che in sede di Conferenza e nel contesto del sistema a rete, siano indicati criteri utili per l'individuazione di categorie di beni e di servizi da porre come oggetto di accordi quadro conclusi da Consip. Così facendo, si ritiene possibile incidere in misura significativa sulla qualità e l'efficienza dei processi di acquisto.

L'aspetto considerato si lega con la realizzazione di uno specifico processo di analisi della domanda, non per singolo soggetto quanto rispetto alla misura complessiva dei partecipanti alla rete. Così facendo, infatti, sarà possibile individuare i reali fabbisogni delle predette amministrazioni nonché realizzare, in una seconda fase, un sistema utile a verificare il controllo dei consumi dalle stesse effettuati²⁷.

Nell'Accordo n. 11/CSR si prevede, infine, che la concreta attuazione delle disposizioni discusse avvenga sulla base dei lavori effettuati da un tavolo tecnico paritetico, operante attraverso gruppi di lavoro tematici ed istituito con un altro Accordo, adottato sempre il 24 gennaio 2008 con repertorio n. 15/CSR. A mente di tale provvedimento, il modulo organizzativo che si discute assume carattere permanente e ad esso sono conferite tutte le funzioni istruttorie per la realizzazione del sistema a rete. Nello specifico, il tavolo può operare a mezzo di specifici gruppi di lavoro i quali dovranno occuparsi delle materie espressamente indicate nell'Accordo, con la possibilità che, di volta in volta, ne sia richiesta, in ragione dei temi trattati o di specifici interessi da tutelare,

²³ Vedi l'art. 2 dell'Accordo.

²⁴ Ha agito in tal senso, ad esempio, la Regione Lazio con la costituzione di C.A.R., la piattaforma di intermediazione digitale gestita sotto il profilo tecnico dalla società LAit s.p.a. sulla base di un progetto di riuso della piattaforma di Intercent, agenzia della Regione Emilia – Romagna.

²⁵ Sul quale, per maggiori informazioni, vedi www.acquistinretepa.it. In dottrina, vedi D. Colaccino, *Gli appalti pubblici elettronici*, in L. Fiorentino e C. Lacava (a cura di), *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, Ipsoa, 2007; Id., *Piano strategico per l'implementazione dell'e-public procurement. Spunti di riflessione*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Astrid, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 307 e ss.

²⁶ Vedi l'art. 3 dell'Accordo.

²⁷ Vedi art. 4 dell'Accordo.

l'integrazione della composizione ordinaria²⁸. Le risultanze dell'attività svolta sono portate all'attenzione della Conferenza, che se ne avvale per adottare i successivi atti necessari a garantire la graduale attuazione del progetto sistema a rete.

In proposito, a distanza di due anni dall'adozione dei suddetti accordi, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture (Avcp) ha rilevato un sensibile ritardo nel quadro di attuazione del progetto rispetto ai tempi inizialmente previsti. Tale ritardo, almeno in parte, si ritiene sia dovuto ai tempi occorsi per la nomina dei nuovi rappresentanti del Governo a seguito dell'avvio della XVI Legislatura; in ogni caso, il differimento nell'attuazione delle fasi previste dagli accordi Stato-regioni «può evidentemente contribuire a ridurre fortemente i possibili impatti positivi attribuiti dalla legge alla messa a regime del sistema»²⁹.

3. L'ampiezza dei poteri regionali nel vigente sistema delle competenze

Esaminato l'assetto delle disposizioni comunitarie e statali in tema di centrali di committenza, occorre ora brevemente fare riferimento al grado effettivo di ampiezza della potestà legislativa regionale nella definizione dei modelli di centralizzazione degli acquisti, posto che pressoché tutte le regioni hanno definito il proprio assetto sulla base di un'apposita legge, poi attuata con ulteriori provvedimenti, molto spesso adottati dalla Giunta o dal suo Presidente.

In proposito, si è già avuto modo di ripercorrere, sul tema specifico, alcune delle decisioni rilevanti assunte dalla Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V, utili al fine di comprendere, al di là del dato testuale, i profili critici dell'esercizio dei poteri costituzionali in vario modo riconducibili alla funzione acquisti³⁰.

A riguardo, si può fare riferimento innanzitutto alla sentenza 15 novembre 2004, n. 345 della Corte costituzionale³¹, nella quale sono stati esaminati diversi ricorsi regionali posti contro numerose disposizioni della l. n. 289/02, in specie laddove veniva imposto alle amministrazioni aggiudicatici di ricorrere a procedure di gara comunitarie se le stesse intendessero procedere all'acquisto di beni e servizi per un importo di valore superiore a cinquantamila euro. Erano esclusi da tale imposizione solo alcuni soggetti tassativamente individuati (Comuni con popolazione inferiore a cinquemila abitanti, cooperative sociali e amministrazioni aderenti alle convenzioni quadro definite dalla Consip S.p.a. o, in alternativa, al mercato elettronico)³².

Nella pendenza della decisione, il quadro normativo oggetto di impugnativa è stato oggetto di diverse modifiche, alcune significative al punto da portare quasi tutte le regioni ricorrenti al ritiro dei propri ricorsi, stante la soddisfazione delle proprie pretese a causa dell'evoluzione legislativa intervenuta. In base al nuovo assetto, infatti, si è posta la tutt'ora vigente alternativa tra il ricorso alle convenzioni quadro stipulate da Consip e l'uso dei parametri di qualità e di prezzo da questa fissati nelle sue convenzioni quali limiti massimi all'acquisto «autonomo» di beni e servizi. La seconda possibilità è stata, però, rafforzata dalla previsione secondo cui la violazione degli obblighi

²⁸ Si tratta, nello specifico, di aspetti normativo-legali, tecnologie, processi e iniziative e strumenti di acquisto.

²⁹ Vedi, in merito, il rapporto conclusivo dell'indagine finalizzata al *Censimento ed analisi dell'attività contrattuale svolta nel biennio 2007-2008 dalle Centrali di Committenza Regionali e verifica dello stato di attuazione del sistema a rete*, approvato dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 27-28 gennaio 2010 e reperibile sul sito dell'Autorità (www.autoritalavoripubblici.it). L'osservazione riportata è tratta da p. 10.

³⁰ Sia consentito in proposito, rinviare a F. Di Lascio, *Corte Costituzionale, outsourcing delle funzioni strumentali e processi di acquisto*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 2007, pp. 191 e ss., nonché a Id., *L'acquisto di beni e servizi nel vigente sistema delle competenze legislative*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2006, 5, pp. 475 e ss. Vedi anche G. Fares, *La disciplina degli appalti sotto soglia e il sistema CONSIP al vaglio della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2004, 6, pp. 3859 e ss.

³¹ Reperibile in www.cortecostituzionale.it.

³² Vedi l'art. 24, co. 1 e co. 2, della l. n. 289/2002.

configurati avrebbe configurato causa di responsabilità amministrativa per i dirigenti degli uffici preposti agli acquisti.

Ciò nonostante, la Regione Veneto ha sostenuto la perduranza del proprio interesse a ricorrere. Nei suoi confronti la Corte costituzionale si è quindi espressa, delineando un orientamento di segno negativo.

Il Supremo collegio ha, infatti, sostenuto che la materia degli acquisti deve essere ricondotta alla tutela della concorrenza di cui all'art. 117, co. 2, lett. e, della Costituzione, ciò in considerazione del fatto che, oramai, le procedure ad evidenza pubblica (che rappresentano uno dei mezzi di esplicitazione della predetta funzione) hanno assunto un ruolo fondamentale per gli operatori economici interessati agli appalti pubblici. In particolare, la Corte ha posto evidenza sulla «forza» della tutela della concorrenza quale «materia-non materia» ovvero competenza trasversale in grado di condizionare ambiti diversi e, quindi, di legittimare un intervento legislativo statale anche in settori riconducibili alla potestà residuale regionale, come appare in prima istanza nel caso in discussione³³.

In base a quanto affermato, la Corte non ha, tuttavia, trascurato di affermare che si pone per il legislatore statale un limite invalicabile, apparente sproporzionata, rispetto all'obiettivo di tutela indicato, l'adozione di una norma atta ad imporre una disciplina di dettaglio tale da configurare una illegittima compressione dell'autonomia regionale³⁴.

Concludendo, la Corte ha affermato che le norme contenute nella l. n. 289/02, laddove impongono l'obbligo di effettuare procedure ad evidenza pubblica fissandone l'ambito oggettivo e soggettivo, così come quelle che collegano alla violazione di tale obbligo sanzioni civili (come la nullità del contratto stipulato) o misure di responsabilità amministrativa, sono pienamente legittime in quanto giudicate espressione del potere statale di regolazione del mercato e di promozione, al suo interno, di un corretto e pieno sviluppo della concorrenza tra gli operatori.

Nella sentenza 14 novembre 2005, n. 417, la Corte costituzionale ha deciso su alcuni ricorsi aventi ad oggetto la censura di incostituzionalità di disposizioni contenute nel d.l. n. 168/2004, come convertito dalla l. n. 191/2004. In particolare, le questioni discusse hanno riguardato l'apposizione di vincoli alle procedure di acquisto di beni e servizi operate dal legislatore statale, ritenute dalle regioni ricorrenti gravemente lesive delle proprie prerogative e della propria autonomia organizzativa.

³³ In generale sul tema, vedi G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in «Diritto pubblico», 2002, 3; Id., *Tutela della concorrenza*, in G. Corso e V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte spec., Milano, Giuffrè, 2006, I, pp. 3 e ss.; M. D'Alberti, *Concorrenza (Voce)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, II, pp. 1140 e ss.; Id., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in «Diritto amministrativo», 2004, 4, pp. 705 e ss; L. Buffoni, *La «tutela della concorrenza» dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in «Le istituzioni del federalismo», 2003, 3; R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in «Le Regioni», 2004, 4; P.A. Cinti e G. Savini, *L'attività normativa statale e la «tutela della concorrenza»*, in «Amministrazione in cammino», (reperibile all'indirizzo www.amministrazionincammino.luiss.it), 2004.

³⁴ L'orientamento è espresso nella sentenza 27 luglio 2004, n. 272, reperibile in www.cortecostituzionale.it. Per un commento sul tema, vedi A. Concaro e I. Pellizzone, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale*, in «Le Regioni», 2005, 3; M. Barbero, *Materie trasversali e federalismo fiscale: il caso della tutela della concorrenza - Brevi considerazioni critiche a margine di Corte Cost. 14/2004*, in «Amministrazione in cammino», (reperibile all'indirizzo www.amministrazionincammino.luiss.it), 2004; M. D'Angelosante, *La tutela della concorrenza*, in L. Vandelli e A. Pioggia, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 77 e ss. Per l'interpretazione data dalla Corte sull'incidenza del principio di tutela della concorrenza in rapporto alla disciplina dei contratti pubblici contenuta nel Codice degli appalti, vedi A. Massera, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, 12, pp. 1252 e ss.; A. De Michele, *La potestà legislativa delle Regioni in materia di contratti pubblici dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 401 e n. 431 del 2007*, in «Le istituzioni del federalismo», 2007, 5, suppl., pp. 7 e ss. Più recentemente, sullo stesso tema, vedi anche la sentenza 1° agosto 2008, n. 322 (reperibile in www.cortecostituzionale.it).

Si è fatto riferimento, nello specifico, alle disposizioni di modifica dell'art. 26, co. 3, della l. n. 488/99, attraverso cui si era prevista la facoltà, per le amministrazioni che intendevano acquistare beni e servizi, di scegliere tra il ricorso alle convenzioni centralizzate stipulate da Consip e l'indizione di una procedura autonoma in cui fossero utilizzati i parametri da questa indicati quali limiti massimi di spesa. In tal caso, si poneva, tuttavia, un generalizzato obbligo di trasmissione dei provvedimenti adottati agli uffici ed alle strutture interne deputate allo svolgimento del controllo di gestione.

Come nella sentenza n. 345/04, la Corte costituzionale ha ritenuto la questione non fondata, sia pure facendo leva su un principio distinto dalla tutela della concorrenza. Si è ritenuto, più precisamente, che nel caso in esame la controversia potesse essere interpretata alla luce dell'ambito materiale relativo al coordinamento della finanza pubblica, ciò anche alla luce del carattere facoltativo e non obbligatorio dell'opzione posta in carico alle amministrazioni regionali. A supporto della decisione, è richiamato l'orientamento espresso con la precedente sentenza 26 gennaio 2004, n. 36, secondo cui non sarebbe contestabile «la legittimità costituzionale della norma che consente agli enti autonomi di aderire alle convenzioni statali, trattandosi di previsione meramente facoltizzante»³⁵. Nella stessa ottica, la Corte ha precisato che «anche l'obbligo imposto di adottare i prezzi delle convenzioni come base d'asta al ribasso per gli acquisti effettuati autonomamente, pur realizzando un'ingerenza non poco penetrante nell'autonomia degli enti quanto alla gestione della spesa, non supera i limiti di un principio di coordinamento adottato entro l'ambito della discrezionalità del legislatore statale: mentre la previsione della trasmissione degli atti relativi agli organi di revisione contabile degli enti, al fine dell'esercizio dei controlli loro spettanti, ha carattere strumentale rispetto all'obbligo suddetto».

Diversamente, sia con riguardo ad ulteriori disposizioni che avevano introdotto vincoli molto stringenti per le spese riguardanti, tra l'altro, l'acquisto di beni e servizi da parte delle regioni e degli enti locali, sia in relazione ad ipotesi di responsabilità disciplinare ed erariale dei funzionari agenti in violazione delle nuove previsioni e rispetto a specifici obblighi di comunicazione e di controllo agli organi, la Corte ha accolto le censure prospettate dalle regioni.

In particolare, ha richiamato alcuni principi consolidati, espressi e ribaditi in precedenti decisioni, secondo cui devono essere giudicati incostituzionali vincoli che gravano su singole voci di spesa dei bilanci di regioni ed enti locali³⁶. Più specificamente, perché un limite alle politiche di bilancio possa essere considerato quale principio generale di coordinamento della finanza pubblica, esso deve avere ad oggetto «o l'entità del disavanzo di parte corrente oppure – ma solo “in via transitoria ed in vista degli specifici obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica perseguiti dal legislatore statale” - la crescita della spesa corrente degli enti autonomi». Pertanto, la legge statale può porre solamente limiti complessivi, tali da rendere gli enti territoriali liberi di disporre discrezionalmente l'allocazione delle risorse in loro possesso tra i singoli ambiti di spesa.

Gli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale, specialmente con la sentenza n. 345/04, tendono a delimitare piuttosto che ad ampliare i confini della potestà regionale, avvalendosi di principi connessi a materie trasversali per ridurne la portata effettiva. Pertanto, la riconduzione della disciplina relativa alla gestione dei processi di acquisto all'interno della tutela della concorrenza, rischia di porre in discussione sia i contenuti delle leggi regionali già emanate in questo settore, sia quelli delle norme di futura adozione.

Con ciò, naturalmente, non si vuole intendere che le regioni non abbiano la possibilità di individuare proprie peculiari modalità di organizzazione dei processi richiamati: la valorizzazione dei moduli organizzativi regionali si rinviene, d'altronde, in tutte le recenti disposizioni statali aventi ad oggetto la centralizzazione degli acquisti. L'autonomia regionale, tuttavia, e la conseguente predilezione per l'uno o l'altro modello organizzativo, non deve comportare deroghe al necessario svolgimento delle procedure di gara atte a realizzare quella concorrenza tra gli operatori

³⁵ Reperibile in www.cortecostituzionale.it.

³⁶ Vedi, in proposito, la già richiamata sentenza n. 36/2004 ma anche le sentenze nn. 376/2003 e 390/2004, tutte reperibili su www.cortecostituzionale.it.

che la Corte, così come il legislatore comunitario, hanno posto con forza quale principio generale dell'intero sistema ordinamentale.

A quanto detto deve aggiungersi il perdurante peso del vincolo derivante dai principi statali contenuti nella norme generali di coordinamento della finanza pubblica, riaffermato con la discussa sentenza n. 417/05. D'altro canto, con questa stessa decisione, la Corte ha ridefinito anche i confini dell'intervento statale, invasivo delle competenze legislative costituzionalmente garantite alle regioni per l'effettiva realizzazione della propria autonomia di spesa e di gestione.

È, quindi, solo alla luce di processi realmente collaborativi, peraltro non necessariamente fondati su atti di natura legislativa (come d'altronde appare quello promosso per la costituzione del sistema a rete), che Stato e regioni potranno trovare il giusto punto di equilibrio nell'esercizio delle rispettive competenze e, di conseguenza, adottare politiche effettivamente proficue per tutto il territorio nazionale.

4. Le centrali di committenza regionali

Sulla base del quadro costituzionale e normativo descritto e degli spazi da questo delineati per l'autonomia regionale, molte amministrazioni hanno provveduto a ridefinire il proprio assetto organizzativo in materia di approvvigionamenti di beni e servizi.

Caratteristica comune alle esperienze regionali è, come si è accennato, la ricerca di forme mediante cui attuare la centralizzazione degli acquisti. Dato questo elemento, ricorrente in termini di assetto dei sistemi regionali, si ravvisano forti diversità da territorio a territorio.

L'elemento più significativo, in tal senso, è dato dal grado di strutturazione prescelto per l'organizzazione della funzione in esame, che muove da modelli «leggieri» in cui alcuni soggetti istituzionali operano sulla base di accordi e convenzioni (sfruttando anche alcune delle forme associative previste dal d.lgs. n. 267/00 per gli enti locali, come ad esempio i consorzi), a modelli in cui l'amministrazione regionale ha deliberato l'istituzione di un nuovo soggetto giuridico cui imputare l'esercizio della funzione acquisti.

In entrambe le ipotesi è possibile ravvisare ulteriori modulazioni dell'assetto organizzativo, che poggiano sulla distinzione tra esercizio associato delle attività di approvvigionamento senza costituzione di un soggetto *ad hoc* e svolgimento delle stesse con relativa imputazione ad un soggetto appositamente costituito.

In tal senso, è possibile individuare i seguenti assetti:

1. uffici regionali che, in diverso modo, svolgono funzioni di aggregazione della domanda di più amministrazioni presenti sul territorio (è il caso della Regione Abruzzo, della Regione Veneto e della Regione Sicilia);
2. uffici regionali o altri soggetti giuridici (società per azioni) che svolgono la medesima funzione aggregativa ma attraverso lo svolgimento di gare sulla base di piattaforme telematiche poste a servizio delle amministrazioni interessate (è il caso della Regione Lazio e della Regione Puglia);
3. amministrazioni (spesso afferenti al sistema sanitario) che, sulla base di specifici accordi o convenzioni, svolgono gare quali consorzi di acquisto, individuando, tra di esse, una stazione appaltante unica (è il caso della Regione Emilia – Romagna, della Regione Lombardia e della Regione Valle d'Aosta);
4. consorzi o agenzie regionali, formalmente esterne rispetto all'organigramma della regione di riferimento ma prive di personalità giuridica e strettamente dipendenti dall'ente regionale (è il caso della Regione Emilia – Romagna, della Regione Friuli-Venezia Giulia, della Regione Umbria e della Regione Toscana);

5. società per azioni, a capitale interamente regionale, operanti secondo logiche e regole privatistiche (è il caso della Regione Campania, della Regione Piemonte e della Provincia autonoma di Trento)³⁷.

Rapportando questa classificazione alle definizioni normative prima esaminate, emerge innanzitutto come, sotto il profilo della natura giuridica, i modelli prescelti dalle regioni italiane possano tutti essere ricondotti alla nozione di centrale di committenza indicata dal d.lgs. n. 163/2006. Il Codice, infatti, si è detto, riferisce la nozione di amministrazione aggiudicatrice a taluni soggetti ben individuati ovvero «le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti»³⁸.

Se, invece, si esamina il grado di esternalizzazione della funzione acquisti rispetto all'organigramma dell'amministrazione regionale, ci si accorge che, in generale, non si presentano forme di c.d. esternalizzazione «forte»: in nessuna ipotesi, infatti, la competenza sugli approvvigionamenti di beni e servizi è affidata a soggetti formalmente e sostanzialmente distinti dalla stessa regione. In merito, si è, dunque, correttamente parlato di forme di esternalizzazione «debole», con locuzione riferibile specialmente ai casi in cui la scelta del modello giuridico risponde all'obiettivo di trasferire all'esterno del plesso organizzativo la funzione acquisti, imputandola però a soggetti strettamente controllati dall'amministrazione regionale³⁹.

Si tratta, peraltro, di una considerazione che è applicabile solo alle ultime due ipotesi sopra indicate ossia all'esercizio a mezzo di consorzi o agenzie regionali ed a quello fondato su società per azioni. Negli altri casi non si può dire, infatti, che vi sia la costituzione di un nuovo soggetto giuridico, realizzandosi piuttosto la costruzione di rapporti collaborativi e cooperativi tra più amministrazioni, sulla base di appositi atti consensuali.

Una significativa differenza tra i due modelli richiamati quali forme di esternalizzazione della funzione acquisti è che solo nelle società per azioni il soggetto istituito dall'amministrazione regionale è sicuramente dotato di personalità giuridica (con conseguenti riflessi in termini di maggiore autonomia organizzativa e gestionale), dovendosi invece effettuare una verifica caso per caso nei confronti dei consorzi e delle agenzie.

D'altro canto, è bene ribadire che, pure nelle fattispecie in cui l'opzione delle regioni si è orientata verso forme giuridiche più strutturate, si tratta pur sempre di società per azioni a totale

³⁷ Ulteriori dati nonché le fonti di riferimento utili a comprendere il concreto assetto di ciascun modello regionale, sono contenuti nella successiva Tabella 1. Nel citato Rapporto dell'Avcp volto al *Censimento ed analisi dell'attività contrattuale svolta nel biennio 2007-2008 dalle Centrali di Committenza Regionali e verifica dello stato di attuazione del sistema a rete* viene richiamato il censimento effettuato nel 2008 sullo stato di funzionamento o istituzione delle centrali di acquisto regionali, che sono classificate in tre macrocategorie, due delle quali riferite al settore merceologico di operatività (solo settore sanità o vari settori) e l'altra relativa alla forma giuridica ovvero con indicazione dei casi in cui le funzioni di centrale sono svolte da Asl regionali o sub - regionali uniche ovvero operanti da capofila per conto di altre Asl regionali nel settore della sanità (vedi p. 15).

³⁸ Art. 3, co. 25, d.lgs. n. 163/2006.

³⁹ Vedi, D. Colaccino, *L'approvvigionamento di beni e servizi tra modello Consip e centrali d'acquisto locali*, in L. Fiorentino e B. G. Mattarella, *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2007. In generale, sul tema delle esternalizzazioni si veda AA.VV., *Le esternalizzazioni (Atti del XVI convegno degli amministrativisti italo - spagnoli)*, Bologna, Bononia University Press, 2007 (in specie, G. Napolitano, *La Pubblica Amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, pp. 17 e ss. e F. Merusi, *Le esternalizzazioni: tendenze nel diritto amministrativo italiano*, pp. 259 e ss); G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in «*Diritto amministrativo*», 2005, 4, pp. 963 e ss.; D. Cepiku, *L'esternalizzazione nelle amministrazioni pubbliche. Teorie, politiche ed esperienze a livello internazionale*, Roma, Aracne, 2006; F. Di Lascio, *Quale esternalizzazione delle funzioni amministrative?*, in «*Queste istituzioni*», 2004, 133-134, pp. 165 ss.; Irpa, *Primo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2007; Irpa, *Secondo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2009; Dipartimento della funzione pubblica, *L'esternalizzazione strategica nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, Rubbettino, 2006; Dipartimento della funzione pubblica, *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni. Indagine sulla diffusione delle pratiche di outsourcing*, Roma, Rubbettino, 2005; Dipartimento della funzione pubblica, *Guida all'esternalizzazione di servizi e attività strumentali nella Pubblica amministrazione*, Roma, Rubbettino, 2004.

partecipazione pubblica, riconducibili sostanzialmente al modello *in house*⁴⁰. Ciò comporta che le medesime società, affinché possano ricevere direttamente la gestione della funzione acquisti da parte delle regioni che le hanno costituite, devono necessariamente essere dotate dei requisiti prescritti dal diritto comunitario per detta figura giuridica, specie in relazione al controllo analogo e ai soggetti destinatari dell'attività e dei servizi erogati.

In tal senso, è, quindi, rilevante porre attenzione all'assetto della partecipazione azionaria cui le stesse sono soggette, che configura la soddisfazione dei criteri richiesti per l'*in house* solo al ricorrere di talune specifiche condizioni nell'assetto concreto del governo societario da parte dell'ente o degli enti locali costituenti⁴¹.

In proposito, i casi regionali esaminati, con attenzione per i territori in cui si è proceduto all'istituzione di una società per azioni per lo svolgimento della funzione acquisti, presentano omogeneità nelle soluzioni adottate.

So.Re.Sa. s.p.a, Scr Piemonte s.p.a. e Lombardia Informatica s.p.a. (all'interno della quale, dal 2007, è operativa la Centrale Regionale Acquisti) nascono, infatti, con clausole statutarie che hanno previsto il controllo totale di un unico socio pubblico (rispettivamente, della Regione Campania⁴², della Regione Piemonte⁴³ e della Regione Lombardia⁴⁴) nonché l'impossibilità di prevedere future cessioni a soci privati.

Si differenzia, invece, Informatica Trentina s.p.a., il cui attuale socio di maggioranza è la Provincia autonoma di Trento e la cui partecipazione coinvolge l'amministrazione regionale nonché molti comuni e soggetti istituzionali del territorio⁴⁵. Peraltro, nel dubbio che potessero porsi problemi di compatibilità con i principi imposti al diritto interno dal diritto comunitario e alla luce del c.d. decreto Bersani, a fine 2006 la società ha avviato la cessione di diversi pacchetti azionari, con un processo concluso solamente alla fine del 2009 e volto, per l'appunto, ad adeguare l'assetto aziendale con i vincoli dettati dalla normativa e dalla giurisprudenza nazionale sulle società strumentali delle amministrazioni regionali e locali⁴⁶.

Oltre al grado di strutturazione del modello giuridico prescelto, è di interesse e può rappresentare un utile elemento di classificazione delle ipotesi studiate, porre in evidenza l'ambito dei destinatari dell'attività svolta dalle centrali regionali. In particolare, questo si presenta molto ampio quando include gli enti locali, gli enti del servizio sanitario e altri soggetti istituzionali presenti sul territorio, mentre è più ristretto quando rivolto solamente alle aziende sanitarie locali ed alle aziende ospedaliere.

Questa distinzione, tuttavia, non si pone in modo necessariamente alternativo o esclusivo. Alcune realtà territoriali hanno, infatti, adottato sistemi misti di centralizzazione in cui coesistono

⁴⁰ In generale, sulle società pubbliche nel sistema locale, vedi M. Cammelli e M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, in specie C. Vitale, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, pp. 63 e ss. nonché M. Cammelli e M. Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, pp. 347 e ss. Vedi anche R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, 1, pp. 11 e ss.

⁴¹ Per un commento ad alcune recenti decisioni in tema di società pubbliche *in house* vedi R. Caranta, *Ancora in salita la strada per le società miste*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2008, 11, pp. 1120 e ss.; G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2008, 11, pp. 1126 e ss.; R. Ursi, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in «Diritto amministrativo», 2004, 4, pp. 747 e ss.; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Torino, Giuffrè, 2008, pp. 315 e ss.

⁴² Vedi la l.r. n. 24/05 della Regione Campania nonché il sito <http://nuke.soresa.it>.

⁴³ Vedi la l.r. Piemonte n. 19/2007 nonché il sito www.scr.piemonte.it.

⁴⁴ Vedi le l.r. 33/07 e 14/97 della Regione Lombardia, nonché i siti www.lispa.it e www.centraleacquisti.regione.lombardia.it.

⁴⁵ Sugli orientamenti giurisprudenziali emergenti in tema di società *in house* costituite e governate da più enti locali, vedi M. Giorgio, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, 12, pp. 1269 e ss.

⁴⁶ Vedi www.infotn.it.

più centrali le quali si occupano, ciascuna nel proprio ambito, di operare acquisti solo per le amministrazioni che ad esse si rivolgono ed aderiscono.

4.1. Le centrali regionali esternalizzate

Si è detto che solo alcuni dei modelli regionali individuati per l'esercizio centralizzato dei compiti di approvvigionamento possono essere considerati vere e proprie forme di esternalizzazione della funzione acquisti.

Ci si è riferiti, in tal senso, alle ipotesi in cui si assiste alla costituzione di un nuovo soggetto giuridico al quale la funzione viene imputata o affidata e, in misura minore, a quelle in cui lo svolgimento dei compiti connessi agli acquisti avviene mediante l'uso di piattaforme telematiche che non sono gestite dalle amministrazioni regionali bensì da soggetti a queste esterni. Si tratta, in specie, di società per azioni che non hanno come oggetto principale della propria *mission* l'acquisto di beni e servizi in nome e per conto delle regioni di riferimento, essendo invece costituite prevalentemente per l'esercizio di funzioni connesse più in generale all'innovazione tecnologica ed all'informatizzazione dell'azione amministrativa. Solo nell'ambito dei loro molteplici compiti, quindi, detti soggetti si occupano anche dello svolgimento di gare telematiche finalizzate agli approvvigionamenti, non potendo pertanto essere considerati centrali di committenza nel senso proprio attribuito a questa figura dal Codice degli appalti e dalle fonti nazionali in materia.

Nel primo gruppo considerato possono essere individuate due categorie: da un lato, i consorzi e le agenzie regionali, e, dall'altro, le società per azioni. Rispetto ai primi, il modello da considerare è la Regione Emilia – Romagna⁴⁷. Nel secondo gruppo, sono invece incluse le società per azioni costituite dalla Regione Piemonte e dalla Regione Trentino - Alto Adige.

Infine, vi sono dei modelli intermedi, nel senso descritto, cui possono essere ricondotti quelli prescelti dalle regioni Lombardia e Puglia.

4.1.a. Intercent ER

Con la l.r. 24 maggio 2004, n. 11, intitolata *Sviluppo regionale della società dell'informazione*, la Regione Emilia – Romagna ha costituito l'agenzia regionale Intercent – ER, senza dubbio una delle realtà più innovative nel campo della centralizzazione degli acquisti per il settore pubblico.

La scelta per il modello dell'agenzia è inserita, dal citato provvedimento, nel più ampio contesto dell'informatizzazione dell'amministrazione regionale. L'intero Capo V della l.r. 11/2004 è, infatti, dedicato alla disciplina del sistema telematico di negoziazione e, in particolare, è stato l'art. 18, co. 1, della citata legge a prevedere l'introduzione di un sistema di *e-procurement* attraverso cui perseguire la razionalizzazione della spesa per l'approvvigionamento di beni e servizi⁴⁸. Dato questo obiettivo, il successivo art. 19, co. 1, ha poi stabilito che la sua promozione fosse affidata ad un'apposita agenzia regionale di sviluppo dei mercati telematici.

⁴⁷ Per i motivi già esposti, non sono prese in considerazione le centrali di committenza costituite per l'esercizio dell'acquisto nel solo settore della sanità, com'è il caso del Csc Friuli Venezia – Giulia, dell'ESTAV Toscana e dell'Agenzia Umbria Sanità.

⁴⁸ In specie, l'art. 18, co. 2, della legge prevede che mediante lo sviluppo di modalità informatiche e telematiche di negoziazione, il sistema tende: «a) a contenere la spesa, anche attraverso la definizione delle procedure di selezione dei fornitori, l'aggregazione e la standardizzazione della domanda, il monitoraggio dei consumi, lo sviluppo della concorrenza e l'adeguamento degli standard di qualità agli effettivi fabbisogni; b) a semplificare il processo di acquisto interno; c) a garantire l'autonomia nella pianificazione dei fabbisogni, nella emanazione degli ordini di acquisto e nel controllo dei consumi; d) ad assicurare la trasparenza del mercato degli appalti pubblici di servizi e forniture, stimolando l'ordinato sviluppo delle capacità concorrenziali; e) a perseguire la valutazione comparativa tecnica ed

Intercent-ER è stata attivata con decreto del Presidente della giunta regionale, sulla base di una preventiva delibera mediante cui erano state approvate le norme organizzative utili all'avvio delle attività dell'agenzia nonché ad una prima regolazione dei rapporti tra questa e la regione⁴⁹.

In generale, in Emilia – Romagna la possibilità di istituire agenzie e aziende per il perseguitamento delle finalità istituzionali, delle politiche dell'ente e per l'organizzazione e gestione di particolari attività e servizi, era già stata prevista poco prima dell'avvio di Intercent – ER dalla l.r. 24 marzo 2004, n. 6, intitolata *Riforma del sistema amministrativo regionale e locale. Unione europea e relazioni internazionali. Innovazione e semplificazione. Rapporti con l'Università*.

Questo provvedimento dedica l'art. 43 al modello delle agenzie e le distingue in due tipologie: agenzie operative ed agenzie di supporto tecnico e regolativo.

Le prime svolgono «compiti strettamente operativi ed attuativi comportanti consistenti volumi di lavoro e criteri d'azione specifici, in relazione ad attività che, se realizzate nell'ambito dell'ordinaria struttura dei servizi regionali, potrebbero comportare rilevanti problematiche organizzative o procedurali, oppure significativi rischi di disservizio». A tal fine, dispongono di risorse a destinazione vincolata (art. 43, co. 1).

Alle seconde spettano invece «compiti istruttori, di supporto progettuale alle funzioni di regolazione, standardizzazione e accreditamento proprie della regione Emilia-Romagna, in ambiti specificamente definiti, nei quali svolgono un'attività di ricerca e sviluppo sulla base di un'autonoma capacità ideativa e progettuale». Detti soggetti gestiscono le risorse loro assegnate nell'ambito di specifici progetti, all'avvio dei quali si attivano nell'esercizio delle suindicate funzioni (art. 43, co. 2).

Stante il quadro delle competenze ad essa affidate, Intercent pare riconducibile al primo dei due modelli richiamati dalla legge n. 6/2004. Peraltro, è alla stessa pienamente applicabile il disposto di cui all'art. 43, co. 3, del medesimo provvedimento, a mente del quale, se l'ordinamento prevede l'attribuzione ad un'agenzia della personalità giuridica, ritenendo che i compiti assegnati rendano necessaria una forte autonomia dall'amministrazione regionale, può essere derogato l'ordinario procedimento di istituzione con deliberazione della giunta. Nel caso in esame, infatti, si è detto che Intercent è stata formalmente istituita con decreto del Presidente della giunta regionale e, in tale atto, sulla base del disposto di cui alla l.r. n. 11/2004, è stata altresì prevista l'attribuzione della personalità giuridica all'agenzia⁵⁰.

A questo carattere, peraltro, si lega anche il riconoscimento di una forte autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria (nei limiti di quanto previsto dalla l.r. n. 11/2004, che sottopone Intercent all'indirizzo ed al controllo dell'amministrazione regionale), nonché l'imposizione dell'osservanza di criteri di efficienza, economicità ed efficacia nel perseguitamento della propria missione.

Il fondamento, l'ampiezza ed il contenuto dei poteri di controllo assegnati alla Regione possono essere delineati esaminando, in modo congiunto, diverse disposizioni contenute in altre fonti legislative regionali.

economica tra le diverse soluzioni disponibili sul mercato tenendo conto della rispondenza alle proprie esigenze, ma anche della possibilità di poter sviluppare programmi informatici specifici e del riuso da parte di altre amministrazioni dei programmi informatici appositamente sviluppati».

⁴⁹ In particolare, l'attivazione dell'agenzia si deve al decreto p.g.r. del 10 novembre 2004, n. 293 (reperibile in www.regione.emilia-romagna.it), mentre l'approvazione delle norme organizzative ad essa funzionali è avvenuta con la del. g.r. del 2 novembre 2004, n. 2163 (non pubblicata nel Bollettino ufficiale della regione). La procedura di istituzione dell'agenzia è indicata dall'art. 19, co. 1, della l.r. n. 11/2004.

⁵⁰ A tal proposito, si ricorda che l'art. 18, co. 3, della l.r. n. 11/2004 indica i compiti di Intercent nell'introduzione di «un sistema di negoziazione per gli acquisti di beni e servizi standardizzabili secondo le esigenze comuni, realizzato anche attraverso la stipulazione delle convenzioni» nonché di «procedure telematiche di acquisto di beni e servizi, realizzate sia attraverso gare telematiche, sia attraverso il mercato elettronico regionale». Posto, in ogni caso, che «La modalità inherente la gestione centralizzata degli acquisti di beni e servizi sarà adottata con particolare riferimento alla fornitura di beni e servizi di serie, standardizzati, fungibili e validati dai destinatari» (art. 19, co. 4). Il funzionamento del sistema di acquisto centralizzato è disciplinato, nel dettaglio, dall'art. 21 della suddetta legge, mentre le procedure telematiche di acquisto devono svolgersi secondo i criteri indicati dal successivo art. 22.

In primo luogo, l'art. 23 della l.r. n. 11/2004 ha stabilito che il rapporto di servizio tra l'agenzia e l'amministrazione regionale sia regolato da convenzioni operative della durata massima di trentasei mesi, attuate mediante accordi di servizio. Questi atti devono specificare «gli obiettivi di sviluppo del sistema, anche con riferimento ai diversi settori merceologici e di spesa, gli indicatori di risultato e gli incentivi per il conseguimento degli stessi, nonché il sistema di finanziamento della gestione, con modalità che garantiscano, anche attraverso appropriate forme di partecipazione degli utenti agli oneri di gestione, l'equilibrio di bilancio della struttura stessa».

In secondo luogo, l'art. 43, co. 6 e 7, della l.r. n. 6/2004 dispone che la giunta definisca, separatamente per le agenzie operative e per quelle di supporto tecnico e regolativo «a) le finalità e gli scopi specifici per i quali possono essere istituite [...]; b) le modalità di raccordo con le direzioni generali e con la giunta regionale; c) i livelli di autonomia procedurale e gestionale ed i poteri del direttore dell'agenzia; d) eventuali assetti organizzativi e funzionali; e) le modalità di assegnazione e di reperimento delle risorse finanziarie, strumentali ed umane; f) le modalità di assegnazione, da parte della giunta regionale, del budget necessario al funzionamento delle agenzie ed al perseguimento dei loro scopi, sulla base di una valutazione operata con il direttore dell'agenzia sulle concrete esigenze annuali e pluriennali; g) il livello retributivo del direttore dell'agenzia; h) le forme di controllo sui risultati, sull'attività e sulla gestione» (co. 6). Il secondo comma precisa, invece, che per le agenzie del tipo cui si è ricondotta Intercent, l'atto richiamato si occupi anche di prevedere l'attribuzione di compiti di natura prevalentemente operativa e di servizio, in attuazione di procedimenti statali o regionali e, solo in casi specifici e circoscritti, definiti dalla Regione, nonché di disporre che dette agenzie operino prevalentemente con tale amministrazione, con gli enti da essa dipendenti e con gli enti locali presenti sul territorio (co. 7)⁵¹.

Di grande rilievo per comprendere il ruolo di Intercent nel proprio territorio, è l'analisi dei soggetti in favore dei quali l'agenzia svolge la propria attività.

A riguardo, l'art. 19, co. 5, della l.r. n. 11/2004 ha stabilito che l'attività dell'agenzia debba essere rivolta, in via esclusiva, alla regione, agli enti regionali⁵², alle aziende del servizio sanitario regionale, agli enti locali, enti, aziende ed istituti da questi costituiti o partecipati e, infine, agli istituti di istruzione scolastica e universitaria. L'agenzia può prestare i propri servizi anche in favore di altre pubbliche amministrazioni, nonché di enti ed organismi di diritto pubblico, pure laddove appartenenti ad altre regioni (art. 19, co. 8). Peraltra, con disposizione di più recente introduzione, si è previsto che possano rientrare in tale novero le società e in generale gli organismi non ricompresi tra quelli citati, costituiti o partecipati in via maggioritaria dalle amministrazioni indicate con finalità di promozione e sostegno delle attività inerenti allo sviluppo economico, sociale, culturale, del territorio⁵³. Infine, i servizi di Intercent possono essere prestati anche in favore delle organizzazioni di volontariato «iscritte nell'albo regionale o nei registri provinciali delle organizzazioni di volontariato nonché dei centri di servizio al volontariato dell'Emilia-Romagna»⁵⁴.

Nel disegno del legislatore regionale, quindi, Intercent assume il ruolo di vera e propria «cabina di regia» del sistema degli acquisti, secondo un modello rafforzato anche dalla l.r. n. 28/2007, il cui art. 3 impone alle amministrazioni aggiudicatrici operanti nell'ambito del suddetto sistema regionale di avvalersi di Intercent nei casi e con le forme e modi previsti dalla l.r. n. 11/2004. Inoltre, quando i soggetti elencati possono decidere autonomamente, sulla base delle proprie valutazioni di opportunità, se ricorrere o meno alle procedure centralizzate gestite da

⁵¹ In concreto, la prima regolazione dei termini del rapporto tra la Regione ed Intercent sono stati indicati nella delibera della giunta regionale del 27 gennaio 2005, n. 125, recante lo *Schema di Convenzione operativa e accordo di servizio da sottoscriversi con Intercent – ER; approvazione del regolamento di organizzazione e contabilità di Intercent – ER e del relativo bilancio di previsione per l'anno 2005* (non pubblicata nel Bollettino ufficiale della regione).

⁵² Si tratta, in particolare, delle agenzie, delle aziende, degli istituti e, in generale, degli organismi di diritto pubblico dalla stessa Regione costituiti, purché privi di personalità giuridica privatistica, nonché dei loro consorzi ed associazioni.

⁵³ Il co. 8 bis dell'art. 19 in esame è stato aggiunto alla l.r. n. 11/2004 dall'art. 32 della l.r. 26 luglio 2007, n. 13.

⁵⁴ Vedi il co. 8 ter dell'art. 19 della l.r. n. 11/2004, aggiunto dall'art. 1 della l.r. 30 novembre 2009, n. 21.

Intercent, gli stessi devono comunque effettuare una valutazione preliminare di convenienza in merito agli strumenti ed alle possibilità di acquisto proposti dalla centrale.

La molteplicità e la conseguente ampiezza delle categorie di potenziali destinatari delle attività e dei servizi offerti dall’agenzia ha radice, d’altronde, nel forte collegamento tra la sua azione e il progetto di *e-government* promosso dalla Regione Emilia – Romagna: a questa iniziativa, infatti, partecipano ben quarantanove amministrazioni presenti sul territorio regionale quali utilizzatori del sistema di intermediazione con il mercato nei processi di acquisto. L’obiettivo del medesimo progetto è, d’altronde, indicato nella stessa legge istitutiva di Intercent che richiama espressamente l’importanza di promuovere «la partecipazione delle piccole e medie imprese alle diverse procedure di *e-procurement* delle pubbliche amministrazioni» (art. 19, co. 7, l.r. n. 11/2004)⁵⁵.

Infine, con riferimento alla forma giuridica di Intercent, dalla lettura dell’art. 20 della legge istitutiva emerge che la scelta per il modello agenzia operativa sia funzionale ad una successiva trasformazione in società per azioni, avente ad oggetto sociale esclusivo la gestione del sistema centralizzato di acquisti e delle attività a questo strumentali. Tale possibilità è ammessa in ragione dei risultati conseguiti nel consolidamento del sistema di razionalizzazione degli acquisti, come valutati dalla Giunta regionale ed espressi in apposita relazione al Consiglio. In caso di trasformazione, alla società potrebbero partecipare anche altri enti pubblici, a condizione che la Regione mantenga sempre la maggioranza del capitale.

4.1.b. Scr Piemonte s.p.a.

Con la l.r. n. 19/2007, la Regione Piemonte ha istituito la Società di Committenza Regione Piemonte s.p.a. (Scr), società di capitali interamente partecipata dall’amministrazione regionale. Stando al disposto normativo, Scr è stata espressamente costituita quale centrale di committenza, ai sensi delle norme e dei principi comunitari e nazionali in materia ed il suo scopo attiene alla razionalizzazione della spesa pubblica ed all’ottimizzazione delle procedure di scelta del contraente, specialmente con riguardo ai settori delle infrastrutture, dei trasporti, delle telecomunicazioni e della sanità (art. 1).

Le funzioni e le competenze della società sono rese in dettaglio dal successivo art. 2, co. 2, a mente del quale Scr deve occuparsi della redazione dei documenti preliminari alla progettazione ed alla realizzazione di studi di fattibilità su opere di interesse, dell’acquisto di forniture e servizi (anche mediante sistemi dinamici di acquisizione), dell’aggiudicazione di appalti pubblici secondo quanto previsto dal Codice dei contratti, della conclusione di accordi quadro destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori nonché di tutte le attività accessorie e strumentali alle attività indicate.

Come nel caso di Intercent, anche la Scr s.p.a. svolge la sua attività in favore di molti soggetti. Ai sensi dell’art. 3 della legge istitutiva, infatti, rientrano nel novero dei servizi da essa offerti le medesime categorie ammesse per la predetta agenzia, con l’eccezione dei soggetti del volontariato e con l’aggiunta delle agenzie territoriali per la casa.

Le condizioni a cui è ammesso il ricorso alla società sono, però, differenziate, con modalità che pongono un regime abbastanza stringente all’autonomia dei soggetti coinvolti.

Nello specifico, per i compiti propri della centrale di committenza, la regione, gli enti regionali, gli organismi di diritto pubblico dalla regione costituiti o partecipati, i loro consorzi o associazioni e, infine, gli enti del servizio sanitario regionale, ricorrono alla Scr s.p.a. per i soli interventi individuati nella programmazione che la giunta regionale deve effettuare annualmente in relazione alle attività di interesse regionale da assegnare alla società. Tale assetto può essere

⁵⁵ Ulteriori informazioni possono essere rintracciate nel sito www.intercent.it. Il modello collaborativo emergente in Emilia – Romagna è rilevato anche da A. Leli, *Le centrali d’acquisto territoriali: modelli diversi per un obiettivo comune*, disponibile sul sito www.astrid.eu. L’Autore parla, infatti, di «forte condivisione (e non sovrapposizione) di obiettivi tra l’agenzia regionale e le Amministrazioni del territorio utilizzatrici».

derogato in caso di urgenza, previa comunicazione alla giunta. Tutti gli altri soggetti, invece, hanno facoltà di ricorrere alla centrale regionale solamente sulla base di apposite convenzioni.

La l.r. n. 19/2007 si occupa poi di indicare i criteri di gestione che la società deve adottare nell'espletare le sue funzioni (art. 4) e di individuare gli organi della società (art. 5). Questo secondo aspetto, in particolare, ha ricevuto una regolazione specifica nello statuto della società, che dedica il Titolo III, artt. 6 -14, alle indicazioni dei compiti di ciascun organo nonché alle relative modalità di funzionamento⁵⁶.

4.1.c. Informatica Trentina s.p.a.

Come accennato, l'esercizio della funzione acquisti nel territorio della Provincia autonoma di Trento avviene sulla base di una convenzione stipulata tra l'amministrazione e la Informatica Trentina s.p.a.

La società è stata costituita sulla base della l. prov. n. 10/1980, intitolata *Istituzione di un sistema informativo elettronico provinciale*, nella quale la provincia ha stabilito di affidare in concessione ad una società per azioni a prevalente capitale pubblico «l'impianto, lo sviluppo e la gestione del sistema informativo elettronico» finalizzato alla raccolta ed elaborazione di dati socio - economici nell'ambito provinciale nonché al soddisfacimento delle esigenze di automazione della Provincia e di altri enti operanti nel territorio ed interessati a tale servizio (art. 2). L'ambito di attività svolte da Informatica Trentina s.p.a. è, dunque, molto più ampio dell'esercizio dei compiti connessi all'approvvigionamento di beni e servizi in favore di amministrazioni ed enti insistenti nell'ambito provinciale⁵⁷.

Peraltro, il ruolo della società è stato recentemente riarticolato nel contesto del più ampio processo riformatore che ha interessato la provincia a seguito dell'emanazione della l. prov. n. 3/2006, recante norme di riordino del sistema amministrativo provinciale. In particolare, con l'obiettivo di assicurare ai soggetti istituzionali strumenti operativi comuni, si è proceduto ad una nuova definizione dei compiti delle agenzie e delle società pubbliche costituite e partecipate dalla Provincia e, in tale contesto, Informatica Trentina s.p.a. è stata individuata quale soggetto chiave operante nel settore dei servizi informatici, sia con riferimento alla diffusione delle tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni, sia in quanto vera e propria «società di sistema». È in tal senso, infatti, che è stata prevista la possibilità di partecipazione al capitale sociale da parte degli enti locali e, contemporaneamente, sono state disposte regole volte a realizzare un nuovo sistema di *governance* societaria⁵⁸.

Per comprendere in che modo, all'interno del descritto procedimento complessivo di riordino, si delinei il ruolo di Informatica Trentina s.p.a. quale centrale di committenza, occorre fare riferimento ad ulteriori disposizioni mediante cui la provincia ha, nel tempo, progressivamente disegnato l'assetto vigente dei modi di esercizio di tali funzioni da parte della citata società.

⁵⁶ Lo statuto è reperibile sul sito della Scr s.p.a. (www.scr.piemonte.it).

⁵⁷ In proposito, vedi, ad esempio, la descrizione dei servizi offerti nella Carta dei servizi di Informatica Trentina s.p.a. (reperibile in www.infotn.it).

⁵⁸ Vedi, in proposito, la delibera della giunta provinciale n. 468/2008, intitolata *Approvazione dello schema di convenzione per la «governance» di Informatica Trentina S.p.A. quale società di sistema, ai sensi degli articoli 33, comma 7 ter e 13, comma 2, lettera b) della legge provinciale 16 giugno 2006, n. 3 (Norme in materia di governo dell'autonomia del Trentino). Atti consequenti.* (reperibile in www.delibere.provincia.tn.it). Il funzionamento del sistema descritto non pare, dunque, essere stato influenzato dalla costituzione dell'Agenzia per i servizi prevista dall'art. 39 bis della l. prov. n. 3/2006, come introdotto dall'art. 23 della l. prov. n. 23/2007 ed a mente del quale a detto soggetto avrebbero potuto essere attribuite, in via regolamentare e previa intesa con il Consiglio delle autonomie locali, le attività amministrative di acquisizione di servizi e forniture nonché quelle relative alle procedure di appalto di opere pubbliche. In proposito, vedi il commento di M. Cozzio, *Al via la centrale di committenza trentina con la formula dell'agenzia*, in Giustizia Amministrativa, 2009, 7 (reperibile in www.giustamm.it).

Si tratta, in primo luogo, dell'art. 39 *bis* della l. prov. n. 23/1990, come introdotto dalla l. prov. n. 3/2001. Questa disposizione, intervenendo sulla disciplina dell'attività contrattuale, ha individuato nella provincia il soggetto deputato a definire convenzioni di acquisto con imprese selezionate attraverso procedura competitiva nonché a costituire consorzi di acquisto di beni e servizi con altri enti operanti sul territorio provinciale. La stessa disposizione ha poi ammesso la possibilità che tali iniziative, se non direttamente realizzate dalla Provincia, potessero essere affidate in concessione a una società per azioni a totale capitale pubblico.

Successivamente, il predetto art. 39 *bis* è stato modificato dall'art. 71 della l. prov. n. 1/2002, il quale ha aggiunto un periodo al co. 3, prevedendo la facoltà che l'esercizio delle richiamate funzioni in tema di approvvigionamenti potesse essere rimesso «alla società cui sono affidati i servizi disciplinati dalla legge provinciale 6 maggio 1980, n. 10 (*Istituzione di un sistema informativo elettronico provinciale*)», ovvero alla Informatica Trentina s.p.a.

Questo assetto normativo è stato poi attuato e definito con la del. g.p. n. 1211/2003, a mezzo della quale è stato avviato un importante progetto di *e-procurement* articolato in due fasi: nella prima, di tipo sperimentale, la provincia ha individuato in Informatica Trentina s.p.a. la società incaricata di realizzare la «struttura di servizio» provinciale per gli acquisti, mentre nella seconda si è proceduto all'avvio a regime mediante la stipulazione, nel 2006, di un'apposita convenzione operativa tra la società e l'amministrazione, così da individuare le concrete modalità di erogazione dei servizi indicati.

La delibera è un documento molto utile per comprendere quale siano stati gli obiettivi che l'amministrazione provinciale si è posta nel momento in cui ha deciso avviare la costruzione di un assetto centralizzato di *procurement* nel proprio territorio e, in specie, quali siano stati i passaggi che l'hanno portata a favorire il modello di una centrale acquisti esterna rispetto al suo plesso organizzativo.

In specie, quanto ai primi, il documento richiama «l'esigenza di ridurre la spesa e di conseguire un recupero di efficienza del settore pubblico» - quali fattori guida - «nella ricerca di scelte gestionali evolute nelle politiche di acquisto, finalizzate alla modernizzazione e alla riorganizzazione delle procedure di acquisto di beni e servizi, realizzate mediante la programmazione dei bisogni, alla razionalizzazione dei processi di approvvigionamento e alla semplificazione delle procedure di spesa». Viene, di seguito, ripercorsa l'evoluzione delle fonti normative statali sulle politiche di acquisto, con attenzione per la possibilità introdotta dalla legge finanziaria 2001 di realizzare l'aggregazione di enti di spesa decentrati per l'elaborazione di strategie comuni di approvvigionamento attraverso la standardizzazione degli ordini per specie merceologiche. Si evidenzia, infine, come, dopo aver costruito a livello provinciale un assetto delle fonti che sostenesse la possibilità di effettuare scelte innovative in tema di *procurement*, l'amministrazione abbia giudicato necessario effettuare un'analisi di fattibilità volta ad «acquisire gli idonei elementi strutturali atti a determinare la realizzabilità economico-finanziaria per la costituzione di una Centrale acquisti locale».

Al termine di questo studio, sono state individuate quattro opzioni possibili tra le quali selezionare quella considerata più opportuna per la costituzione della centrale di committenza: l'individuazione di una struttura interna all'ente provinciale, l'adesione alle convenzioni stipulate da Consip, l'adesione a centrali acquisti di tipo «privatistico» e, infine, la costituzione a livello locale di una struttura con funzioni di centrale di committenza. Quest'ultima modalità è apparsa maggiormente in grado di consentire la realizzazione di un'effettiva convenienza nella gestione della funzione acquisti, sia in relazione al dimensionamento quantitativo della spesa per approvvigionamenti, sia con riguardo all'attitudine di creare un sistema a rete sul territorio provinciale in cui siano coinvolti i soggetti istituzionali ivi operanti ed è stata, sulla base di tali motivazioni, prescelta dalla Provincia.

Tuttavia, in luogo di costituire *ex novo* un soggetto cui affidare le competenze in tema di acquisti, è emerso l'orientamento di procedere all'attivazione della centrale di committenza conferendone le relative funzioni alla Informatica Trentina s.p.a.. L'amministrazione provinciale ha,

infatti, ritenuto che la società detenesse già le necessarie capacità tecniche e di infrastrutturazione tecnologica utili alla realizzazione del progetto e questo aspetto è parso di rilevante importanza al fine di limitare ad aspetti organizzativi e di carattere giuridico-amministrativo gli impegni derivanti dal nuovo disegno organizzativo.

I rapporti tra la Provincia, i propri enti funzionali, gli enti locali e la società sono stati regolati con apposita convenzione, documento al quale è stata rinvciata la definizione di ogni aspetto necessario per lo svolgimento delle funzioni derivanti dall'affidamento in concessione.

Successivamente, all'interno della Informatica Trentina s.p.a. è stata costituita, nell'ambito delle direzioni di linea previste in organigramma, una Direzione acquisti quale unità responsabile di tutte le attività di gestione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi in favore sia delle amministrazioni «clienti», sia della stessa società⁵⁹. È questa struttura che, attraverso una graduale introduzione dei principali strumenti di *e-procurement* (in particolare, avvalendosi di negozi elettronici, gare telematiche e del mercato elettronico), sta esercitando la funzione di centrale acquisti in favore della Provincia, dei suoi enti strumentali, degli enti locali nonché delle università e delle società pubbliche controllate dall'amministrazione provinciale, con risultati significativi già dal primo anno di attività⁶⁰.

4.1.d. Lombardia Informatica s.p.a.

Anche in Lombardia, la soluzione adottata è stata quella della centrale di committenza regionale ma con conferimento di funzioni ad una società per azioni già esistente. Nel caso di specie, e come sopra accennato, la Centrale regionale acquisti è stata costituita all'interno della Lombardia Informatica s.p.a., in attuazione di quanto disposto dall'art. 1 della l.r. n. 33/07 (c.d. collegato alla legge finanziaria regionale 2008).

Questo provvedimento ha modificato la l.r. n. 14/97, che si occupava di disciplinare l'attività contrattuale della regione e, al fine di razionalizzare le procedure di acquisto, ha stabilito che le stesse potessero essere esperite anche attraverso l'uso di sistemi e strumenti telematici, mediante il ricorso a infrastrutture tecnologiche appositamente predisposte oppure avvalendosi di modalità centralizzate di acquisto, ivi compreso il modello della centrale acquisti di cui all'art. 33 del Codice degli appalti⁶¹.

Ciò detto, si è poi espressamente disposto che le funzioni di centrale di committenza fossero esercitate dalla Lombardia Informatica s.p.a., il cui oggetto sociale è in verità ben più esteso. In particolare, a mente dell'art. 4 dello Statuto si legge che: «La Società ha per oggetto la fornitura di servizi e prestazioni informatiche, nonché ogni attività a tali servizi connessa, contemplati dai piani e progetti approvati dalla Regione Lombardia»⁶².

⁵⁹ Vedi <http://www.infotn.it/IT/organizzazione/>.

⁶⁰ Vedi ulteriori dettagli in <http://www.infotn.it/IT/approvvigionamenti-e-procurement/>.

⁶¹ La disposizione richiamata ha sostituito l'art. 3, co. 7, della l.r. n. 14/97.

⁶² Tale oggetto ampio è ulteriormente specificato con riferimento alle seguenti attività:

«- la creazione e la conduzione di progetti per l'introduzione e l'utilizzo della tecnologia dell'informazione e della comunicazione (Ict) nella regione Lombardia, compresa l'individuazione delle tecniche di gestione più adatte al raggiungimento degli obiettivi di servizio indicati dalla regione stessa, in un quadro di costi/benefici controllabile;

- l'individuazione di nuove tecnologie (ad esempio: Market Place, Digital Terrestrial Television, etc.) finalizzate a migliorare i processi operativi dell'amministrazione regionale i quali, attraverso la razionalizzazione e semplificazione amministrativa del sistema, creino valore ai servizi per il cittadino, valorizzando gli investimenti già effettuati, relativi ai sistemi ed ai sottosistemi già presenti, nonché valutando gli impegni ed i ritorni di quelli da effettuare;

- l'impostazione e lo svolgimento di gare pubbliche per incarico della Regione, anche a favore di altri organismi di diritto pubblico di interesse regionale, per il reperimento di contraenti privati destinati a realizzare i progetti di cui al punto precedente, ove non affidati alle altre articolazioni della attuale S.p.A. Lombardia Informatica;

- il controllo delle forniture e dei livelli di servizio prestati da terzi alla Regione, nell'ambito di contratti scaturenti dalle gare di cui al punto precedente, allo scopo di identificarne gli impatti operativo - gestionali, di migliorare l'operatività delle innovazioni previste, di monitorare i livelli di servizio di tutte le prestazioni erogate dall'amministrazione, di

I compiti della Lombardia Informatica quale centrale acquisti regionale sono stati precisati dall'art. 1, co. 4, della l.r. n. 33/07, il quale ha stabilito che la Lombardia Informatica s.p.a., sulla base della programmazione regionale e con attenzione alle esigenze degli enti istituzionali coinvolti nel processo di aggregazione degli acquisti rispetto a singole categorie merceologiche, provvedesse a stipulare convenzioni sul modello Consip, ad aggiudicare appalti di beni e servizi destinati ad uno o più soggetti, a concludere accordi quadro e ad istituire sistemi dinamici di acquisto. Secondo il disposto normativo, gli enti suddetti sono quelli di cui all'art. 1 della l.r. n. 30/06 ovvero gli enti del c.d. sistema regionale: la Regione, gli enti e le aziende (anche autonome), da essa istituiti, gli enti del servizio sanitario regionale e le società regionali. A questo elenco, l'art. 4 dello statuto della società aggiunge gli enti locali territoriali e, in generale, i soci, precisando che non possono essere forniti servizi a questi soggetti «se non in relazione a specifici contratti, anche multilaterali, nei quali il corrispettivo sia determinato in base ai livelli di mercato»⁶³.

Sotto il profilo organizzativo, come nel caso della Informatica Trentina s.p.a., le funzioni svolte dalla centrale in relazione all'acquisto di beni e servizi, sono state assegnate ad una specifica unità operativa, denominata Direzione Centrale Regionale Acquisti e collocata nell'ambito delle strutture dell'Area Demand della società.

Infine, secondo l'art. 1, co. 6, l.r. n. 33/07, le attività della centrale di committenza devono essere svolte mediante l'uso della piattaforma regionale per l'*e-procurement* già prevista nell'Accordo di programma quadro *Società dell'informazione* siglato il 4 aprile 2005. La piattaforma, denominata Sistema di intermediazione telematica (Sintel), deve permettere lo svolgimento di procedure di affidamento da gestire, in tutto o in parte, con sistemi telematici.

4.1.e. InnovaPuglia s.p.a.

Dopo un lungo periodo di sperimentazione, la Regione Puglia ha recentemente disciplinato con fonte legislativa il proprio sistema centralizzato di acquisti, rendendo permanente il modello di cui alla del. g.r. 28 giugno 2005, n. 945.

Questo provvedimento ha regolato la Convenzione quadro fra l'amministrazione regionale e la Società Tecnopolis Csata s.c.a.r.l, avente ad oggetto alcune attività contenute del Por Puglia 2000-2006 in tema di società dell'informazione e di *e-government*. Tra queste, era richiamato il Progetto 2.5, denominato *Centri Territoriali per l'aggregazione dei processi di acquisto degli Enti Locali pugliesi* (CAT), il cui obiettivo consiste nella realizzazione di un sistema telematico a supporto dei processi di *marketplace* per la compravendita di beni e servizi delle amministrazioni presenti sul territorio regionale⁶⁴.

Per l'attuazione delle attività descritte nella convenzione, la Regione ha disposto un affidamento diretto in favore della Tecnopolis s.c.a.r.l, ponendo in essere una procedura legittima secondo le disposizioni vigenti in materia di contratti pubblici al momento della stesura dell'atto, in merito alla quale era stato richiesto ed ottenuto un parere favorevole da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha ritenuto di poter qualificare la società come organismo di diritto pubblico ai sensi degli indici richiesti dal diritto comunitario per tale figura giuridica⁶⁵.

valutare la persistenza nel tempo degli aspetti costi/prestazioni, anche con riferimento alle alternative eventualmente presenti sul mercato». Lo statuto della Lombardia Informatica s.p.a. è reperibile in www.lispa.it.

⁶³ In proposito, si segnala che in diversi punti dello statuto della società si utilizza il termine «soci» (vedi, ad esempio, art. 3, art. 4, co. 3, art. 6, co. 3), mentre in realtà l'art. 7 dell'atto stabilisce che «può essere socio solo la Regione Lombardia». Quanto al rapporto tra la Centrale regionale acquisti e gli enti territoriali, si segnala il Protocollo d'intesa siglato tra la Regione Lombardia e l'Anci Lombardia il 13 giugno 2008 nel quale, tra l'altro, le parti si impegnano a sviluppare specifiche modalità di collaborazione e partecipazione (punto 6) (reperibile in www.centraleacquisti.regione.lombardia.it).

⁶⁴ La bozza della convenzione approvata in via definitiva nel 2005 era, peraltro, già stata oggetto della del. g.r. del 10 agosto 2001 n. 1162.

⁶⁵ Tra le motivazioni adottate, la Presidenza del Consiglio ha rilevato anche la detenzione della quota di maggioranza da parte della regione nel capitale azionario della Tecnopolis s.c.a.r.l. Vedi in proposito la nota Pcm 13 luglio 2004, n. 66.

Successivamente, è stata emanata la l.r. n. 26/2006, alla quale è stata data attuazione con la del. g.r. 3 agosto 2007, n. 1381, che si è occupata in particolare del disposto di cui all'art. 20 della citata legge, recante disposizioni sulla costituzione di unioni di acquisto tra gli enti operanti nel settore sanitario⁶⁶.

In proposito, è rilevante osservare come tale delibera abbia posto le basi per la realizzazione di un progetto di centralizzazione degli acquisti che non interessa solamente la sanità. Ciò è evidente se si guarda agli obiettivi del progetto Cat, mediante cui si vuole realizzare un modello di processo di approvvigionamento *on line* rivolto, oltre che agli enti del servizio sanitario regionale, anche alla regione ed agli enti a questa collegati. Inoltre, viene prefigurata la realizzazione a regime e la messa in esercizio di un sistema regionale e non settoriale di *e-procurement*, promosso ed esteso su base volontaria anche agli enti locali.

Occorre considerare, inoltre, che la del. g.r. n. 1381/2007 è intervenuta, come si è detto, al termine di una fase di sperimentazione durata quarantadue mesi, nel corso dei quali è stata portata a termine sia la progettazione preliminare, sia quella definitiva del progetto Cat. Per tale ragione, il provvedimento ha chiarito nelle premesse come, al fine di concludere anche la progettazione esecutiva, fosse necessaria la definizione di specifici presupposti normativi e, in specie, la redazione di una bozza di disegno di legge regionale volta ad istituire formalmente il centro di acquisto ed a disciplinarne la struttura, l'organizzazione e le attività.

È in tale contesto che la Regione ha emanato la l.r. n. 4/2010, il cui art. 54 è dedicato specificamente alla Centrale di acquisto territoriale denominata EmPULIA. L'attività della centrale, attraverso il cui utilizzo l'amministrazione regionale intende promuovere la razionalizzazione degli acquisti per beni e servizi dei soggetti istituzionali aventi sede nel proprio territorio, si fonda sull'uso di strumenti telematici, (in particolare, su un sistema informatico complesso sviluppato nell'ambito del piano regionale di *e-government*) e sulla base di un accordo di programma sottoscritto tra la Regione Puglia, il Ministero dell'economia e delle finanze ed il Ministero per l'innovazione e tecnologie⁶⁷.

Nuovamente, nel citato provvedimento si specifica che le attività di EmPULIA hanno carattere sperimentale sino alla fine dell'anno 2012 e che solo dopo tale ulteriore periodo, si procederà all'istituzione della centrale acquisto territoriale quale soggetto competente per l'esercizio in via definitiva delle funzioni di centrale di committenza in favore dei soggetti prima richiamati, ai sensi e secondo il disegno di cui al d.lgs. 163/2006. Aldilà di tale generico rinvio, la l.r. n. 4/2010 si occupa di chiarire quali saranno i compiti di EmPULIA e precisa che la stessa dovrà occuparsi dell'aggiudicazione di appalti destinati alle amministrazioni coinvolte, della stipulazione delle convenzioni quadro del tipo previsto dall'art. 26 della l. n. 488/1999 e della conclusione di accordi quadro ai sensi dell'art. 59 del Codice degli appalti. A queste funzioni, che ricalcano quelle già assegnate da altre regioni alle proprie centrali, si aggiunge la gestione e tenuta dell'albo dei fornitori *on line* previsto da un apposito regolamento regionale (co. 6).

Il sistema centralizzato progettato dalla regione Puglia pare, peraltro, articolato nel pieno rispetto delle disposizioni statali sui processi di acquisto di beni e servizi e, in specie, con riferimento a quelle contenute nella l. n. 296/2006: la l.r. n. 4/2010 prevede, infatti, l'obbligatorietà dell'adesione alle convenzioni quadro per le regioni e per gli enti ed aziende del servizio sanitario nazionale e, invece, sancisce la facoltatività di tale adesione per gli enti locali ed i loro consorzi o

⁶⁶ La delibera è, infatti, intitolata *Sperimentazione del Centro Territoriale per l'aggregazione dei processi di acquisto degli Enti Locali Pugliesi (progetto Cat) ed adempimenti connessi all'art. 20, comma 4, della Legge regionale 9 agosto 2006, n. 26*. L'art. 20, co. 4, della l.r. n. 26/2006 fa riferimento, in particolare, all'istituzione del nucleo regionale per il coordinamento delle unioni d'acquisto, collocato presso l'Assessorato alle politiche della salute della regione ed incaricato della pianificazione, promozione e sviluppo delle attività connesse con l'acquisizione della domanda di beni necessari per il funzionamento delle aziende del servizio sanitario nazionale realizzati sulla base di protocolli d'intesa formulati in ragione di direttive vincolanti impartite dal medesimo nucleo.

⁶⁷ Il riferimento è all'accordo materia di *e-governement* e società dell'informazione della regione Puglia sottoscritto il 4 agosto 2004.

associazioni, che possono avvalersi della centrale mediante l'emissione di singoli ordinativi di fornitura o partecipando al sistema informatico predisposto per gli approvvigionamenti telematici.

Quanto alla gestione delle funzioni relative alle procedure volte a realizzare la centralizzazione degli approvvigionamenti, la l.r. n. 4/2010 prevede una sorta di doppio livello di responsabilità. In primo luogo, infatti, stabilisce che detta gestione è affidata all'area organizzazione e riforma dell'amministrazione, incardinata nella giunta regionale (art. 54, co. 2). Successivamente, però, chiarisce che la regione si avvale della società *in house* InnovaPuglia s.p.a. per tutta una serie di compiti rilevanti, come la gestione tecnica del sistema informatico di supporto alle attività di EmPULIA, ivi compresa l'assistenza tecnica per la risoluzione delle problematiche tecnico-operative connesse con il suo corretto e regolare funzionamento, nonché lo sviluppo e la promozione del medesimo sistema in relazione al suo utilizzo da parte delle amministrazioni coinvolte e, infine, il supporto alla gestione *on line* dell'albo dei fornitori (co. 10)⁶⁸.

Il provvedimento non reca ulteriori informazioni sulla citata società, che è nata dalla fusione tra Tecnopolis s.c.a.r.l. e l'Istituto finanziario regionale pugliese Finpuglia s.p.a. nel contesto di un più ampio processo di riorganizzazione delle società partecipate dalla Regione, promosso dalla l.r. n. 7/2008 recante norme finalizzate a conformare tali soggetti giuridici al modello *in house* sulla base delle evoluzioni del diritto comunitario e nazionale in materia.

La razionalizzazione ha comportato, in specie, l'acquisizione alla proprietà regionale di tutte le quote di partecipazione detenute da altri soci nella Tecnopolis s.c.a.r.l. e l'adeguamento del relativo assetto societario. Così facendo, la Regione si è conformata al dettato della Commissione europea che aveva avviato una specifica procedura di infrazione sul presupposto che il rapporto tra la suddetta società e la Regione non soddisfacesse tutti i requisiti dell'*in house*, contrariamente a quanto invece affermato dalla Presidenza del consiglio dei ministri pochi anni prima⁶⁹. In un secondo momento, il processo è stato perfezionato con la fusione che ha dato origine, nel dicembre 2008, ad InnovaPuglia s.p.a., della quale la regione è ora l'unica proprietaria⁷⁰.

5. Conclusioni

L'analisi svolta sui modelli adottati dalle regioni per la centralizzazione degli acquisti ha evidenziato una crescente diffusione delle centrali di committenza, sul modello previsto dal Codice degli appalti e in attuazione degli indirizzi posti a base degli accordi tra Stato e regioni per la costruzione del sistema a rete nazionale di *procurement*.

Le scelte in tal senso adottate dalle amministrazioni regionali presentano alcuni elementi comuni ed altri di differenziazione.

Innanzitutto, la costituzione di centrali di committenza regionali non presuppone l'individuazione di una forma giuridica autonoma rispetto all'amministrazione di origine delle funzioni e, dunque, una collocazione esterna della centrale rispetto all'organigramma della regione di riferimento. Vi sono, infatti, casi in cui le centrali sono incardinate in uffici regionali, che

⁶⁸ Nonostante, come si è detto, le attività svolte dalla Regione attraverso EmPULIA abbiano ancora carattere sperimentale, il progetto della centrale acquisti sta producendo risultati significativi sotto diversi aspetti, anche ulteriori rispetto all'originale *mission* di risparmio e razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi. La Regione Puglia, infatti, è risultata vincitrice, quale proponente del progetto EmPULIA, del Premio *Lavoriamo insieme* indetto dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione in collaborazione con Forum Pa per l'anno 2009, nell'ambito tematico *Iniziative per la lotta alla corruzione*, con la motivazione che il processo di centralizzazione ha migliorato fortemente la trasparenza dell'attività contrattuale svolta nel proprio territorio. Per maggiori informazioni vedi il sito www.lavoriamoinsieme.forumpa.it.

⁶⁹ Vedi a riguardo la procedura n. 2005/2336 avviata nella seduta del 18 settembre 2008, cui ha fatto seguito un secondo sollecito e poi l'adozione di un parere motivato, prima dell'archiviazione disposta per adeguamento al richiamo da parte della Regione Puglia.

⁷⁰ Per ulteriori informazioni in merito, si vedano le premesse della del. g.r. 7 maggio 2009, n. 751 intitolata *Società "in house" Innovapuglia s.p.a. Convenzione per la disciplina di fornitura dei servizi. Affidamento servizi nell'ambito dei programmi comunitari 2007 – 2013 (reperibile in <http://www.regione.puglia.it/index.php?anno=x1&page=burp&opz=getfile&file=1.htm&num=109>).*

acquisiscono tali competenze nell'ambito di una riarticolazione complessiva dell'assetto organizzativo dell'ente di appartenenza⁷¹. Altrove, la funzione di centrale è svolta da soggetti che si pongono quali capofila rispetto agli acquisti di enti della stessa natura, operando con funzioni di coordinamento sulla base di accordi e protocolli di intesa: è quanto avviene particolarmente a livello sanitario⁷².

Ciò nonostante, se si considerano le ipotesi più recenti di costituzione di centrali a livello regionale, pare emergere, tra le opzioni giudicate più opportune dalle amministrazioni, quella relativa all'affidamento della funzione acquisti a soggetti esterni all'organizzazione amministrativa della regione di riferimento oppure, in alternativa, a soggetti giuridici già esistenti, in diverso modo controllati dall'ente regionale. In entrambe, le ipotesi, quindi, le regioni (spesso sulla base, come si dirà, di lunghi processi di sperimentazione dei progetti di centralizzazione) ritengono più conveniente optare per forme di gestione esternalizzata delle suddette funzioni piuttosto che per una loro amministrazione diretta.

In proposito, è possibile fare due ulteriori osservazioni.

Con riferimento al modello giuridico prescelto per la centrale di committenza, se si fa eccezione per il caso della Regione Emilia – Romagna, che ha provveduto a costituire un'agenzia regionale *ad hoc*, le altre regioni considerate hanno attribuito le competenze di gestione centralizzata degli approvvigionamenti a soggetti già esistenti e dotati di due caratteri ricorrenti: la forma societaria e lo svolgimento di funzioni principali ultronelle rispetto a quelle relative agli acquisti di beni e servizi.

In specie, quanto al primo aspetto, si tratta di società che, soprattutto alla luce delle rapide evoluzioni del diritto comunitario ed interno in tema di *in house*, sono state recentemente riorganizzate o, quantomeno, ne è stata riorganizzata la *governance* in modo da renderla compatibile e non in contrasto con gli indicatori necessari all'ammissibilità del suddetto modello (dalla quale peraltro deriva, conseguentemente, la legittimità di eventuali affidamenti diretti da parte dell'amministrazione regionale di riferimento). Da ciò è frequentemente derivato l'acquisto delle quote di eventuali ulteriori soci da parte della regione interessata, per giungere ad un assetto proprietario unitario del capitale azionario⁷³.

Con riferimento al secondo aspetto, invece, sulla scia di quanto disposto dal Ministero dell'economia e delle finanze sin dalla prima attribuzione di funzioni alla Consip s.p.a., le regioni hanno ritenuto utile avvalersi di società che già si occupavano di innovazione tecnologica, in specie con riferimento alla costruzione e progettazione dei sistemi informativi regionali ed alla diffusione degli strumenti di *e-government*. Così facendo, è stato possibile, da un lato, ottenere tempi brevi per la realizzazione dei progetti di centralizzazione e, dall'altro, minimizzare i costi infrastrutturali derivanti dalla costruzione delle architetture poste a base dei nuovi sistemi di *procurement*, che hanno prospettato, in prevalenza, meri costi di transizione e di adattamento di tecnologie già esistenti ed operative per altre finalità⁷⁴.

La seconda osservazione riguarda il fatto che i sistemi regionali nei quali si è deliberato l'avvio di forme di centralizzazione sul genere descritto sono giunti alla formalizzazione definitiva ed alla messa in esercizio permanente del modello solo dopo lunghe sperimentazioni pluriennali, durante le quali sono state scandite fasi differenti di assestamento dei progetti inizialmente individuati. Sotto il profilo delle fonti, ciò ha comportato in diversi casi la preventiva adozione di atti amministrativi e di atti convenzionali, cui solo al termine del processo sperimentale ha fatto seguito l'emanazione di uno o più provvedimenti di rango legislativo.

⁷¹ Sardegna, Sicilia, Veneto ad esempio, ma anche nel Lazio la piattaforma CarLA è gestita, sotto il profilo organizzativo ed amministrativo, da una Direzione regionale.

⁷² Tra gli altri casi, in Emilia – Romagna, nelle Marche e in Molise.

⁷³ Sul tema, vedi l'approfondimento di C. Iaione, *Le società in house per i servizi strumentali. Riflessioni sull'art 13 del Bersani*, in questo volume.

⁷⁴ Nel caso della Regione Lazio, come già accennato, questo profilo appare con specifica evidenza poiché la piattaforma CarLa è stata articolata sulla base di un progetto di riuso della piattaforma Intercent progettata ed utilizzata dalla Regione Emilia – Romagna.

Ne è conseguita, specialmente negli anni più recenti, la constatazione di assetti regionali in rapido quanto continuo mutamento, secondo caratteri, tuttavia, differenti rispetto alle frequenti modifiche normative intervenute a livello statale con riguardo al sistema Consip.

Le regioni, infatti, hanno, innanzitutto, dovuto recepire gli adeguamenti ad esse imposti dal diritto comunitario e dalla sua evoluzione rispetto ai criteri di legittimità degli affidamenti diretti a società pubbliche. Per altro verso, però, la sequenza di provvedimenti emanati è stata funzionale ad accompagnare l'andamento dei processi sperimentali volti alla misurazione dei costi e dei benefici nell'opzione di centralizzazione prescelta, prima di sancirne l'adozione definitiva.

In tal senso, si tratta senza dubbio di una pratica lodevole, peraltro non comune ai processi di esternalizzazione che le amministrazioni pubbliche pongono in essere, nei quali non è infrequente l'assenza di un tale studio sui possibili effetti che il mutamento organizzativo produrrà rispetto all'assetto pregresso dell'istituzione coinvolta. Anzi, a fronte dell'avvio di processi di esternalizzazione che rispondono a precise strategie di riforma dell'assetto organizzativo, vi sono casi in cui «le esternalizzazioni sono l'esito di sollecitazioni contingenti» che mirano a soddisfare esigenze puntuali di elusione di vincoli e controlli imposti dal legislatore⁷⁵. Così facendo, tuttavia, viene meno il valore potenziale che lo strumento dell'esternalizzazione può assumere per la costruzione di un disegno dell'organizzazione amministrativa nel quale le risorse pubbliche sono impiegate in una prospettiva che, almeno nelle intenzioni degli attori istituzionali deputati a governare detti processi di trasformazione, tende ad una loro allocazione efficiente ed economica rispetto agli interessi pubblici perseguiti.

Si tratta di una riflessione che riguarda il livello statale al pari di quello regionale e locale e che interessa non solo gli enti territoriali ma anche gli altri soggetti pubblici presenti sui diversi livelli territoriali. Nel caso della funzione acquisti pare, tuttavia, che le scelte sinora adottate dalle regioni possano rappresentare un buon punto di partenza per la trasposizione di soluzioni efficaci anche ad altri ambiti di governo.

⁷⁵ G. Napolitano, *La Pubblica Amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in AA.VV., *Le esternalizzazioni (Atti del XVI convegno degli amministrativisti italo - spagnoli)*, cit., p. 22.

TABELLA N. 1: I MODELLI DI CENTRALIZZAZIONE REGIONALI DEGLI ACQUISTI

Regione	Centrale di committenza	Natura giuridica	Compiti	Legge di riferimento	Altre fonti	Sito
<i>Abruzzo</i>	Ufficio unico acquisti	Ufficio regionale (dovrebbe operare presso la Segreteria regionale sanità e sociale ma non è in organigramma)	ND	l.r. 15/04	del. GR 224/07	www.regione.abruzzo.it
<i>Basilicata*</i>			CAS		del. 1713/06	
<i>Calabria</i>	Stazione Unica Appaltante	Autorità regionale	ND	l.r. 26/07	del. 185/07 - del. 213/08 – del. 277/08	
<i>Campania</i>	So.Re.Sa.	Società per azioni	CAS	l.r. 24/05	del. GR 1452/07	www.soresa.it
<i>Emilia-Romagna</i>	Intercent ER	Agenzia regionale	CAT	artt. 18 – 23 l.r. 11/04	del. P.G.R. n. 293/04 - del. G.R. n. 2163/04	www.intercent.it
	Area Vasta Romagna	Associazione (composta da Asl)	CAS			www.areavastaromagna.it
<i>Friuli-Venezia Giulia</i>	Centro Servizi Condivisi	Asl***	CAS	l.r. 20/04		www.csc.sanita.fvg.it
<i>Lazio</i>	Centrale Acquisti Regione Lazio (C.A.R.La) gestita dalla Direzione regionale Economia e Finanza	Piattaforma di intermediazione digitale (progettata da LAit s.p.a. con riuso della piattaforma Intercent)	CAT	art. 49 l.r. 4/06	del. G.R. 828/07 – del.G.R. 444/07	www.regione.lazio.it www.laitspa.it
<i>Liguria**</i>	Centrale regionale di acquisto	Consorzio	CAS	art. 7 l. 14/07 (mod. l. 14/09)		www.regione.liguria.it
<i>Lombardia</i>	Centrale acquisti	Ufficio interno di Lombardia Informatica s.p.a.	CAT	l.r. 33/07 - l.r. 14/97		www.centraleacquisti.regione.lombardia.it
	Accordo Interaziendale Provveditori Est Lombardia Aipel	Consorzio	CAS			
<i>Marche</i>	Asur Asl unica-capofila	Asl	CAS	l.r. 13/03	del. G.R. n. 6/05	www.asur.marche.it

Molise	Azienda sanitaria Regione Molise Asrem	Asl	CAS			www.asrem.org
Piemonte	Scr Piemonte	Società per azioni	CAT	l.r. 19/07		www.scr.piemonte.it
Puglia	Empulia	Piattaforma di intermediazione digitale (gestita da Innovapuglia s.p.a.)	CAT	art. 54 l.r. n. 4/10	del. G.R. n. 1381/07-del. G.R. n. 945/05	www.empulia.it www.innova.puglia.it
Sardegna	Centro di Acquisto Territoriale	Ufficio regionale	CAT	l.r. 2/07	del. CIPE n. 17/03	www.sardegnacat.it
Sicilia	Ufficio regionale per i pubblici appalti	Ufficio regionale (si occupa degli enti ex art. 1 l.r. 241/85 e svolge anche gare con unioni di acquisto)	ND	l.r. 10/93 (abrog. in parte ex art. 42 l.r. 7/02 e mod. l.r. 7/03)		www.regione.sicilia.it
Toscana	ESTAV Asl UNICA-CAPOFila	Agenzia regionale	CAS	l.r. 38/07		www.estav-centro.toscana.it
Trentino-Alto Adige	Direzione acquisti	Ufficio interno di Informatica Trentina s.p.a.	CAT	l. p. n. 3/06 - art. 39 bis l. p. n. 23/90 (intr. l. p. n. 3/01 e mod. art. 71 l. p. n. 1/02) - art. 2 l. p. n. 10/1980	del. G.P. n.1211/03	www.infotn.it
	Asl unica Trento	Asl	CAS			
Umbria	Agenzia Umbria Sanità	Agenzia regionale	CAS	l.r. 16/07		www.ausumbria.it
Valle d'Aosta	Asl unica-capofila	Asl	CAS			www.ausl.vda.it
Veneto	Centro regionale acquisti sanità	Ufficio regionale	CAS		del. G.R. n.702/02 Progetto regionale acquisti	www.regione.veneto.it

Legenda:

CAT – Centrale acquisti territoriale / CAS – Centrale acquisti sanità / ND – Informazione non disponibile

Note:

* Con del.1713/06 si richiede alle Asl la centralizzazione degli acquisti; nel 2007 si affida la funzione di centrale di committenza all'A.O. San Carlo di Potenza.

** Istituita nel 2007 come centrale di committenza ex art. 33 Codice appalti, a valenza per tutti gli enti regionali, è poi stata ridimensionata ai soli enti Ssn nel 2009.

*** Dal 1° gennaio 2010 le attività e funzioni dell'Agenzia regionale Csc sono state trasferite al dipartimento servizi condivisi dell'Azienda ospedaliero - universitaria S. Maria della Misericordia di Udine.

CAPITOLO QUARTO

LE SOCIETÀ IN HOUSE PER I SERVIZI STRUMENTALI. RIFLESSIONI SULL'ART. 13 DEL BERSANI

Christian Iaione

1. Premessa sulle origini della proliferazione di società *in house* per i servizi strumentali. Un quadro storico ed economico

Come mai a un certo punto abbiamo assistito alla esplosione di società a capitale pubblico, prevalentemente locale, per la organizzazione ed erogazione di attività serventi nei confronti degli apparati amministrativi classici o tradizionali? L'origine del fenomeno risiede nella struttura di incentivi che il quadro normativo nell'ultimo decennio ha determinato a favore della esternalizzazione (o, con anglicismo, l'*outsourcing*) delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione¹.

Ma qual è oggi la dimensione economica del fenomeno? Quante sono oggi le società *in house* per i servizi strumentali e quanto valgono o pesano sull'economia? E' stato stimato che le impresa pubbliche locali sono circa 5.000, di cui il 60% è destinato a ad attività diverse dalla gestione di utilities². All'interno di questo 60% molte sono imprese pubbliche che svolgono un'attività di impresa pura senza alcun privilegio amministrativo (diritti esclusivi o affidamenti diretti), ma molte sono imprese pubbliche che svolgono una attività amministrativa e per questo godono di affidamenti diretti di contratti per lo svolgimento di funzioni strumentali. Emblematico è il caso dei servizi informatici, campo di applicazione prediletto della esternalizzazione amministrativa mediante costituzione di società che ricevono in affidamento diretto l'appalto di servizi informatici e che, successivamente, si rivolge anche al settore privato per fornire i propri servizi³. Segno che si tratta di un intervento pubblico diretto a sopperire alle carenze del mercato domestico dei servizi informatici.

A un certo punto, il legislatore nazionale ha deciso però di porre un freno all'autonomia societaria dei governi locali e ha progressivamente inserito regole sempre più stringenti che hanno disincentivato, scoraggiato e sostanzialmente impedito la sperimentazione e l'autonomia organizzativa degli enti territoriali in materia di servizi strumentali⁴.

L'autonomia organizzativa, economica e d'impresa degli enti territoriali e locali è oggi assoggettata a un regime giuridico speciale che si sostanzia nelle stringenti limitazioni della capacità negoziale di

¹ Vd. l'art. 29, comma 1, della legge n. 448 del 2001. Per un quadro di sintesi v. L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, Astrid, Bologna, il Mulino, 2007, e, in particolare, il contributo di C. Cicogna, *L'outsourcing delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione*, p. 25 ss.

² Vd. il rapporto di Unioncamere, *Le società partecipate dagli enti locali. Rapporto 2007*, Roma, Retecamere Scrl, 2008 contenente dati relativi al 2005. Vd. anche Confservizi, *Indagine sugli assetti proprietari. Rilevazione su assetti proprietari, quote e forme di dismissione delle imprese di servizio pubblico locale*, Quaderni Confservizi, Roma, 2007. Vd. anche B. Bortolotti, L. Pellizzola E C. Scarpa, *Il comune azionista: un'analisi empirica del capitalismo municipale in Italia*, in «Mercato Concorrenza Regole», 2007, p. 535 ss.

³ Vd. F. Vergnano, *Enti locali, pochi servizi hi-tech*, in «Il Sole 24 Ore», 18 aprile 2007, p. 20 che illustra i dati del rapporto Assinform 2007 secondo il quale «il 43% degli appalti informatici è appannaggio di società controllate dalla stessa pubblica amministrazione, percentuale che sale al 47% per le Regioni».

⁴ Oggi la stessa Assinform nel suo rapporto 2009 rileva che nei servizi di Ict «il cosiddetto in house è ridotto al 5,9% e al 2,6% nei Comuni e nelle Province». Vd. D. Colombo, *Inutilizzati i fondi per l'informatica*, in «Il Sole 24 Ore», 10 giugno 2009, p. 21.

siffatte società stabilite dall'art. 13 del decreto Bersani⁵ e nei vincoli di diritto pubblico imposti alle amministrazioni regionali e locali dall'art. 3, commi da 27 a 32, legge n. 244 del 2007. Oltre che dalle disposizioni dettate in materia di servizi di interesse economico generale.

La Corte costituzionale ha avallato questa forte compressione dell'autonomia regionale e locale in materia organizzativa ed economica in nome della tutela della concorrenza e, stranamente, della uniformità dell'«ordinamento civile». Ha nettamente rigettato, soprattutto con riferimento alle società strumentali, che l'autonomia organizzativa e imprenditoriale degli enti locali possa essere al riparo da una legislazione nazionale pro-concorrenziale.

Come si vedrà, permangono dubbi interpretativi, per un verso, in merito alla vera natura delle società strumentali e, per altro verso, sulla compatibilità con il diritto comunitario e sulla corretta interpretazione della disciplina restrittiva apprestata dal legislatore nazionale. L'eccessiva rigidità e la visione assolutistica che ha informato l'art. 13 ha condotto a oscillazioni giurisprudenziali e, da ultimo, anche legislative che ne stanno depotenziando la portata applicativa.

2. La parola del legislatore...

L'art. 13 (*Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*) del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, *Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale* – in seguito decreto Bersani, nel testo modificato - e reso ancora più involuto - dalla legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248 e dai successivi interventi legislativi del 2006-2008⁶ e, soprattutto, del 2009⁷.

⁵ In dottrina vd. A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in «Urbanistica e appalti», 2009, 6, p. 742; R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, 1, p. 11; M. Cammelli, M. Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in M. Cammelli, M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Milano, Giappichelli, 2008, p. 347; I. Pagani, *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del decreto Bersani?*, in «Urbanistica e appalti», 2008, 9, p. 1173; D. Masetti, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del "decreto Bersani")*, in «Giustizia amministrativa», 2008, 1, p. 107; S. Musolino, *L'art. 13 del decreto-Bersani: quale futuro per il modello della società mista?*, in «Urbanistica e appalti», 2007, 12, p. 1521; S. Veneziano, *I servizi pubblici locali nella giurisprudenza del giudice amministrativo*, in «Giurisdizione amministrativa», 2007, 9, pt. 4, p. 289; D. Lamanna Di Salvo, *L'affidamento diretto nel decreto Bersani: un'analisi comparativa della novella del 2006 alla luce del diritto comunitario*, in «Giurisprudenza di merito», 2007, 7-8, p. 1890; M. Lipari, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in «Il Corriere del merito», 2007, p. 111; S. Rostagno, *L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani: prime indicazioni della giurisprudenza e prime perplessità*, in «Giustizia amministrativa», 2007, 1, p. 26; A. Vigneri, *Sulla nozione di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali - Osservazioni a margine delle sentenze TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 31 gennaio 2007 n. 140 e TAR Lazio, Sez. I ter, 20 febbraio 2007 n. 1486 - 26 febbraio 2007*, in www.astrid.eu, 2007; S. Rostagno, *Le modifiche apportate all'art. 13 del decreto Bersani dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007)*, in «Giustizia amministrativa», 2006, 6, p. 1195; F. Ballero, *Brevi note in tema di affidamenti in house, anche alla luce del recente art. 13 della legge n. 248/2006*, in «Rivista giuridica sarda», 2006, 3, pt. 1, p. 776; R. Giani, *Le novità del decreto Bersani in materia di giustizia, appalti e pubblica amministrazione*, in «Urbanistica e appalti», 2006, 10, p. 1157; M.R. Spasiano, *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, in «Giustizia amministrativa», 2006, 5, p. 959; S. Rostagno, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, in «Giustizia amministrativa», 2006, 5, p. 961.

⁶ Ci si riferisce al comma 720 dell'art. 1, l. 27 dicembre 2006, n. 296, al comma 7 dell'art. 4, d.l. 3 giugno 2008, n. 97 dal comma 1-bis dell'art. 20, d.l. 30 dicembre 2008, n. 207 che hanno inciso sul comma 3 dell'art. 13 modificando più volte il regime della dismissione delle attività non consentite.

Il comma 4-*septies* dell'art. 18, d.l. 29 novembre 2008, n. 185 ha, invece, inserito, dopo le parole «dei servizi pubblici locali», l'esclusione dall'ambito di applicazione della disposizione in esame «dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».

⁷ Il comma 1 dell'art. 48, l. 23 luglio 2009, n. 99 stabilisce che: «1. All' articolo 13, comma 1, primo periodo, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, dopo le parole:

Sotto il profilo teleologico, la disposizione ha lo scopo dichiarato di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, ma si è chiarito, con una precisazione intervenuta nel 2009, che questa finalità è ristretta entro il più ridotto ambito del territorio nazionale.

Quanto all'ambito di applicazione, essa si applica a società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali, che presentino due diverse tipologie di oggetto sociale:

- a. la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività; oppure, ma solo nei casi consentiti dalla legge,
- b. lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di competenza delle predette amministrazioni regionali e locali.

Per espressa previsione legislativa, la disposizione in esame non si applica, invece, alle società che operano nei servizi pubblici locali e incaricati dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici secondo la definizione che ne dà il codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163)⁸. Non si applica neppure alle società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.

Sul piano contenutistico, l'art. 13 detta un regime giuridico restrittivo dell'autonomia negoziale delle predette società, che prevede:

- l'obbligo di operare, non più esclusivamente, con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti;
- il divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto, né con gara;
- il divieto di partecipare ad altre società o enti «aventi sede nel territorio nazionale»;
- l'obbligo di avere oggetto sociale esclusivo;
- il divieto di agire in violazione delle regole predette;
- l'obbligo di cessare entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del decreto Bersani le attività non consentite. La cessazione di siffatte attività può avvenire in due modi:
 - o mediante cessione, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, delle attività non consentite a terzi; ovvero
 - o mediante scorporo delle attività non consentite, attuato anche con la costituzione di una società separata;
- la nullità dei contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del decreto Bersani, in violazione delle predette prescrizioni, purché non si tratti di contratti le cui procedure di aggiudicazione siano state bandite prima della predetta data;
- l'inefficacia dei contratti relativi alle attività non cedute o non scorporate a partire dalla scadenza del termine di quarantadue mesi.

L'art. 48, l. 23 luglio 2009, n. 99 ha apportato tre piccole, ma significative modifiche all'impianto originario dell'articolo 13, comma 1, primo periodo, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248:

- dopo le parole: «degli operatori» sono state inserite le seguenti: «nel territorio nazionale»;
- la parola: «esclusivamente» è stata soppressa; e

«degli operatori» sono inserite le seguenti: «nel territorio nazionale», la parola: «esclusivamente» è soppressa e dopo le parole: «società o enti» sono aggiunte le seguenti: «aventi sede nel territorio nazionale»».

⁸ Vd. art. 3, comma 25, del Codice dei contratti pubblici.

- dopo le parole: «società o enti» sono state aggiunte le seguenti: «aventi sede nel territorio nazionale».

3. ...e la penna del giudici. A partire dal giudice comunitario...

Bisogna anzitutto sgombrare il campo da un equivoco. Dal punto di vista comunitario, il fenomeno delle società strumentali rientra appieno nell’ambito dell’istituto dell’*in house providing*.

La Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell’affidamento diretto di servizi strumentali, nella specie si trattava proprio di servizi informatici, a una società (mista) locale proprio in un caso italiano e ha rammentato che «secondo la costante giurisprudenza della Corte, l’indizione di una gara pubblica, conformemente alle direttive relative all’aggiudicazione degli appalti pubblici, non è obbligatoria, anche quando l’affidatario è un ente giuridicamente distinto dall’amministrazione aggiudicatrice, qualora siano soddisfatte le due condizioni seguenti. Da un lato, l’amministrazione pubblica, che è un’amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull’ente giuridicamente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e, dall’altro, tale ente deve svolgere la parte più importante della sua attività con l’ente o gli enti pubblici che lo detengono (v., in particolare, sentenze *Teckal*, cit., punto 50, e 8 aprile 2008, causa C-337/05, *Commissione/Italia*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36 e giurisprudenza citata)⁹.

Per quanto attiene alla prima condizione, relativa al controllo da parte dell’autorità pubblica, dalla giurisprudenza della Corte emerge che è necessario tener conto non solo di tutte le disposizioni normative, ma altresì delle circostanze pertinenti del caso di specie. Dall’esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all’amministrazione aggiudicatrice di condizionarne le decisioni.

Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti di detta società¹⁰.

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che «il Comune di Mantova aveva la possibilità, per il suo ruolo di socio di maggioranza dell’ASI, di designare i membri degli organi direttivi e di condizionare l’attività di questa società. Essa ha parimenti evidenziato che, in applicazione della convenzione, il consiglio comunale del suddetto comune stabiliva, per mezzo di delibere, le spese di funzionamento di detta società e che il Comune di Mantova si era riservato la possibilità di compiere una serie di verifiche, da un lato, con la nomina di un funzionario comunale incaricato di collaborare, stimolare e controllare l’operato dell’ASI e, dall’altro, con il controllo sulla contabilità di detta società al fine di assicurare la piena applicazione delle norme di correttezza contabile e delle norme di tutela previste dalla convenzione. Ne risulta che il suddetto comune aveva la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell’ASI tramite la nomina dei membri degli organi direttivi di tale società e di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l’operato di quest’ultima. Tale facoltà è sufficiente a dimostrare l’esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale del Comune di Mantova su detta società analogo a quello esercitato sui propri servizi, così da soddisfare la prima condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza *Teckal*.

Per quanto attiene alla seconda condizione, relativa all’attività dell’ente in questione, la Corte ha rammentato che un’impresa svolge la parte più importante della sua attività con l’ente che la detiene, ai sensi della citata sentenza *Teckal*, se l’attività di detta impresa è destinata principalmente all’ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale¹¹. E, nel caso in cui diversi enti detengano un’impresa, la condizione relativa all’attività può ricorrere qualora tale impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con

⁹ Vd. Corte di giustizia europea, sez. II, 17 luglio 2008, n. C-371/05, *Commissione c. Italia*.

¹⁰ Vd. sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, Racc. pag. I-8585, punto 65, e 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, Racc. pag. I-4137, punto 36.

¹¹ Vd. sentenze *Carbotermo e Consorzio Alisei*, cit., punto 63.

quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti (v. sentenza *Carbotermo e Consorzio Alisei*, cit., punti 70 e 71). Alla luce di questo principio, ad esempio, dai documenti presentati dalla Repubblica italiana emerge che, se si tiene conto delle attività svolte dall'ASI non soltanto a favore del Comune di Mantova, bensì per tutti gli enti che la detengono, tali attività possono essere considerate come essenzialmente dedicate ai suddetti enti.

Alla luce di queste considerazioni della Corte di giustizia, si può dedurre che, pure nel campo dei servizi strumentali, la seconda condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal può essere soddisfatta anche senza il vincolo della esclusività imposto invece a livello interno dall'art. 13 del decreto Bersani. E, comunque, basterebbe che i diversi enti pubblici che vogliono giovarsi delle economie di scala che queste società sono in grado di realizzare acquisissero una partecipazione al capitale sociale per evitare di incappare nelle limitazioni e nei divieti imposti dall'art. 13 del decreto Bersani.

Si profila, dunque, un possibile contrasto con il diritto comunitario. E nella migliore delle ipotesi si tratterebbe di uno di quei casi in cui il legislatore italiano si è dimostrato più "realista del re". Si tratta di valutare le conseguenze di questa via italiana alla tutela del mercato per le conseguenze che essa comporta sulla autonomia organizzativa delle collettività locali (tutelata e protetta dall'ordinamento europeo e soprattutto nei singoli Stati membri) e per la disparità di trattamento che essa istituisce rispetto a società statali e, soprattutto, alle società locali di altri Paesi dell'UE.

4. ...passando per il giudice costituzionale. La legittimità costituzionale del modello e i limiti costituzionali alla libertà d'impresa delle autonomie

Il regime giuridico speciale dettato dal legislatore nazionale è stato sottoposto al vaglio di costituzionalità del giudice delle leggi. Con tre sentenze a distanza di pochi mesi la Corte costituzionale ha confermato la legittimità di questo «mini-statuto speciale» delle società pubbliche locali per lo svolgimento di funzioni amministrative strumentali o, comunque, non essenziali.

Mentre i precedenti giurisprudenziali della Corte costituzionale sul decreto Bersani¹² avevano individuato nella tutela della concorrenza il criterio unico di legittimazione della competenza legislativa esclusiva statale, nella sentenza n. 326 del 2008¹³ la Corte preferisce analizzare il fenomeno anzitutto alla luce della clausola dell'art. 117, 2° comma, lett. *l*) Cost., che fa riferimento all'ordinamento civile. Da questo punto di vista, la sentenza n. 326 del 2008 conferma la portata ampia riconosciuta dalla Corte alla clausola in questione¹⁴.

Peraltro, la sentenza del 2008 non rinuncia a ricorrere alla clausola di cui all'art. 117, 2° comma, lett. *e*), Cost., la tutela della concorrenza appunto. Sul punto, la sentenza si allinea alle decisioni più recenti, che hanno ridefinito la portata della clausola in questione come attribuente al legislatore nazionale una competenza «trasversale» che consente l'adozione anche di norme dettagliate, purché proporzionali rispetto all'obiettivo avuto di mira¹⁵. Il richiamo al principio di proporzionalità era già

¹² Corte cost., sentenza 14 dicembre 2007, n. 430, in «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 1509; Corte cost., sentenza 21 dicembre 2007, n. 443, in «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 1372, con nota di V. Gaffuri, *Le professioni intellettuali tra regolazione nazionale e concorrenza comunitaria davanti alla Corte costituzionale*.

¹³ Corte cost., sentenza 1 agosto 2008, n. 326, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, 1, p. 11, con nota di R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*. Vd. anche D. Florenzano, *Il contributo della Corte costituzionale alla non agevole interpretazione dell'art. 13 del "decreto Bersani"*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, 2008.

¹⁴ Il precedente recente più significativo è Corte cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401, in «Giornale di diritto amministrativo», 2008, p. 624, con nota di C. Lacava, *I contratti pubblici tra Stato e regioni e la tutela della concorrenza*; in dottrina E. Lamarque, *Ancora nessuna risposta definitiva in materia di ordinamento civile*, in «Regioni», 2007, in part. 185 e segg. Sul tema vd. A.M. Benedetti, *Il diritto privato delle regioni*, Bologna, il Mulino, 2008; E. Lamarque, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, Cedam, 2005.

¹⁵ V. ancora Corte costituzionale, 21 dicembre 2007, n. 443, cit., punto 6.3., che richiama, oltre a Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, cit., l'altra sentenza sul decreto Bersani, Id., 14 dicembre 2007, n. 430, cit.

presente nei primi precedenti in materia. La Corte aveva, infatti, affermato che «quello che non può sottrarsi al sindacato di costituzionalità è il fatto che i vari strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi»¹⁶.

La sentenza n. 326 è particolarmente significativa perché, sia pur in termini molto stringati, non manca di effettuare il controllo di proporzionalità richiesto. Naturalmente, il controllo è *ad abundantiam* poiché la scelta di fondare comunque la legittimità della disposizione *in primis* sulla clausola che fa riferimento all'ordinamento civile rendeva la verifica di proporzionalità, non richiesta in tale contesto, non strettamente necessaria.

Ma l'aspetto degno di maggior nota - e per il quale la sentenza n. 326 del 2008 può ormai definirsi un *leading case* in materia di società locali – consiste nella enucleazione della «distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici».

Il giudice costituzionale spiega, in maniera molto nitida, la differenza fra queste due categorie in termini di “condizioni di svolgimento” dell’una e dell’altra attività quando svolte mediante società di capitali. Secondo la Corte, il crinale fra le due differenti attività corre lungo la definizione dei destinatari dell’attività svolte dalla società pubbliche. Se le società pubbliche operano per conto di una p.a. si ha attività amministrativa. Se, invece, prestano servizi a favore di consumatori o utenti, si avrà attività di impresa.

Il ragionamento della Corte è altrettanto lineare quando pone in risalto la finalità della disciplina in esame. L’obiettivo è proprio quello di tenere separate attività amministrativa e attività d’impresa per evitare che una società pubblica svolga la seconda tipologia di attività avvalendosi dei «privilegi» generalmente connessi allo svolgimento della prima e, quindi, allo *status* di pubblica amministrazione. In maniera piuttosto netta, la Corte sottolinea che in nessun modo questa esigenza o la disciplina che ad essa tenta di dare risposta può giustificare la compressione o il disconoscimento della «libertà di iniziativa economica degli enti territoriali». La finalità della disciplina contenuta nell’art. 13 è soltanto quella di imporre ai governi locali una separazione tra esercizio di attività di impresa ed esercizio di funzioni amministrative. La «frequente commistione» fra queste due tipologie di attività operata dagli enti territoriali genera una distorsione della concorrenza.

Nel passaggio dalla teoria alla prassi, tuttavia, la sentenza n. 326 rischia di cadere in contraddizione. Nell’inquadrare la disciplina dettata dall’art. 13 nell’ambito dell’ordinamento civile, materia di competenza esclusiva statale, anziché nella organizzazione amministrativa, materia residuale regionale, la Corte afferma che «la disciplina censurata non rientra nella materia dell’organizzazione amministrativa perché *non è rivolta a regolare una forma di svolgimento dell’attività amministrativa*. Essa rientra, invece, nella materia – definita prevalentemente in base all’oggetto – “ordinamento civile”, perché mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private». In altri termini, qui la Corte sembra negare che l’attività svolta dalle società strumentali sia qualificabile come attività amministrativa, sia pure esercitata in forma privatistica. Ma solo in questo caso, stando al ragionamento svolto in premessa dalla stessa Corte, si giustificherebbe l’imposizione di un regime restrittivo della autonomia negoziale delle società strumentali.

Emerge qui una crepa nel ragionamento della Corte. Questa frattura deriva dall’aver voluto negare che, in realtà, quando si parla di soggetti e/o attività di diritto privato strumentali rispetto alla pubblica amministrazione, più che la libertà di iniziativa economica pubblica garantita dall’art. 41

¹⁶ Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, punto 3 della motivazione, in «Giurisprudenza italiana», 2005, 836, con nota di E. Rolando, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze fra Stato e Regioni nella «materia trasversale» della tutela della concorrenza*; in «Regioni», 2005, 261, con nota di F. Casalotti, *Il riparto della potestà legislativa «alla prova» della disciplina dei servizi pubblici locali*; in «Giornale di diritto amministrazione», 2005, p. 25, con nota di G. Marchi, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*. In senso analogo, ad es., Id., 23 novembre 2007, n. 401, cit., punto 6.7.

Cost., vengono in rilievo profili attinenti alla «facoltà di autorganizzazione» della p.a. riconosciuta dall'art. 97 Cost.¹⁷

Nonostante questa inspiegabile aporia interpretativa, la Corte costituzionale considera ormai la sentenza n. 326/2008 come il parametro di riferimento da cui partire ogni volta che si tratta di decidere in materia di autonomia d'impresa dei governi locali. Dapprima con la sentenza n. 439 del 2008¹⁸ e, più recentemente, con la sentenza n. 148 del 2009 la Corte è, infatti, tornata sul tema e anche in questi casi il ragionamento del giudice costituzionale sembra muoversi nell'ambito del medesimo quadro concettuale delineato dalla sentenza n. 326¹⁹.

Nella sentenza n. 439 del 2008, in materia di servizi pubblici locali, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale di una legge della Provincia di Bolzano che dettava una disciplina parzialmente difforme da quella comunitaria (così come interpretata dalla Corte di giustizia) in materia di *in house providing*, e ha ribadito che «le esigenze di tutela della concorrenza impongono di tenere distinto lo svolgimento di attività amministrativa posta in essere da una società di capitali per conto di una pubblica amministrazione dal libero svolgimento di attività di impresa». L'esigenza di mantenere separate le due sfere di attività, ha puntualizzato la Corte, è finalizzata ad «evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione» (sentenza n. 326 del 2008, punto 8.3. del *Considerato in diritto*).

Nella sentenza n. 148 del 2009, invece, la Corte ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale concernenti l'art. 3, commi da 27 a 29, della l. n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008), secondo cui le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 «non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguitamento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». La disposizione in parola introduce, peraltro, una deroga all'anzidetto divieto in relazione alle società che producono servizi di interesse generale ed all'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle predette amministrazioni, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza, disciplinando la modalità di assunzione e di mantenimento delle partecipazioni consentite, nonché la dismissione di quelle vietate.

Anche qui la Corte ha ribadito che il criterio seguito dal legislatore per definire l'ambito di applicazione delle disposizioni in parola è quello dell'oggetto sociale delle società e che lo scopo di tutela della concorrenza dal medesimo perseguito passa attraverso la necessità di «rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici» e, per questa via, evitare che l'attività di impresa di enti pubblici «possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione». Secondo la Corte, poi, le suddette norme sono legittime in quanto riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, e il legislatore statale ha pertanto pieno titolo a porre in essere una disciplina dettagliata (sentenze n. 411 e n. 320 del 2008); inoltre, in virtù del criterio della prevalenza, è anche palese l'appartenenza a detta materia del nucleo essenziale della disciplina dalle stesse stabilità (sentenze n. 411, n. 371 e n. 326 del 2008), con conseguente infondatezza della denuncia di violazione del principio di leale collaborazione.

¹⁷ Vd. M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 67. Per un'applicazione della teoria di Nigro al tema in oggetto sia consentito rinviare a C. Iaione, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene editore, 2007, p. 59. Del resto anche Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2006, n. 29, in «Giornale di diritto amministrativo», 2006, 6, p. 616 (con nota di A. Caroselli, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza*) sembra accedere a questa impostazione quando al punto 17 legittima alla luce dell'art. 97 Cost. l'imposizione di obblighi concorsuali per l'assunzione di personale dipendente di una società pubblica. Anche nella giurisprudenza amministrativa comincia a rinvenirsi traccia di questa diversa ricostruzione con Tar Piemonte, 21 luglio 2009, n. 2074, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Corte cost., sentenza 23 dicembre 2008, n. 439, in «Urbanistica e appalti», 2009, 2, p. 173.

¹⁹ Corte cost., sentenza 8 maggio 2009, n. 148, in «Urbanistica e appalti», 2009, 7, p. 812.

5. ...e finendo con il regime giuridico vivente nelle sentenze del Ga. In particolare, l'ambito di applicazione.

Il regime giuridico apprestato dalle disposizioni contenute nell'art. 13 del decreto Bersani ha creato non pochi problemi interpretativi. Molti di essi non sono stati chiariti dalla giurisprudenza amministrativa in via definitiva. Essa, anzi, sembra impegnata in un'opera di cesellamento dei caratteri della disciplina contenuta nell'art. 13 del decreto Bersani. Il primo punto a non essere chiaro è quello relativo al raggio operativo della disciplina in esame. Da questo punto di vista occorre anzitutto verificare:

- la presenza di amministrazioni regionali e locali nella compagine sociale;
- la condizione di strumentalità derivante dall'assolvimento di compiti serventi la pubblica amministrazione ovvero dallo svolgimento di funzioni esternalizzate;
- l'esistenza di un affidamento diretto o la mera strumentalità;
- la partecipazione pubblica, totalitaria o maggioritaria/minoritaria, diretta o, secondo parte della giurisprudenza, anche indiretta;
- l'insussistenza di una delle cause di esclusione (esplicite o implicite) della disciplina in esame:
 - i. società operanti nei servizi pubblici locali²⁰;
 - ii. società e centrali di committenza
 - iii. società operanti nell'intermediazione finanziaria;
 - iv. società quotate in borsa;
 - v. soggetti implicitamente esclusi, come le società di persone (di dubbia configurabilità), i consorzi a rilevanza esterna, le società consortili di persone, le fondazioni.

La questione fondamentale è quella di stabilire l'ambito oggettivo di applicazione della disposizione, ovvero di definire cosa si debba intendere «produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività [...]». La precisa individuazione della materia dei servizi pubblici non è certo agevole, essendo la dottrina e la giurisprudenza divise tra i due opposti poli della concezione soggettiva e di quella oggettiva²¹.

Ad ogni modo, secondo una prima linea interpretativa, sono da considerare strumentali all'attività delle amministrazioni pubbliche regionali e locali tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguitamento dei suoi fini istituzionali²². Le società strumentali alle quali fa riferimento la citata norma sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico come, invece, quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente e in via immediata esigenze generali della collettività²³.

La distinzione tra le due nozioni di «servizi strumentali all'attività di enti pubblici» e di «servizi pubblici» va, dunque, tracciata distinguendo a seconda del beneficiario diretto del servizio, essendo questi la stessa pubblica amministrazione per i servizi strumentali ed essendo la collettività o

²⁰ Vd. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 21 febbraio 2008, n. 563. La necessità della espressa esclusione è sottolineata da Tar Campania, Napoli, sez. I, 31 marzo 2008, n. 1641. Ma permangono incertezze sulla effettiva estensione della esclusione dal momento che Tar Veneto, sez. I, 31 marzo 2008, n. 788 sostiene che essa riguardi soltanto le società che erogano servizi pubblici locali i quali integrino attività comportanti rapporti di utenza. Ricadrebbero, dunque, nell'ambito applicativo dell'art. 13, società che erogano servizi pubblici locali di illuminazione pubblica o di manutenzione (Tar Lombardia, Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373) e gestione del patrimonio stradale (Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

²¹ In generale V. Parisio, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, *passim*.

²² Tar Lazio, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514, in «Ambiente e sviluppo», 2008, 10, p. 945.

²³ Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in «Giurisprudenza italiana», 2007, p. 2880.

membri di questa per i servizi pubblici. In altri termini, i servizi strumentali sono quelli di cui abbisogna la pubblica amministrazione per svolgere la propria attività istituzionale.

Un secondo filone interpretativo tende a ricomprendere nella nozione di «strumentalità» tutte le società pubbliche regionali e locali istituite per svolgere un’attività (anche esclusivamente verso terzi) nell’interesse della pubblica amministrazione di riferimento²⁴.

Nel solco di questo secondo filone, ma con argomentazioni parzialmente diverse, si è orientato il Tar Lombardia il quale ha ritenuto di definire la «strumentalità» in base alla tipologia contrattuale prescelta dalla p.a. di riferimento per regolare i rapporti con la società controllata. A questi fini il giudice lombardo ha richiamato la distinzione di origine comunitaria tra appalto di servizi e concessioni di servizi che è incentrata sulla circostanza che nella concessione il contraente dell’amministrazione è remunerato non dalla stazione appaltante, ma dall’esercizio del servizio e, quindi, in ultima analisi, dagli utenti²⁵. In base al ragionamento del giudice lombardo, non sarebbero più «servizi pubblici» tutti quelli prestati dalla pubblica amministrazione tramite *outsourcing*, ma con costi a carico del bilancio pubblico, come i servizi di trasporto pubblico e molti servizi sanitari e assistenziali. Il fatto che, in circostanze del genere, la stazione appaltante ricorra ad appalti di servizi anziché a concessioni, non pare influire sulla circostanza che beneficiario diretto della prestazione non sia il contraente pubblico, ma la generalità degli utenti, e quindi non si possa parlare di «servizi strumentali all’attività di enti pubblici».

Altro aspetto sul quale si è soffermata la giurisprudenza amministrativa è quello relativo all’ambito soggettivo di applicazione. Sotto questo profilo assume particolare rilevanza la nozione di amministrazioni locali. Si oscilla tra una interpretazione estensiva che include tutte le società appartenenti a qualunque ente pubblico operante in ambito locale per interessi pubblici di dimensione locale²⁶, e un’interpretazione, invero minoritaria, che limita l’applicazione della disposizione ai soli enti che annoverino il territorio tra i propri elementi costitutivi e dunque siano esponenziali di una comunità territorialmente definita²⁷.

Sempre sotto il profilo dell’ambito soggettivo di applicazione, si è posto il problema delle cd. società di terzo grado, cioè società partecipate da società che sono a loro volta costituite, partecipate o affidatarie di amministrazioni regionali e locali²⁸.

Anche in questo caso si è registrata in giurisprudenza una netta differenza di vedute.

Per un verso, si sostiene che escludere dallo specchio applicativo dell’art. 13 le società di terzo grado equivarrebbe a consentire, «attraverso il collaudato meccanismo delle partecipazione societarie», un aggiramento della disciplina pro-concorrenziale in esso contenuta²⁹.

Per altro verso, si obietta che l’applicazione estensiva anche alle società di terzo grado contrasterebbe con la lettera e lo spirito della disposizione in parola³⁰. Il dato letterale, infatti,

²⁴ Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946, in «Giurisprudenza italiana», 2009, 1, p. 225; Tar Campania, Napoli, sez. I, 31 marzo 2008, n. 1641, in www.dirittoeserviziipubblici.it.

²⁵ Vd. Tar Lombardia, sez. I, 19 ottobre 2007, n. 6137, in «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 764 che richiama Tar Lombardia, sez. I, 9 gennaio 2007, n. 266, in «Urbanistica e appalti», 2007, p. 889, la quale però non si occupa di un caso relativo all’applicazione dell’art. 13. *Contra* vd. Tar Campania, sez. I, 1 agosto 2007, n. 7178, in «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 764.

²⁶ Cons. St., sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322; Tar Lombardia, Milano, sez., 31 gennaio 2007, n. 140; Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, deliberazione 4 ottobre 2007, n. 61. Più di recente vd. Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946.

²⁷ Tar Puglia, Lecce, 31 dicembre 2007, n. 4592 sembra circoscrivere l’ambito operativo della disposizione in parola esclusivamente agli enti locali che abbiano un collegamento con il territorio.

²⁸ Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, deliberazione 9 maggio 2007, n. 135; Tar Lombardia, Milano, sez. , 31 gennaio 2007, n. 140.

²⁹ Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 29 aprile 2009, n. 785; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 6 maggio 2009, n. 908; Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829; Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 403, Tar Veneto, sez. I, 31 marzo 2008, n. 788, tutte in www.giustizia-amministrativa.it; nonché Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, parere 31 luglio 2008, n. 213; Id., deliberazione 9 maggio 2007, n. 135 in www.avcp.it.

³⁰ Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Tar Emilia Romagna, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 433; Tar Lazio, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36; Tar Piemonte, sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074; Trga,

induce a ritenere che essa si applichi esclusivamente alle società direttamente «costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali». A differenza di altre previsioni dello stesso tenore – come quella contenuta nell’art. 23-bis del d.l. 112 del 2008 - non si fa riferimento a situazioni di controllo o collegamento societario *ex art.* 2359 c.c. Per questo motivo, anche in base al noto brocardo romanistico per cui «ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit». Si tratta, poi, di una norma di carattere eccezionale rispetto alla generale capacità di agire dei soggetti di diritto privato e, pertanto, deve essere interpretata in modo restrittivo senza possibilità di estensione in via analogica a casi in essa non espressamente previsti. La società di terzo grado, per definizione, non è strumentale all’amministrazione regionale o locale. Da ultimo, lo stesso art. 13, comma 3, del decreto Bersani dimostra di ritenere la separazione societaria una garanzia sufficiente di non distorsione della concorrenza laddove ammette, al termine del regime transitorio, la costituzione da parte delle stesse società strumentali di una «separata società» per lo svolgimento delle attività non consentite, cioè quelle rivolte al mercato³¹. E, a conferma di questa ricostruzione, sta anche la circostanza che lo scorporo non deve essere più seguito dalla dismissione delle partecipazioni nella società scorporata, come originariamente previsto dal decreto Bersani prima della sua conversione in legge.

6. L’autonomia negoziale bloccata delle società strumentali

La disciplina speciale che l’art. 13 appresta per le società strumentali di amministrazioni regionali e locali si concretizza in una serie di limitazioni della loro autonomia negoziale. Si tratta di quattro regole speciali che vanno a limitare l’ordinaria capacità di agire delle società strumentali regionali e locali, le quali:

- devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti;
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto, né con gara;
- non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale;
- devono avere oggetto sociale esclusivo.

Si tratta sostanzialmente di due vincoli. Il primo riguarda l’attività operativa e, quindi, l’autonomia negoziale della società. Il secondo riguarda l’autonomia statutaria.

6.1. *L’obbligo di «restare a casa» o di andare all'estero*

Le società strumentali locali devono svolgere le proprie attività a favore degli enti di cui sono strumentali. Questa è l’essenza della nozione di strumentalità e la ragion d’essere di questi veicoli societari e della disciplina dettata dall’art. 13.

Con l’art. 48 della l. n. 99/2009 è stato espunto il vincolo di esclusività con l’eliminazione dell’avverbio «esclusivamente» dal testo della disposizione. E di questa scelta si possono dare due letture.

La prima induce a ricollegare questa modifica al contestuale inserimento della locuzione «nel territorio nazionale» per delimitare le finalità anti-distorsive dell’art. 13 e per l’ambito spaziale di applicazione del divieto di possedere partecipazioni in società o enti italiani. Il che comporterebbe la possibilità di svolgere le proprie attività produttive sul mercato ma in Paesi diversi dall’Italia. Insomma, si tratterebbe di una spinta alla internazionalizzazione delle società strumentali locali. E così il dumping concorrenziale, arginato in patria, verrebbe esportato e le società strumentali locali

Trento, 14 settembre 2009, n. 239; Tar Liguria, Genova, sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, Tar Molise, sez. I, 18 luglio 2007, n. 628, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹ Tar Lazio, sez. II, 27 gennaio 2010, 1015 esclude dall’ambito di applicazione dell’art. 13 le società indirettamente partecipate da amministrazioni locali per effetto di uno scorporo a patto che la tecnica di scorporo utilizzata le renda «autonome e indipendenti». E, in fondo, anche Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037, cit., ammette che l’inclusione nello specchio applicativo della norma è subordinato al riscontro nella fattispecie concreta di un «intervento finanziario dell’ente strumentale» nel soggetto scorporato.

sarebbero libere di competere con le nostre imprese private italiane ma anche straniere sul mercato internazionale.

La seconda lettura possibile è quella che legittima, anche sul territorio nazionale, una sia pur marginale attività a favore di terzi, laddove ritenuta accessoria e funzionale rispetto all'attività strumentale all'organizzazione pubblica di cui la società è mero strumento. Si tratta della stessa *ratio* che sorregge il secondo requisito dell'*in house providing* nei servizi pubblici locali, quello cioè della prevalenza dell'autoconsumo da parte delle comunità locale dei servizi prodotti dalla società. La prevalenza, anziché l'esclusività, serve per non ingessare l'attività di un organismo societario che svolge un'attività di produzione di beni e servizi - sia pure tendenzialmente a favore di un soggetto o di una comunità ben delimitata - e che conseguentemente deve essere posto in grado di raggiungere un equilibrio nella gestione aziendale ed economica dell'impresa. Ad esempio, nel campo (affatto diverso rispetto a quello dei servizi strumentali qui in esame) del servizio pubblico locale di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, una società *in house* che gestisse tale servizio dovrebbe essere in grado di vendere a terzi - e quindi capitalizzare i proventi derivanti da queste vendite - i rifiuti utili per scopi di valorizzazione energetica oppure i rifiuti oggetto di raccolta differenziata.

Il Consiglio di Stato, in un caso risalente a un'epoca anteriore alla modifica della disposizione in esame, ha affermato che l'art. 13 del d.l. 223/2006, ha implicitamente sancito che le società strumentali locali - nel caso specifico si trattava di una società mista - devono necessariamente operare *intra moenia*. Anzi, secondo il giudice amministrativo, l'art. 13 del d.l. n. 223/2006, nel rendere definitivamente cogente per le società miste strumentali il principio di esclusività nel rapporto di committenza con gli enti costituenti o affidanti, ha implicitamente suggellato, con carattere generale, quindi per tutte le società miste locali, il suo corollario, e cioè che le stesse devono necessariamente operare *intra moenia*³².

6.1.1. Il divieto di svolgere prestazioni a terzi. In particolare, il divieto di partecipazione a gare

Altro corollario della regola di operare tendenzialmente *intra moenia* per le società strumentali è quella che impedisce loro di «svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara».

In più di un'occasione il giudice amministrativo ha confermato che si tratta di una forma di incapacità delle società strumentali di partecipare a gare per l'aggiudicazione di contratti con enti pubblici diversi da quelli di riferimento delle medesime³³.

6.1.2. Il divieto di partecipazione in altre società o enti nazionali.

L'art. 13 appresta un'ulteriore garanzia per assicurarsi che le società strumentali non eludano l'obbligo di rimanere fedeli alla propria missione di supporto all'ente di riferimento. Il divieto di partecipare ad altre società o enti serve proprio ad evitare che «attraverso il collaudato meccanismo delle partecipazione societarie»³⁴ si verifichi un aggiramento della disciplina anti-distorsiva della concorrenza contenuta nell'art. 13.

Peraltra, dopo gli innesti operati dall'art. 48 della legge n. 99/2009, alle società strumentali è vietato assumere partecipazioni soltanto se trattasi di «società o enti aventi sede nel territorio nazionale». Pertanto, alle società strumentali locali non sarebbe vietato affacciarsi su altri mercati stranieri e rastrellare partecipazioni in società operanti in mercati diversi da quello nazionale. Per il legislatore italiano è, dunque, legittimo alterare o distorcere la concorrenza in altri mercati. E tra questi vi sono

³² Vd. Cons. St., sez. V, 15 maggio 2009, n. 3001, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³³ Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in «Giurisprudenza italiana», 2007, p. 2880; Tar Lazio, Roma, sez. I, 3 maggio 2007, n. 3893; Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 20 febbraio 2007, n. 1486; Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione 9 maggio 2007, n. 135; Tar Lombardia, sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140; Id., 19 ottobre 2007, n. 7137.

³⁴ Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037; Tar Liguria, Genova, sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39; Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, parere 31 luglio 2008, n. 213; Id., deliberazione 9 maggio 2007, n. 135.

anche quelli che concorrono a formare il mercato interno dell’Ue. In definitiva, per eludere l’art. 13 e distorcere anche il mercato nazionale basterebbe costituire una società in altro Paese Ue.

6.2. *L’oggetto sociale esclusivo*

Altra regola derivante dalla natura strumentale delle società è quella dell’«oggetto sociale esclusivo». Ma l’imposizione dell’oggetto sociale esclusivo «non va inteso come divieto delle società così dette *multi-utilities*, ma rafforza la regola dell’esclusività evitando che dopo l’affidamento la società possa andare a fare altro»³⁵.

Ora che la regola dell’esclusività vacilla, l’oggetto sociale esclusivo non può comunque tradursi in un obbligo di «monoattività» delle società strumentali. Diversamente, si costringerebbero le amministrazioni sub-statali a costituire una società per ciascuna delle attività strumentali. Naturalmente deve trattarsi sempre di attività tutte funzionali all’apparato amministrativo originatore e le società non devono comportarsi come attori del mercato nello svolgimento di una di queste attività³⁶. Non sarebbero poi ammesse «società a oggetto misto», cioè società che prestino allo stesso tempo servizi strumentali e servizi pubblici locali³⁷.

6.3. *Il regime transitorio. Cessione o scorporo delle attività non consentite*

Le società strumentali avevano quarantadue mesi a partire dalla data di entrata in vigore del decreto Bersani (19 luglio 2006) per adeguarsi alle disposizioni limitative appena descritte e quindi dovrebbero aver cessato le attività non consentite entro il 19 gennaio 2010. A tale fine potevano sia cedere le attività non consentite nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, che costituire una società separata mediante scorporo delle attività di mercato.

Di diverso avviso pare essere però una parte della giurisprudenza che, in netto contrasto con la lettera dell’art. 13, riferisce all’ente di riferimento l’obbligo di scorporare. Secondo questa opinione lo scorporo non deve comportare l’intervento finanziario delle società strumentali altrimenti sarebbe violato il divieto imposto alle medesime di partecipare ad altre società ed enti³⁸.

La stessa giurisprudenza reintroduce l’obbligo di dismissione degli *assets* di mercato, cancellato in sede di conversione in legge del decreto Bersani. E lo fa supponendo l’applicabilità alla fattispecie in questione della disposizione contenuta nell’art. 3, comma 29, l. n. 244/2007.

Altra giurisprudenza, invece, si accontenta di richiedere che la tecnica di scorporo utilizzata renda le società scorporate «autonome e indipendenti»³⁹.

La giurisprudenza maggioritaria, peraltro, ritiene garanzia sufficiente la mera separazione societaria⁴⁰.

Ad ogni modo, le società che non si siano adeguate entro la predetta data vanno incontro alla sanzione della inefficacia dei contratti relativi alle attività non cedute o scorporate.

6.4. *La nullità dei contratti conclusi dalle società strumentali*

La sanzione della nullità prevista nell’art. 13, comma 4, del decreto Bersani colpisce i contratti scaturiti da una procedura ad evidenza pubblica svoltasi in epoca in cui era già cogente il divieto normativo, altrimenti non troverebbe giustificazione plausibile la previsione di cui al comma 3 dell’art. 13, la quale delinea un procedimento di graduale conformazione da compiersi a mezzo

³⁵ Cons. St., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. St., sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322; Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456.

³⁶ Cfr. M. Cammelli, M. Dugato, (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 357.

³⁷ Cfr. A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, cit., p. 744. In giurisprudenza v. Tar Sardegna, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371.

³⁸ Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037.

³⁹ Tar Lazio, sez. II, 27 gennaio 2010, 1015.

⁴⁰ Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282; Cons. St., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Tar Emilia Romagna, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 433; Tar Lazio, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36; Tar Piemonte, sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074; Trga, Trento, 14 settembre 2009, n. 239; Tar Liguria, Genova, sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, Tar Molise, sez. I, 18 luglio 2007, n. 628, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

della cessione a terzi delle attività non consentite, ovvero la costituzione di separate società da allocare sul mercato.

La lettura interpretativa dell'art. 13, comma 4, del d.l. n. 223/2006 nel senso anzidetto si evince, inoltre, dal contenuto della modifica apportata al comma 4 dell'art. 13 dal comma 720 dell'art. 1 della l. 27 dicembre 2006, n. 296, secondo cui «restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al c. 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data».

È evidente, infatti, che il legislatore ha inteso far chiarezza una volta per tutte introducendo una disposizione che, in quanto di natura interpretativa, ha efficacia retroattiva e dunque si applica a tutte le fattispecie - ivi comprese quella che forma oggetto del caso di specie - in cui le procedure sono state bandite prima ma i relativi contratti sono stati stipulati dopo l'entrata in vigore del decreto suddetto⁴¹.

7. Riflessioni conclusive sull'eterogenesi dei fini dell'art. 13

Molti interrogativi rimangono sul tappeto. In particolare, non è ancora chiaro se il tema debba essere inquadrato nell'ambito della disciplina della autonomia organizzativa o della autonomia d'impresa, della attività amministrativa o della attività economica dei governi locali.

Per molti versi queste società sembrano rappresentare solo una entificazione di alcune funzioni organizzative (di supporto, acquisti o di provvista dei mezzi necessari alla p.a. per svolgere le sue funzioni finali di cura degli interessi collettivi ad essa attribuiti dalla legge) ovvero la privatizzazione formale di funzioni pubbliche prima svolte con moduli pubblicistici.

Si tratterebbe, dunque, di un'attività organizzativa di natura prettamente amministrativa ora svolta con moduli di diritto privato. Su questo tema il punto di riferimento dovrebbe essere l'art. 97, non gli artt. 41 o 43 Cost. E l'eventuale fondamento costituzionale, con annessi limiti, della legittimazione statale a comprimere questa autonomia organizzativa degli enti sub-statali dovrebbe essere non tanto l'ordinamento civile o la tutela della concorrenza, bensì il coordinamento della finanza pubblica⁴².

Eppure, il legislatore nazionale ha trattato il tema come se si stesse discutendo di vera e propria attività di impresa. E la Corte costituzionale ha avallato questa scelta. In più, lo hanno fatto con la logica del rasoio di Ockham, semplificando e costringendo entro una logica «assolutizzante» una realtà ben più complessa e multiforme di quello che può apparire allo strabismo di *policymakers* guidati da una logica punitiva e repressiva dell'autonomia locale. Anche nel falciare l'erba cattiva ci vuole intelligenza. Non si può sempre adoperare l'accetta. Si rischia altrimenti di scaricare sui giudici amministrativi il compito di trovare un equilibrio più giusto tra gli interessi contrapposti. E i giudici amministrativi in questa scomoda condizione sono costretti in alcuni casi a proporre un'interpretazione adeguatrice di norme ciecamente rigorose. Si generano così conflitti giurisprudenziali e, quindi, incertezza del diritto. E questa situazione offre, anche a chi non meriterebbe, il destro per sottrarsi ai colpi di una disciplina giustamente ispirata dall'esigenza di razionalizzare e arginare la spesa pubblica prodotta da moduli privatistici di azione pubblica, moduli ormai irrinunciabili per la loro flessibilità, efficienza ed efficacia.

Ma il colpo di grazia alla certezza del diritto e alla parità di trattamento, oltre che alla tutela della concorrenza, è arrivato dallo stesso legislatore, con l'art. 48, l. 23 luglio 2009, n. 99.

Si ricorderà che l'art. 13 nasceva con la finalità dichiarata di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori. E che per questo motivo il perno della disciplina dettata dall'art. 13 era rappresentato dall'obbligo di «restare a casa», cioè di lavorare solo per conto dell'ente originatore e, per evitare aggiramenti di questo obbligo, di non assumere partecipazioni in società terze.

⁴¹ Cons. St., sez. V, 15 maggio 2009, n. 3001.

⁴² Vd. C. cost., 9 giugno 1977, n. 109, in «Giurisprudenza costituzionale», 1977, 8, p. 1277, con nota di F. Merusi, *Partecipazioni statali, privative di fornitura e regole dell'economia mista*.

Oggi, con la nuova formulazione, pare invece che le finalità anti-distorsive e il vincolo di esclusività abbiano una «portata nazionale». Nel senso che alle società strumentali è vietato operare nel mercato nazionale, ma non sarebbe vietato proporsi sullo scenario internazionale e, per questa via, inquinare il libero gioco della concorrenza in altri Paesi, inclusi quelli che fanno parte dell'Unione europea e, quindi, del mercato interno. Ma forse questo piccolo dettaglio è sfuggito agli estensori della norma contenuta nell'art. 48 della legge n. 99/2009. L'art. 13 determina così una ulteriore disparità di trattamento. Non solo le società strumentali statali⁴³, ma anche le «società strumentali locali con vocazione internazionale» riescono a preservare un'autonomia negoziale piena. Il tradimento dello spirito e la lettera dell'originaria versione dell'art. 13 è, dunque, totale.

Infatti, l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 stabiliva, come visto, a carico delle società pubbliche che producono beni o servizi strumentali al funzionamento delle Amministrazioni regionali e locali (non le società di gestione dei servizi pubblici locali), un vero e proprio vincolo di esclusività e non di semplice prevalenza, attraverso il rigido divieto di svolgere prestazioni a favore di soggetti pubblici e privati diversi dagli enti costituenti ed affidanti e l'obbligo di cessare le attività non più consentite. E ciò per prevenire «il rischio che si creino *particolari situazioni di privilegio* per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscono, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una *provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi*».

Il privilegio economico non necessariamente si concretizza nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese.

Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una partecipazione certa al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali; in sintesi: un minimo garantito (ecco il senso delle limitazioni ad operare sul mercato di imprese strumentali agli enti costituenti).

Non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale.

In una tale situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali.

Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la *par condicio* delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare.

Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali⁴⁴.

Ma tutto questo non vale se, come si diceva, a inquinare il mercato nazionale siano società statali, né importa che mercati stranieri vengano inquinati da società strumentali locali a vocazione internazionale. Ancor meno evidente agli occhi del legislatore italiano deve risultare la circostanza

⁴³ Vd. M. Cammelli, M. Dugato, (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 349. In giurisprudenza vd. Cons. St., sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322.

⁴⁴ Così Tar Piemonte, sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074, cit., ma nello stesso senso vd. Tar Lazio, sez. II, 27 gennaio 2010, 1015; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2010, n. 1037; Corte cost., sentenza 1 agosto 2008, n. 326; Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946; Cons. St., sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322; Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456.

che la nuova formulazione dell'art. 13 consente un agevole aggiramento delle limitazioni in esso contenute. Infatti, basterà la semplice incorporazione di una società-succursale avente sede all'estero.

CAPITOLO QUINTO

IL RUOLO DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI E LA CENTRALIZZAZIONE DEGLI ACQUISTI

Massimo Macrì

1. Il ruolo dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ed il contesto normativo di riferimento dei diversi modelli di centralizzazione degli acquisti

Il tema delle centrali acquisto, o centrali di committenza secondo la terminologia utilizzata dalle direttive comunitarie in materia appalti pubblici¹ e poi recepita dal codice dei contratti pubblici², assolve un ruolo di politica economica oggi ancor più strategico di ieri, attesa l'attuale congiuntura finanziaria che sta investendo non solo l'Italia ma anche l'Europa e il mondo intero³.

Si tratta di uno strumento che, avendo delle implicazioni sia in termini di contenimento della spesa pubblica, sia in termini di razionalizzazione degli assetti organizzativi e/o procedurali delle pubbliche amministrazioni – tenute ad approvvigionarsi nel miglior modo possibile per l'espletamento dei propri compiti istituzionali - ha visto un'attenzione ormai decennale del legislatore italiano, con cadenza annuale, a partire dalla legge finanziaria del 2000 fino alla recente legge finanziaria 2010 ed il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, recante *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*⁴.

In questo scenario, si colloca l'intervento dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) preposta a vigilare su tutti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, anche di interesse regionale⁵.

Si tratta di una vigilanza funzionale a garantire la qualità delle prestazioni nel rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, pubblicità e libera concorrenza nelle singole procedure di gara⁶.

Tutti i poteri e le funzioni attribuite all'Autorità sono volte, da un lato, ad assicurare l'osservanza dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa

¹ Art. 1 comma 10 e art 11, della direttiva Ce 18/04; art. 1 comma 8 e art 29 della direttiva Ce n. 17 del 2004. Sulle nuove direttive comunitarie, L. Fiorentino e C. Lacava (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, «Quaderno del Giornale di diritto amministrativo», Milano, Ipsoa, 2004, n. 9.

² Art. 3 comma 34 e art. 33 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m. In particolare, l'art. 3, comma 34, definisce la centrale di committenza come «un'amministrazione aggiudicatrice che: acquista forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori, o aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori». Sul codice dei contratti pubblici, L. Fiorentino e C. Lacava, *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, «Quaderni del Giornale di diritto amministrativo», Milano, Ipsoa, 2007, n. 15.

³ Nel corso del 2009 l'economia italiana ha registrato una contrazione del livello del Pil del 5%, dopo la riduzione dell'1,3% verificatasi nel 2008, al pari degli altri maggiori paesi europei. *Relazione annuale Avcp 2009*, presentata il 22 giugno 2010 alla Camera dei deputati, p. 3.

⁴ In particolare, art. 8, comma 5 (destinato alle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato con l'ausilio di Consip S.p.a.) art. 11, comma 4 (destinato alle aziende sanitarie e ospedaliere) e art. 14, comma 16, lett. b) (destinato ai comuni) del d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

⁵ R. Garofoli e G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Tomo I, Roma-Molfetta, Nel diritto editore, 2009, p. 110.

⁶ Art. 6, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m. Si veda L. Giampaolino e L. Ponzone, *L'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, (a cura di) *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, cap. IV, sez. II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 710.

sanciti dall'art. 97 della Costituzione⁷, dall'altro, ad «orientare» il mercato, mediante delibere, determinazioni e pareri anche sulla base delle informazioni acquisite mediante l'Osservatorio dei contratti pubblici.⁸

Entrambi i compiti, sia l'attività di costante vigilanza e tempestiva segnalazione alle altre autorità competenti (Corte dei conti, Autorità giudiziaria, organi comunitari) delle illiceità e illegittimità riscontrate,⁹ sia l'attività di regolazione interpretativa¹⁰ della normativa di settore, sono tutti compiti che l'Autorità svolge in via strumentale alla funzione di referto al Governo e al Parlamento delle eventuali disfunzioni registrate, nonché di proposta delle possibili modifiche legislative da apportare per migliorare la regolamentazione del mercato dei contratti pubblici¹¹.

Ciò premesso in ordine alle modalità ed al perimetro di intervento dell'Autorità in linea generale, in tale quadro, sicuramente vi rientra anche l'attività di vigilanza e regolazione nei confronti dei diversi modelli di centralizzazione degli acquisti pubblici, che vedono il fondamento normativo della propria costituzione ed operatività nel combinato disposto di più norme.

In particolare, l'art. 33 del codice dei contratti pubblici, affermando che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi, ed, in particolare, che «le centrali di committenza sono tenute all'osservanza del presente codice» di fatto, assoggetta le stesse a tutte le norme contenute nel decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m., e, conseguentemente, sia alla citata attività di vigilanza cui è tenuta l'Autorità ai sensi dell'art. 6, comma 5 del codice dei contratti pubblici, sia ai connessi obblighi di comunicazione all'Osservatorio dei dati relativi alla attività contrattuale posta in essere dalle singole centrali di committenza.

A ciò si aggiunga che, in seguito dell'attuazione del nuovo Titolo V della Costituzione con cui, da un lato, è stato rafforzato il principio autonomistico delle Regioni e degli altri enti territoriali, dall'altro è stato imposto il rispetto del principio di sussidiarietà e leale collaborazione tra i vari livelli istituzionali, si è assistito, a partire dal 2001, anche per ragioni di finanza pubblica e contenimento della spesa, ad un graduale tentativo da parte del legislatore italiano, di razionalizzare e centralizzare gli acquisti anche a livello locale, in linea con i principi formulati dalla citate direttive Ce nn. 17 e 18 in materia di appalti pubblici¹².

In particolare, l'art. 59, commi 1 e 2, della legge finanziaria 2001 (abrogato dalla legge finanziaria 2007) prevedeva che il Ministero dell'economia e delle finanze potesse promuovere

⁷ L. Giampaolino e L. Ponzone, *L'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, (a cura di) *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, cap. IV, sez. II pp. 709-714, Milano, 2008 Giuffrè editore.

⁸ Art. 7, del Decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m.. L. Giampaolino e L. Ponzone, *L'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, (a cura di) *Trattato sui contratti pubblici*, cit., pp. 729-733.

⁹ L'attività di vigilanza dell'Autorità è esplicata anche attraverso ispezioni, con il potere di sanzionare gli eventuali comportamenti illegittimi degli operatori economici.

¹⁰ L. Giampaolino e L. Ponzone, *L'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici*, cit. pp. 714-722.

¹¹ *Ivi*, p. 722. Si veda anche R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Tomo I, p. 109, Roma-Molfetta, Nel diritto editore, 2009.

¹² F. Di Lascio, *L'acquisto di beni e servizi nel vigente sistema delle competenze legislative*, in «Giornale di diritto amministrativo» 2006, n. 5. G. della Cananea (a cura di), *I Mercati dell'amministrazione*, «Quaderni del Giornale di diritto amministrativo», Milano, Ipsoa, 2006, n. 13. Sulla questione è intervenuta anche la Corte costituzionale con varie sentenze: n. 36 del 2004, n. 272 del 2004, n. 345 del 2004, n. 417 del 2005. Peraltra, occorre evidenziare che la stessa Corte costituzionale più di recente, con le sentenze nn. 401 e 431 del 2007, e 322 del 2008, ha riconosciuto la competenza legislativa esclusiva statale nello specifico settore degli appalti pubblici in nome della «trasversalità» della tutela della concorrenza che investe l'intera materia, e che, consente di limitare i poteri regionali nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

l’aggregazione di «enti decentrati di spesa»¹³ (provincie, comuni, aziende sanitarie e ospedaliere, università) per l’elaborazione di strategie comuni di acquisto¹⁴.

Solo con la legge finanziaria 2006 (legge n. 266 del 2005), tali aggregazioni di enti decentrati di spesa, seguendo l’esempio di Consip a livello nazionale, hanno assunto la connotazione di vere e proprie centrali di acquisto. L’art. 1, comma 158 della citata legge, ha infatti stabilito che «tali aggregazioni espletano funzioni di centrali di committenza, in favore di amministrazioni ed enti regionali e locali aventi sede nello stesso ambito territoriale, ed operano valutazioni in ordine alla utilizzabilità delle convenzioni stipulate o agli acquisti effettuati ai fini del rispetto dei parametri qualità-prezzo di cui all’art. 26, comma 3, della legge finanziaria 2000».

Inoltre, l’art. 1, comma 455 della legge finanziaria 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296) ha attribuito alle Regioni la facoltà di costituire centrali di acquisto, anche unitamente ad altre Regioni, «che operano quali centrali di committenza ai sensi dell’art. 33 del codice dei contratti pubblici» non solo in favore di amministrazioni ed enti regionali, ma anche di enti locali, enti del servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio.

Infine, con la medesima legge finanziaria 2007¹⁵ sono state gettate le basi per la costituzione del cd. sistema a rete tra le centrali regionali e la Consip, oggetto di specifica indagine da parte dell’Autorità e di cui si dirà meglio al successivo punto 4.

In tale contesto, l’Autorità, ha posto quindi la propria attenzione sulla legittimità dell’operato dei diversi modelli di centralizzazione, orientandone anche l’attività con possibili soluzioni alle problematiche di volta in volta rilevate nei singoli mercati, mediante quattro importanti linee di intervento (sviluppate puntualmente nei prossimi paragrafi). La prima riguarda il necessario censimento dei diversi modelli di centralizzazione degli acquisti presenti sul territorio nazionale. La seconda linea di intervento, attiene invece alla analisi dell’attività contrattuale posta in essere da un campione significativo - tredici - delle ventotto realtà di centralizzazione territoriale riscontrate su tutto il territorio nazionale. Una terza azione dell’Autorità si è poi concentrata sull’analisi e lo stato di attuazione del cd. sistema a rete delle centrali di acquisto. Infine, è stata eseguita un’attività di indagine specifica su alcune importanti procedure di affidamento adottate dalle centrali di acquisto nazionali e territoriali.

2. Il censimento delle centrali di acquisto territoriali

Nell’ambito dell’attuale quadro normativo così variegato, caratterizzato, per un verso, dalle previsioni del codice dei contratti pubblici (codice) che consentono alle stazioni appaltanti e agli enti aggiudicatori di costituire, anche associandosi o consorziandosi, centrali di committenza per l’acquisto di lavori, servizi e forniture, e dall’altro, dalle leggi finanziarie che si sono succedute nel tempo, ed in particolare dalla legge finanziaria 2007, che ha introdotto nel mercato degli appalti pubblici le centrali di acquisto regionali, l’Autorità, nel 2008, ha avviato e concluso un primo censimento delle centrali d’acquisto territoriali al fine di acquisire un quadro conoscitivo dei soggetti operanti in qualità di stazioni appaltanti sul territorio nazionale e con *status giuridico* di centrali di committenza ai sensi dell’art. 33 del d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.¹⁶

¹³ A. Ponti, *L’associazionismo tra enti per l’acquisto di beni e servizi*, in «Nuova rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza», 2002, n. 21 e L. Spagnolo, *Le convenzioni stipulate da aggregazioni di enti*, in A. Barbiero, L. Spagnolo e D. Osimo, *L’e-procurement nella pubblica amministrazione: guida pratica all’acquisto on line di beni e servizi*, Rimini, Maggioli, 2001.

¹⁴ Con il decreto ministeriale del 2 maggio 2001 è stato attribuito a Consip il compito di promuovere l’aggregazione di «enti decentrati di spesa».

¹⁵ Art. 1, comma 457, della legge n. 296 del 27 dicembre 2007.

¹⁶ Il censimento delle centrali di acquisto territoriali è stato approvato dal Consiglio dell’Autorità il 14 gennaio 2009, ed è stato operato mediante richieste specifiche di informazioni inviate a tutte le regioni oltre che sulla base di audizioni con Consip e le principali centrali di acquisto regionali quali: Lombardia Informatica s.p.a., Intercent Er s.p.a. So.Re.Sa. s.p.a.

Il censimento effettuato, sulla base dei dati forniti dalle regioni interpellate, ha consentito di pervenire ad una prima classificazione dei modelli di centralizzazione di acquisto in tre macro categorie a seconda del settore merceologico di attività espletata.

Una prima categoria riguarda le centrali di acquisto territoriali «multi settore». Si tratta di realtà che operano oltre che nel settore sanitario (salvo due casi registrati in Puglia e in Liguria in cui sono presenti altresì realtà specifiche nella sanità) anche in altri ambiti merceologici di beni e servizi. Sono modelli istituiti con leggi regionali, posseduti integralmente dalle regioni, che operano come soggetti delegati ad assolvere le funzioni di centrali di acquisto per le amministrazioni locali ai sensi dell'art. 33 del codice. In particolare, per ciascuna regione sono state rilevate le seguenti centrali di acquisto multisettore:

	Regione	<i>Centrale di acquisto regionale multisettore</i>
1	Piemonte	Società di Committenza Regione (S.C.R.) Piemonte s.p.a.
2	Lombardia	Lombardia Informatica s.p.a.
3	Liguria	Centrale Regionale d'Acquisto (C.R.A.)
4	Emilia Romagna	Intercent ER s.p.a.
5	Puglia	Empulia s.p.a.
6	Calabria	Stazione Unica Appaltante (S.U.A.) ¹⁷
7	Sardegna	Centrale Acquisti Territoriale (C.A.T.) Sardegna

Una seconda categoria attiene ai modelli di centralizzazione di acquisti nel settore sanitario quali le centrali di acquisto di sanità, le Asl Uniche e Asl Capofila per conto di altre Asl della regione, nonché aggregazioni di Asl e presidi ospedalieri «aree vaste».

Più in particolare, per quanto attiene le centrali di acquisto di sanità, si tratta di realtà che esplicano tale funzione soltanto per le amministrazioni appartenenti ai servizi sanitari regionali. L'Autorità ne ha individuate sei:

	Regione	Centrale di acquisto regionale di sanità
1	Puglia	Agenzia regionale sanitaria (A.Re.S.) Puglia
2	Veneto	Centro Regionale Acquisti Sanità
3	Umbria	AgenziaUmbria Sanità
4	Campania	Società Regionale per la Sanità s.p.a. (So.Re.Sa.)
5	Abruzzo	Ufficio Unico degli Acquisti
6	Friuli Venezia Giulia	Centro Servizi Condivisi (C.S.C.)

Sono poi state rilevate cinque Asl Uniche quale riferimento nel territorio per gli acquisti di beni e servizi nel settore sanitario, tre a livello regionale e due a livello provinciale:

	Regione/Provincia	ASL Unica
1	Regione Valle d'Aosta	Azienda USL Valle d'Aosta
2	Regione Marche	Azienda Sanitaria Unica Regione Marche (A.S.U.R.)
3	Regione Molise	Azienda Sanitaria Regione Molise (ASREM)
4	Provincia di Trento	Azienda Sanitaria Provincia di Trento
5	Provincia di Bolzano	Azienda Sanitaria Provincia di Bolzano

Inoltre, sono state individuate tre Asl Capofila che eseguono gli acquisti per conto delle altre Asl presenti nel territorio regionale, le quali provvedono a razionalizzare i processi, pur rimanendo inalterata l'organizzazione delle strutture sanitarie territoriali esistenti.

¹⁷ Dall'indagine svolta dall'Autorità nel 2008, questa centrale di acquisto non è risultata essere operativa a tale data.

	Regione	ASL Capofila
1	Liguria	Operativa
2	Sicilia	Operativa
3	Basilicata	non operativa

Infine, simile al modello delle Asl Capofila, nella regione Toscana, è stato costituito un sistema di centralizzazione degli acquisti mediante aggregazioni di ASL e presidi ospedalieri in “aree vaste”. Sono infatti presenti tre Enti per i servizi tecnico amministrativi di area vasta, (Estav) che si occupano degli acquisti di beni e servizi per le Asl appartenenti all’area geografica di riferimento: Nord-Ovest, Centro, e Sud-Est.¹⁸

Una terza categoria, attiene alle centrali di acquisto territoriali operanti esclusivamente nel settore informatico.

	Regione/Provincia	Centrale di acquisto territoriale nel settore informatico
1	Regione Umbria	WEBREB s.p.a.
2	Regione Abruzzo	Agenzia Regionale Informatica e telematica
3	Regione Lazio	Lazio Innovazione Tecnologica s.p.a (LA.i.t.)
4	Provincia di Trento	Informatica Trentina s.p.a.

2.1. Alcune considerazioni conclusive sui modelli di centralizzazione degli acquisti censiti

Dall’indagine condotta dall’Autorità nell’anno 2008, risulta quanto segue.

In primo luogo, emerge chiaramente che il processo di centralizzazione degli acquisti a livello regionale è un processo dinamico, che non si è ancora concluso, poiché presente soltanto in sette regioni per quanto attiene l’approvvigionamento di beni e servizi in vari settori merceologici. Da un lato, si evidenziano importanti realtà di centralizzazione, che operano da anni ed hanno raggiunto un elevato grado di incidenza sulla qualità della spesa pubblica locale (si pensi a quanto accaduto nelle regioni Piemonte, Lombardia, Emilia Romagna); dall’altro, è stata registrata, sia pure al 2008, la non operatività di una centrale di acquisto regionale, sebbene costituita (la Sua in Calabria).

Grande attenzione va poi posta sul mercato degli approvvigionamenti nel settore sanitario, dove, di fatto, sono stati registrati «diversi» modelli di centralizzazione degli acquisti. Infatti, accanto a sei centrali di acquisto regionali che operano esclusivamente nel campo della sanità, (in Puglia, Veneto, Umbria, Campania, Abruzzo e Friuli Venezia Giulia) si affiancano cinque Asl uniche, tre a livello regionale (Valle d’Aosta, Marche e Molise) e due a livello provinciale (Trento e Bolzano), nonché tre Asl Capofila (due operative nelle regioni Liguria e Sicilia, e una non operativa in Basilicata). Infine, in Toscana è stata registrato un modello di aggregazione di Asl in tre aree vaste.

Al riguardo, occorre evidenziare come la diversificazione dei modelli presenti nel settore sanitario, confermi, comunque, la forte intenzione e propensione delle amministrazioni locali di organizzarsi ed associarsi per razionalizzare i processi di acquisto e ridurre la spesa pubblica. Peraltra, non va dimenticato, che proprio con riferimento agli operatori di questo settore, gli enti del servizio sanitario nazionale, l’art. 1, comma 449, della legge finanziaria 2007, ha imposto l’obbligo, di approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di acquisto, ovviamente ove costituite.

¹⁸ Sono Enti che si incardinano nel servizio sanitario regionale toscano, istituti con legge regionale n. 40 del 24 febbraio 2005, dotati di personalità giuridica pubblica e di autonomia amministrativa, organizzativa, contabile, gestionale e tecnica.

Inoltre, più recentemente, il decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, recante *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, in conformità con quanto genericamente già affermato per tutti i soggetti tenuti ad aderire alle convenzioni quadro ex art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, ha previsto, al comma 4, dell'art. 11 recante «controllo della spesa sanitaria» - quindi specificamente per l'approvvigionamento dei beni e servizi effettuati dalle Asl - che «gli eventuali acquisti ... al di fuori delle convenzioni e per importi superiori ai prezzi di riferimento sono oggetto di specifica e motivata relazione, sottoposta agli organi di controllo e di revisione delle aziende sanitarie ed ospedaliere». Dunque, viene introdotta una responsabilità specifica delle Asl, oggetto di controllo, al fine di poter monitorare e ridurre gli sprechi, e quindi le inefficienze, presenti nella pubblica amministrazione che operano nel settore sanitario, dove, (come è emerso in altra indagine operata dall'Autorità e di cui si dirà più avanti) è presente l'87% delle gare bandite dai diversi modelli di centralizzazione territoriale esaminati.

L'Autorità, ha poi individuato quattro centrali d'acquisto territoriali, operanti nel settore informatico, tre delle quali a livello regionale (Umbria, Abruzzo e Lazio) ed una a livello provinciale (Trento).

Pertanto, al di là delle sette centrali di acquisto che operano in più ambiti a livello regionale, i settori in cui il modello di centralizzazione ha maggiormente impattato sono, quello della sanità (sei centrali di acquisto regionali, cinque Asl Uniche, tre Asl Capofila, tre aggregazioni per aree vaste) ed il settore informatico (tre centrali di acquisto regionali ed una provinciale) per un totale di ventotto realtà di centralizzazione territoriale riscontrate su tutto il territorio nazionale.

3. Analisi dell'attività contrattuale posta in essere dai principali modelli di centralizzazione degli acquisti territoriali censiti

Sulla base del censimento dei modelli di centralizzazione di acquisto territoriale effettuato nel 2008, l'Autorità, nel corso del 2009, ha avviato e concluso una indagine volta ad analizzare le modalità di svolgimento dell'attività contrattuale di un campione significativo - tredici - delle ventotto realtà di centralizzazione territoriale riscontrate su tutto il territorio nazionale¹⁹.

Il periodo preso a riferimento dall'Autorità per l'espletamento della propria indagine è stato il 1 luglio 2006 - data di entrata in vigore del codice – fino al 31 dicembre 2008.

In particolare, nell'ottica di investire almeno un caso rappresentativo per ciascun modello di centralizzazione censito nel 2008, l'Autorità ha interessato:

- cinque centrali di acquisto regionali multi settore (S.C.R. Piemonte s.p.a. in Piemonte, Lombardia informatica s.p.a in Lombardia, Intercent Er s.p.a. in Emilia Romagna, EmPulia s.p.a. in Puglia e C.A.T. Sardegna in Sardegna),
- due centrali di acquisto territoriali nel settore informatico (Informatica Trentina s.p.a. nella provincia di Trento e LA.i.t. nella regione Lazio),
- due centrali di acquisto regionali di sanità (So.Re.Sa. s.p.a. in Campania e C.S.C. in Friuli Venezia Giulia),
- una ASL unica (Asrem in Molise),
- in analogia al modello di Asl Capofila, tre Enti costituiti in “aree vaste” (Estav Centro, Estav Nord-Ovest e Estav Sud-Est in Toscana).

Dall'analisi dei dati trasmessi dalle singole realtà di centralizzazione territoriale, oltre a quelli forniti in sede di specifiche audizioni anche da Consip s.p.a., risulta la seguente situazione rappresentativa del mercato di approvvigionamento centralizzato di beni e servizi a livello locale.

Da luglio 2006 a dicembre 2008 sono state bandite 2852 procedure di gara, di cui 1043 nell'anno 2008, e 1809 da luglio 2006 a dicembre 2007, per un valore economico complessivo a

¹⁹ Il Rapporto conclusivo dell'indagine *sull'attività contrattuale delle centrali di acquisto territoriali e lo stato di attuazione del sistema a rete* è stato approvato dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 27-28 gennaio 2010 ed è reperibile sul sito dell'Autorità (www.avcp.it).

base di gara di circa 9,7 miliardi di euro. Del totale delle gare bandite, circa l'87% riguarda l'acquisizione di beni e servizi nel settore sanitario, concentrata nell'area centro-nord d'Italia.

Le gare aggiudicate ammontano a 2761 (961 nel 2008 e 1800 da luglio 2006 a dicembre 2007) per un valore complessivo a base di gara di circa 8,3 miliardi di euro ed un importo finale di aggiudicazione di circa 6,4 miliardi di euro, corrispondente ad un ribasso medio ottenuto pari al 22,56%.

Il numero medio di partecipanti a tutte le procedure bandite è stato pari a nove con un trend decrescente nel periodo preso a riferimento. Nel 2008, il numero medio di partecipanti alle singole procedure di gara è sceso a circa cinque unità.

Il numero di gare in corso è risultato pari a 91, corrispondente a circa il 3% del totale delle gare bandite. Di queste, 82 gare espletate nel 2008 non sono risultate aggiudicate al 31 dicembre 2008, anche perché gran parte di esse sono state bandite nell'ultimo trimestre dell'anno.

Per quanto attiene il contenzioso, sono state riscontrate 101 procedure interessate, sia in sede di gara che in corso di esecuzione del contratto o convenzione, pari a circa il 3,4% del totale delle procedure bandite nel periodo preso a riferimento.

Per quanto riguarda invece i nuovi strumenti di *e-procurement*, dall'indagine condotta dall'Autorità è risultato che la maggior parte delle gare è stata espletata mediante procedure pubbliche tradizionali, aperte o ristrette, con un modesto ricorso allo strumento dell'asta elettronica (utilizzato soltanto in 18 casi) e al sistema dinamico di acquisizione (adottato soltanto in due procedure di gara entrambe esperite da Estav Centro).²⁰

Al riguardo, si evidenzia, che l'Autorità a fine gennaio scorso,²¹ ha deciso di avviare una indagine *ad hoc* sullo stato di attuazione dei nuovi strumenti di *e-procurement* presso le centrali di committenza territoriali, che dovrebbe terminare a fine 2010. Al momento sono state audite alcune tra le principali centrali di committenza regionali quali, Lombardia informatica s.p.a e Intercent-Er s.p.a., audizioni dalle quali emerge chiaramente un progressiva, sia pure lenta, crescita dell'utilizzo di alcuni strumenti quali il mercato elettronico, le gare telematiche, l'asta elettronica, ma non il sistema dinamico di acquisto.

Inoltre, è stato rilevato anche un marginale ricorso allo strumento dell'accordo quadro (utilizzato soltanto in due occasioni: Empulia s.p.a e Lombardia Informatica s.p.a) piuttosto che l'istituto delle convenzioni²².

Si veda, di seguito, la tabella n. 1 da cui emergono in modo più circostanziato i risultati di cui sopra.

²⁰ Relazione annuale Avcp 2009, cit., p. 184.

²¹ Adunanza consiliare del 27-28 gennaio 2010.

²² Dati risultanti dal citato rapporto conclusivo *sull'attività contrattuale delle centrali di acquisto territoriali e lo stato di attuazione del sistema a rete* approvato dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 27-28 gennaio 2010 e reperibile sul sito dell'Autorità (www.avcp.it), pp. 19 e 20.

REGIONE	Piemonte	Lombardia	Trentino Alto Adige	Friuli	Emilia Romagna	Toscana	Lazio	Molise	Campania	Puglia	Sardegna	TOTALE CENTRALI D'ACQUISTO CENSITE		
C.A.T	S.C.R.	Lombardia Informatica	Trentina Centro Servizi Condovisi	Infrancer	ESTAV CENTRO	ESTAV NORD-OVEST	ESTAV SUD-EST	LA.I.R.	ASREM	SORESA	EMPULIA	C.A.T. Sardegna		
SETTORE ATTIVITA'														
		Vari	Vari	Informatica	Sanità	Vari	Sanità	Informatica	Sanità	Sanità	Vari	Vari		
GARE BANDITE	Numero	2	4	102	248	28	195	377	44	13	15	2		
	Importo o base di gara	114.794.113	45.280.450	67.043.330	155.374.542	1.045.574.338	318.137.459	n.d.	146.593.957	57.133.181	43.454.200	625.565.881	32.051.338	
	Numero	1	2	83	248	17	195	370	57	10	2	1		
GARE AGGIUDICATE	Importo o base di gara	24.695.345	11.568.750	53.572.832	155.374.442	274.055.844	318.137.439	n.d.	89.555.569	8.501.000	13.600.000	407.185.099	25.000.000	
	Importo di aggiudicazione	21.396.274	8.897.991	45.717.138	85.121.103	249.093.354	100.332.485	112.732.100	79.880.070	6.251.989	10.447.020	193.671.000	25.000.000	
GARE IN CORSO	Numero	1	2	19	-	11	-	7	7	5	8	4		
	Importo o base di gara	90.097.757	33.711.700	13.470.693	-	271.508.494	-	30.104.510	56.939.388	48.621.181	29.884.200	218.289.572	7.061.338	
	Importo gare con contenizio	-	1	-	4	1	4	2	-	2	-	10	-	
GARE CON CONTENIZIOSO	Numero gare con contenizio definito	-	1	-	5	1	1	4	2	3	-	-	-	
	Numero gare con contenizio attivo	-	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	16	
GARE REVOCATE	Numero	-	30.000.000	220.000	-	11	-	-	-	1	-	-	75.920.000	
ASTE ELETTRONICHE	Numero	-	-	2.098.986	n.d.	-	-	-	8.417.244	-	-	-	10.595.630	
SISTEMA DINAMICO DI ACQUISIZIONE	Numero	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	13.724.290	
ACCORDI QUADRO	Numero	-	1	-	-	-	-	-	524.502	-	-	-	524.602	
RIBASSO MEDIO %	13,36	23,09	14,66	37,58	9,11	68,46	n.d.	11,20	26,45	23,18	52,44	-	1	
N° MEDIO PARTECIPANTI	4	4	9	5	3	5	3	14	4	4	5	3		
GARE BANDITE	Numero	-	4	86	324	113	210	1.010	32	15	2	5		
	Importo o base di gara	-	17.200.120	8.583.659	n.d.	1.072.891.937	938.874.456	n.d.	128.444.355	77.734.333	66.770.000	2.031.505.425	1.064.040	
GARE AGGIUDICATE	Numero	4	85	324	111	210	1.010	28	13	3	5	1.800		
	Importo o base di gara	-	17.200.120	8.483.59	n.d.	1.040.479.483	938.874.456	n.d.	118.244.532	19.297.933	66.770.000	2.031.505.425	1.064.040	
GARE IN CORSO	Numero	-	13.941.035	7.777.438	292.465.056	616.619.575	889.211.004	556.688.580	123.560.441	17.325.558	55.911.294	1.530.750.841	765.106	
ASTE ELETTRONICHE	Numero	-	-	100.000.000	-	2	-	-	4	-	-	-	100.000.057	
AGGIUDICATE	Numero	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-	-	1	
AGGIUDICAZIONI	Numero	-	-	-	-	-	n.d.	-	-	-	-	-	595.000	
IMMEDIATE SISTEMA DINAMICO DI	Numero	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	302.025	
ACCORDI QUADRO	Numero	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	628.724	
RIBASSO MEDIO %	-	18,95	8,32	n.d.	40,75	5,29	-	-	4,66	10,21	16,17	24,65	28,09	
N° MEDIO PARTECIPANTI	-	4	13	4	25	8	6	12	2	4	18	3	35,16	
N° PROCEDURE INTERESSATE DA CONTENIZIOSO	-	1	-	25	8	6	12	2	4	-	3	-	3,32	
GARE BANDITE	Numero	2	8	183	572	141	405	1.387	75	28	10	21	7	
	Importo base di gara	114.794.113	52.480.580	75.827.189	n.d.	2.118.465.375	1.257.011.935	2.011.110.095	275.340.692	134.857.514	110.224.200	2.555.972.305	33.125.378	17.902.040
GARE AGGIUDICATE	Numero	5	5	572	128	n.d.	1.380	23	1.380	5	13	3	2.761	
	Importo o base di gara	24.695.345	28.768.880	62.054.986	n.d.	1.314.848.322	1.257.011.935	2.711.007.495	208.201.201	277.798.333	80.370.000	2.488.691.734	26.084.040	17.902.040
GARE IN CORSO	Numero	3	2	576	20	53.494.576	377.507.169	869.549.490	2.065.991.216	203.540.211	23.578.547	1.724.437.641	25.785.106	13.461.203
	Importo base di gara	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	6.393.873.162	
	Importo di aggiudicazione	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	911.912	
	Numero	-	1	-	-	-	-	-	7	7	8	4		
TOTALE PERIODO II SESTRESE 2008	Numero	90.097.757	33.711.700	13.570.693	-	803.620.948	-	30.104.510	57.139.391	107.069.681	29.852.000	218.289.572	7.061.338	1.400.510.900
ASTE ELETTRONICHE	Numero	-	-	2.138.385	-	-	n.d.	8.417.244	-	-	-	-	-	1.150.630
AGGIUDICAZIONI	Numero	-	-	2.098.986	3.388.571	-	-	376.649	8.235.733	-	-	-	-	14.353.014
MEDIANTE SISTEMA DINAMICO DI	Numero	-	-	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	2
ACQUISIZIONE	Numero	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	769.832
ACCORDI QUADRO	Numero	-	1	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	2
RIBASSO MEDIO %	13,36	20,61	13,80 n.d.	34,16	21,28	27,51	2,19	15,18	17,35	29,29	1,15	24,81	2,57	
N° MEDIO PARTECIPANTI	4	4	11	4	10	4	5	4	16	3	10	5	9	
N° PROCEDURE INTERESSATE DA CONTENIZIOSO	-	2	34	10	11	18	4	9	13	18	4	5	101	

3.1.Comparazione dei dati oggetto di indagine con quelli rilevati a livello nazionale per gli appalti di servizi e forniture

Prendendo a riferimento l'anno 2008, appare interessante comparare i dati relativi all'attività contrattuale dei modelli di centralizzazione di acquisto territoriale oggetto di indagine, rispetto alla rilevazione operata dalla stessa Autorità nella relazione dello scorso giugno 2009, in ordine ai dati di tutti gli appalti di forniture e servizi forniti all'Osservatorio dei contratti pubblici.

In particolare, per quanto attiene il numero di gare aggiudicate, emerge che per le procedure di affidamento di importo superiore a 150.000 euro, i modelli di centralizzazione di acquisto analizzati, hanno aggiudicato 446 gare, pari al 5,3% del numero complessivo nazionale (8418 gare aggiudicate nel 2008).²³

Per quanto riguarda gli importi posti a base di gara, i modelli di centralizzazione territoriale rappresentano circa il 7% (quasi 950.000 euro) sul totale complessivo di gare di servizi e forniture aggiudicate nel 2008 (quasi 15 miliardi di euro)²⁴.

Per quanto attiene il dato relativo al ribasso medio, nell'indagine, per l'anno 2008, è stato registrato il 31% (mentre è pari al 22,5% sull'intero periodo di analisi luglio 2006-dicembre 2008) rispetto al 13,5% del dato nazionale²⁵, ciò anche a seguito dell'effetto positivo generato dall'aggregazione della domanda mediante i modelli di centralizzazione di acquisti.

In ordine poi alla diffusione degli strumenti di *e-procurement*, quali le gare telematiche e le aste elettroniche, l'Autorità ha rilevato che nell'anno 2007 le centrali di committenza hanno espletato gare per un valore di 227 milioni di euro circa (di cui 219 milioni esclusivamente attraverso gare indette da Consip s.p.a.) e che, nonostante tale importo sia marginale rispetto al valore delle gare bandite tra il 1 luglio 2006 e il 31 dicembre 2007 (4 miliardi e 350 milioni euro circa) comunque, i modelli di centralizzazione di acquisto, rappresentano il quasi esclusivo utilizzatore, tra le stazioni appaltanti pubbliche territoriali (comuni, provincie, aziende sanitarie, enti vari) di tali strumenti innovativi²⁶. Nel 2008, pur rappresentando le centrali di acquisto uno dei maggiori fruitori delle modalità di *e-procurement*, risulta che queste siano state maggiormente utilizzate dalle aziende del servizio sanitario nazionale per un importo di 128 milioni circa, contro i 46 milioni (di cui 40 milioni mediante gare Consip) dei primi.²⁷

Inoltre, dai dati della relazione annuale presentata dall'Autorità al Senato, il 25 giugno 2009, emerge che nel 2008 l'importo complessivo degli appalti aggiudicati con procedure telematiche e/o elettroniche da parte dei modelli di centralizzazione di acquisto territoriali individuati, è più che raddoppiato rispetto al 2007, poiché l'importo totale di aggiudicazione degli appalti è di circa 23 milioni di euro nel 2007 e di 58 milioni di euro nel 2008.²⁸

4. Analisi e stato di attuazione del “sistema a rete” delle centrali di acquisto

Nel corso dell'anno 2009, l'attenzione dell'Autorità è stata posta anche sul cd. sistema a rete tra le centrali regionali e la Consip istituito con l'art. 1, comma 457, della legge n. 296 del 27 dicembre 2007, legge finanziaria 2007. Si tratta di un tentativo del legislatore, peraltro ribadito anche con l'ultima legge finanziaria (art. 1, comma 227 della legge n. 191 del 2009), di gestire su basi condivise e coordinate, a livello nazionale e territoriale (regionale e locale) i processi di

²³ Relazione annuale Avcp 2008, presentata il 25 giugno 2009 al Senato della Repubblica, pp. 50-59.

²⁴ Relazione annuale Avcp 2008, cit., pp. 50-59.

²⁵ Media ponderata delle tabelle 48, 49, 50 e 51 di cui alle pp. 65 e 66 della Relazione annuale Avcp 2008.

²⁶ Ivi, tabelle 4 e 6 delle pp. 189 e 190.

²⁷ Ivi, tabella 4, p. 189.

²⁸ Ivi, p. 187.

razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti nel più ampio contesto del sistema nazionale di *e-procurement*²⁹.

Questo sistema ha tre obiettivi principali: migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione (favorendo il ciclo di convergenza digitale fra processi amministrativi, servizi pubblici e nuove tecnologie); realizzare l'interoperabilità e la piena cooperazione fra le amministrazioni; migliorare la trasparenza, il controllo e l'efficacia della spesa pubblica anche mediante la tracciabilità dei processi.³⁰

La legge finanziaria 2007 ha previsto espressamente l'istituzione di una Conferenza Stato, regioni e provincie autonome di Trento e Bolzano che dovrebbe approvare annualmente i programmi di sviluppo della rete ed effettuare il monitoraggio del raggiungimento degli obiettivi rispetto ai risultati attesi.

Da gennaio 2008 ad oggi l'Autorità ha rilevato che i progressi ottenuti sono marginali rispetto alla effettiva attuazione di un sistema a rete degli acquisti pubblici, articolato e coordinato tra i vari livelli di governo così come era stato inteso dal legislatore del 2007.

Infatti, il 24 gennaio 2008, c'è stata una prima conferenza in cui è stato approvato un «accordo tra Governo, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano per la costituzione del sistema a rete», nell'ambito del quale è stato predisposto un «piano integrato di sviluppo della rete» basato su sei capisaldi di principio:

1. implementazione delle reti delle centrali di acquisto, mediante il trasferimento di *know-how* e collaborazione strategica, creazione di un portale della rete delle centrali d'acquisto e sviluppo di iniziative di acquisto comuni;
2. interoperabilità tra le piattaforme di acquisto;
3. sinergie tra i sistemi di acquisto, mediante la condivisione degli strumenti di acquisto telematici operanti su piattaforme consolidate come il mercato elettronico della pubblica amministrazione (Mepa) e la messa in atto di azioni sinergiche delle centrali di acquisto territoriali per l'utilizzo dello strumento nei territori;
4. gestione della domanda, attraverso una analisi dei fabbisogni delle amministrazioni realizzata a livello di rete, in modo da rendere possibile sinergie e *benchmark*, che facilitino le attività di successiva pianificazione e programmazione dei fabbisogni, garantendo anche un controllo dei consumi effettivi delle amministrazioni coinvolte.
5. rapporti con le imprese, mediante la semplificazione dell'accesso delle stesse al mercato pubblico delle forniture, utilizzando adeguati strumenti informativi di supporto al fine di definire procedure standard di abilitazione;
6. realizzazione di un portale di servizio verso la pubblica amministrazione³¹.

Lo stesso giorno, nell'ambito della medesima conferenza, è stato istituito il tavolo tecnico permanente per l'espletamento delle attività istruttorie volte all'attuazione delle disposizioni contenute nel citato accordo.

Il tavolo tecnico è composto dai rappresentanti di due ministeri, economia e finanze, e salute, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, ed in particolare dal dipartimento per gli affari regionali e dal dipartimento delle innovazioni e tecnologie, dal Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione (Cnipa), dalle Regioni e dalle Province autonome.³²

²⁹ Il Rapporto conclusivo dell'indagine *sull'attività contrattuale delle centrali di acquisto territoriali e lo stato di attuazione del sistema a rete* è stato approvato dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 27-28 gennaio 2010 ed è reperibile sul sito dell'Autorità (www.avcp.it).

³⁰ *Relazione annuale Avcp 2009*, cit., pp. 184 e 185.

³¹ Rapporto conclusivo dell'indagine *sull'attività contrattuale delle centrali di acquisto territoriali e lo stato di attuazione del sistema a rete*, cit., p. 8.

³² Conferenza Stato, regioni e provincie autonome di Trento e Bolzano, *Istituzione del tavolo tecnico per l'attuazione dell'accordo tra Governo, Regioni e Province autonome per la costituzione di un sistema a rete, ai fini dell'applicazione dell'art. 1, comma 455-457, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007)*. Repertorio n. 15/CSR, 24 gennaio 2008, art. 2.

Si tratta di un tavolo che può essere integrato da altre amministrazioni o soggetti interessati a seconda delle tematiche da trattare e/o specifici interessi da tutelare.

I rappresentanti del tavolo tecnico hanno individuato quattro attività di lavoro - aspetti normativo/legali, tecnologie, processi, iniziative e strumenti di acquisto³³ - rispetto alle quali, sulla base delle audizioni effettuate dall’Autorità, sono emersi i seguenti limitati sviluppi.

Il soggetto coordinatore del gruppo di lavoro afferente il tema degli «aspetti normativo/legali» è il Ministero dell’economia e delle finanze che, attraverso Consip, ha individuato delle linee guida per la definizione di criteri generali di armonizzazione della normativa nazionale e regionale.

Il soggetto coordinatore del gruppo di lavoro afferente il tema delle «tecnologie», è il Centro Servizi Condivisi (C.S.C.), centrale di committenza sanitaria istituita presso la regione Friuli Venezia Giulia. Tale centrale ha riferito di aver effettuato due incontri ponendo l’attenzione sul problema della interoperabilità delle piattaforme d’acquisto al fine di garantire uniformità delle procedure da parte dei soggetti fruitori.

Il soggetto coordinatore del gruppo di lavoro afferente il tema dei «processi», è Lombardia Informatica s.p.a., centrale di acquisto regionale istituita presso la regione Lombardia. Tale centrale, ha fissato un solo incontro in cui è stato definito come affrontare l’analisi della domanda al fine di verificare la possibilità di un piano merceologico comune sia a livello centrale, sia a livello territoriale.

Il soggetto coordinatore del gruppo di lavoro afferente il tema «iniziativa e strumenti di acquisto» (convenzioni, accordi quadro, mercato elettronico), è Intercent Er s.p.a., centrale di acquisto regionale istituita presso la regione Emilia Romagna. Tale centrale ha fissato un primo incontro nel mese di aprile 2009, al fine di dare indicazioni preliminari alle regioni che non hanno ancora costituito centrali d’acquisto, sia in ordine alle competenze da attribuire alla struttura che si intende creare, sia alla sfera di autonomia, nonché alle caratteristiche del bacino di utenza.³⁴

Da gennaio 2008, soltanto lo scorso 17 maggio 2010, il Ministero dell’economia e delle finanze ha convocato la Conferenza Stato, regioni e provincie autonome, anche alla luce di alcune sollecitazioni delle regioni. Queste ultime, infatti, hanno rilevato come con l’ultima legge finanziaria sia stata attribuita a Consip s.p.a. la facoltà di stipulare accordi quadro per varie tipologie di prodotti senza essere state previamente sentite, con l’unica possibilità riconosciuta alle regioni medesime di intervenire in sede di definizione dei criteri utili per individuare le categorie merceologiche oggetto di tali accordi³⁵.

Dunque, sembra potersi rilevare una mancanza di coordinamento sostanziale tra i vari livelli di governo, nazionale e territoriale³⁶, che il sistema a rete dovrebbe invece garantire ma che in realtà, nei fatti, non assicura, in quanto ancora in fase di sviluppo³⁷.

Alla luce di quanto sopra, l’Autorità, sebbene da un lato, abbia preso atto che le modalità di impostazione del progetto e la relativa organizzazione in nuclei tecnici dedicati a studiare tematiche specifiche, appaia rispondente e congruente con le finalità attribuite dalle disposizioni di legge, dall’altro lato, non ha potuto non rilevare che il quadro di attuazione del progetto di sistema a rete appare in sensibile ritardo rispetto agli intendimenti iniziali.

³³ Conferenza Stato, regioni e provincie autonome di Trento e Bolzano, *Istituzione del tavolo tecnico per l’attuazione dell’accordo tra Governo, Regioni e Province autonome per la costituzione di un sistema a rete, ai fini dell’applicazione dell’art. 1, comma 455-457, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007)*. Repertorio n. 15/CSR, 24 gennaio 2008, art. 3.

³⁴ Rapporto conclusivo dell’indagine sull’attività contrattuale delle centrali di acquisto territoriali e lo stato di attuazione del sistema a rete, cit., pp. 9 e 10.

³⁵ Art. 1, commi 225, 226 e 227 della legge n. 191 del 2009 (legge finanziaria 2010).

³⁶ La mancanza di coordinamento tra i diversi sistemi nazionali da un lato, e regionali e locali dall’altro, è stato anche evidenziato da L. Picci, *Dal modello Consip ad un Sistema di prorument nazionale*, in L. Fiorentino (a cura di) *Lo Stato compratore. L’acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Astrid, Bologna, il Mulino, 2007.

³⁷ Sulla necessità di un coordinamento anche per gli appalti elettronici si veda, D. Colaccino, *Piano strategico per l’implementazione dell’e-public procurement. Spunti di riflessione*, in L. Fiorentino (a cura di) *Lo Stato compratore. L’acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

E' comunque da evidenziare, che tale ritardo, è stato registrato anche perché ad aprile 2008 si è insediato il nuovo governo, che ha comportato un periodo di stallo di nove mesi, impiegati per la nomina dei nuovi rappresentanti nei vari ruoli istituzionali.³⁸

In tale contesto, ed in particolare nel mercato degli acquisti centralizzati dei beni e servizi occorrenti alle pubbliche amministrazioni, l'Autorità, attraverso la sua attività di vigilanza e regolazione volta al contempo, ad individuare le criticità e proporre le soluzioni di sviluppo di tale mercato, si sta adoperando, anche mediante le indagini attualmente in corso, per consentire, da un lato, una sempre maggiore valorizzazione dei modelli di centralizzazione già operativi su tutto il territorio nazionale, dall'altro, per sollecitare l'adozione a livello territoriale di misure che favoriscano la nascita di nuove realtà nell'ambito del sistema a rete.

5. Indagini specifiche su alcune importanti procedure di affidamento adottate dalle centrali di acquisto nazionali e territoriali

Oltre alle indagini di carattere generale svolte tra il 2008 e il 2009 sui modelli di centralizzazione di acquisto territoriale e lo stato di attuazione del sistema a rete, l'Autorità, nel periodo compreso tra giugno 2007 e giugno 2010, ha operato una specifica attività di vigilanza sulle gare bandite a livello nazionale e territoriale dai diversi modelli di centralizzazione degli acquisti pubblici. Tale specifica attività di vigilanza è stata avviata prevalentemente sulla base di segnalazioni pervenute dai partecipanti alle singole procedure di affidamento, ma anche su iniziativa degli uffici dell'Autorità.

Fra i vari casi esaminati, si riportano nel seguito quelli più significativi:

N.	Centrale di acquisto	Gara	Delibera AVCP
1	Consip	Gara telematica per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto al personale dipendente delle pubbliche amministrazioni (euro 700.000.000,00)	Parere n. 45 dell'11.10.2007 (reso in sede di procedura di "precontenzioso") ³⁹
2	Consip	Gara a procedura aperta per la fornitura del servizio di <i>Facility Management</i> per immobili adibiti prevalentemente ad uso ufficio in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni (euro 720.000.000,00)	Delibera n. 27 del 16.7.2008
3	So.Re.Sa s.p.a.	Gara per la fornitura di apparecchiature mediante la formula dell'acquisto e del noleggio di apparecchiature per tomografia computerizzata Tc (euro 14.805.000,00)	Delibera n. 50bis del 19.11.2008
4	Lombardia Informatica s.p.a.	Gara per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei (euro 30.000.000,00)	Delibera n. 51 del 19.11.2008
5	CONSIP	Gara per la fornitura del servizio di Gestione integrata della sicurezza sui luoghi di lavoro	Delibera n. 51bis del 19.11.2008

³⁸ Rapporto conclusivo dell'indagine sull'attività contrattuale delle centrali di acquisto territoriali e lo stato di attuazione del sistema a rete, cit., p. 10.

³⁹ Art. 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.

		negli immobili in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni (euro 50.000.000,00)	
6	Intercent- Er	Gara per la fornitura, installazione, e manutenzione dei terminali veicolari, portatili, fissi e motociclistici e dei relativi accessori della polizia municipale e provinciale. (euro 11.000.000,00)	Il Consiglio dell'Autorità, in data 2 aprile 2009, ha disposto l'invio di una lettera con le relative osservazioni.
7	Estav Centro	Procedura in economia per l'affidamento del servizio di supporto alle attività del magazzino di Area Vasta Centro (euro 210.000,00)	Delibera n. 58, dell'8.7.2009
8	So.Re.Sa. s.p.a.	Gara per la fornitura mediante la formula del noleggio di sistemi Ris/Pacs (euro 13.000.000,00)	Delibera n. 65 del 16.7.2009
9	So.Re.Sa. s.p.a.	Gara per la fornitura quadriennale di farmaci (euro 1.967.996.015,00)	Il Consiglio dell'Autorità, in data 22 luglio 2009, ha disposto la trattazione del caso di specie all'interno della indagine di carattere generale attualmente in corso.
10	So.Re.Sa. s.p.a.	Gara per la fornitura di emoderivati (euro 86.000.000,00)	Delibera n. 79, del 7.10.2009
11	Estav Sud-est	Gara per la fornitura triennale in service di sistemi automatici per esami di immunoematologia per strutture trasfusionali delle zone di Alta Valdesia e Valdichiana dell'Azienda Ausl 7 di Siena (euro 450.000,00)	Delibera n. 104 del 19.11.2009
12	Estav Centro	Gara per la fornitura biennale di protesi dentali per l'Azienda Asl 11 di Empoli (euro 440.000,00)	Il Consiglio dell'Autorità, in data 18 novembre 2009, ha deciso di sospendere il procedimento fino all'esito del ricorso pendente davanti al Tar.
13	Estav Centro	Indagine sull'attività contrattuale svolta dal nell'anno 2009 (euro 582.091.724,00)	Delibera n. 6 del 13.1.2010
14	So.Re.Sa. s.p.a	Procedura ristretta per la fornitura di dispositivi e stent emodinamica (euro 128.600.596,80)	Delibera n. 36 del 9.6.2010, di prossima emanazione

Da un primo esame dei quattordici casi sopra riportati è possibile trarre le seguenti considerazioni.

Le centrali di acquisto oggetto di «vigilanza specifica» da parte dell’Autorità, prevalentemente a seguito di segnalazione degli operatori economici partecipanti alle singole gare, sono sei, di cui, oltre Consip s.p.a. che opera a livello nazionale, tre operano a livello territoriale nel settore sanitario, e due in settori vari.

In particolare, tra i casi esaminati, appaiono meritevoli di attenzione, e saranno meglio enucleati nei seguenti paragrafi, le due gare indette a livello nazionale e regionale per quanto attiene la fornitura di buoni pasto, la procedura di affidamento operata da Consip s.p.a. a livello nazionale avente ad oggetto i servizi di *facility management* e, nell’ambito del settore sanitario (oltre agli otto specifici bandi elencati nella precedente tabella sulla cui legittimità si è espressa l’Autorità), appaiono rilevanti, da un lato, le gare bandite per la fornitura di farmaci, dall’altro, l’intera attività contrattuale svolta nell’anno 2009 da uno dei modelli di centralizzazione territoriale presenti in Toscana, Estav Centro.

5.1. Gara indetta da Consip s.p.a per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto

L’intervento dell’Autorità sulla gara telematica indetta da Consip per «la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto al personale dipendente delle Pubbliche Amministrazioni», assunto con il parere n. 45 dell’11 ottobre 2007, rileva sotto due profili.

Il primo, attiene al fatto che l’Autorità ha inciso con un atto di orientamento su un mercato nazionale, quello dei buoni pasto intervenendo su una procedura il cui valore complessivo è particolarmente elevato, pari a 700 milioni di euro più iva.

Il secondo profilo, riguarda la tipologia del provvedimento adottato dall’Autorità; questo, nel caso di specie, si inserisce in un procedimento cd. precontenzioso⁴⁰ che ha natura deflattiva e di fatto serve a regolamentare il singolo mercato di volta in volta interessato.

Si tratta di un parere adottato per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006, che le amministrazioni e le imprese possono chiedere all’Autorità per sottoporre le questioni insorte «durante lo svolgimento delle procedure di gara», (quindi quando ancora la procedura non si è conclusa con l’aggiudicazione) al fine di ottenere una possibile soluzione alla controversia sollevata. E’ un parere che pur non avendo natura vincolante, consente di indirizzare i soggetti operanti nel mercato dei contratti pubblici in ragione della autorevolezza, competenza e terzietà del soggetto preposto a rendere il parere medesimo, quale è appunto l’Autorità⁴¹.

Tanto rilevato in linea generale, la questione giuridica affrontata e risolta nel caso di specie, ha riguardato la possibile delimitazione dei margini di discrezionalità della stazione appaltante in sede di valutazione dell’anomalia delle offerte⁴².

In particolare, è stato chiesto all’Autorità di stabilire se è legittimo o meno l’operato della Consip che, nella gara in questione, ha escluso dall’ambito degli elementi suscettibili di essere addotti a giustificazione della congruità delle offerte, e quindi valutabili nel relativo giudizio di verifica in contraddittorio, i ricavi che alcune imprese hanno assunto di poter ottenere da iniziative, strettamente dipendenti dall’aggiudicazione della gara e dall’esecuzione della prestazione oggetto dell’appalto, quali l’esplicitamento dei c.d. “servizi aggiuntivi” e la vendita di pubblicità veicolata attraverso i buoni pasto.

L’esame della normativa di riferimento, art. 55 della direttiva Ce 2004/18, e art. 87, del d.lgs. n. 163/2006, nonché della giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia⁴³, ha consentito

⁴⁰ L. Giampaolino e L. Ponzone, *L’Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici*, cit., pp. 717-721.

⁴¹ R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, cit.

⁴² Il profilo specifico affrontato ha riguardato le giustificazioni che la stazione appaltante può prendere in considerazione nel sub-procedimento di verifica in contraddittorio delle offerte apparse anormalmente basse.

all’Autorità di affermare che il quadro normativo non impedisce all’offerente di supportare l’economicità dell’offerta sulla base di iniziative imprenditoriali strettamente correlate all’appalto, in quanto dipendenti dall’aggiudicazione della gara e dall’esecuzione della prestazione oggetto dell’appalto, quali nella specie l’espletamento dei c.d. servizi aggiuntivi o la vendita di pubblicità veicolata attraverso i buoni pasto. Anzi, il dato letterale e la *ratio* della disciplina in esame, sembrano orientare in senso opposto.

Inoltre, l’Autorità ha chiarito che la prestazione posta a gara da Consip e quindi dovuta dalle società emettitrici dei buoni pasto, non sembra potersi identificare con la mera «spendibilità» dello stesso, bensì con la messa a disposizione della stazione appaltante (e per essa delle pubbliche amministrazioni clienti), attraverso l’erogazione dei buoni pasto, di un servizio complesso, il servizio sostitutivo di mensa, che si compone anche della disponibilità dei pasti materialmente forniti dai ristoratori convenzionati.

Questi ultimi, pertanto, non sono terzi indifferenti ed estranei rispetto all’oggetto della gara, ma sono parte integrante del servizio sostitutivo di mensa, in quanto erogatori del servizio «materiale» di ristorazione, incorporato nel servizio «virtuale» rappresentato dalla erogazione dei buoni pasto ad opera delle società emettitrici degli stessi.

Tutto ciò ha indotto a concludere nel senso che gli eventuali «servizi aggiuntivi» offerti ai ristoratori convenzionati, in quanto destinati a soggetti che sono parte integrante del servizio sostitutivo di mensa oggetto della gara e correlati alla gestione del servizio stesso, siano da ritenersi «intrinseci» alla prestazione oggetto dell’offerta ed intesi a migliorarne la qualità e l’efficienza, con conseguente possibilità di valutare le voci di ricavo relative alla prestazione degli stessi ai fini della verifica dell’anomalia dell’offerta.

Alla luce di quanto sopra, con il citato parere n. 45 dell’11 ottobre 2007, l’Autorità ha deliberato che, con riferimento alla gara *de qua*, gli operatori economici possono inserire nella propria offerta i cd. servizi aggiuntivi al fine di supportarne l’economicità.

5.2. Gara indetta da Lombardia Informatica s.p.a per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei

L’Autorità con la delibera n. 51 del 19 novembre 2008, ha concluso una ulteriore istruttoria sul mercato dei buoni pasto, questa volta però, non a livello nazionale, bensì regionale.

⁴³ L’art. 87, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 si limita a stabilire che le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, debbano essere «...pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell’offerta medesima». La stessa disposizione, inoltre, elenca al comma 2 una casistica articolata di giustificazioni, che non esaurisce lo spettro di quelle teoricamente ammissibili, attesa la precisazione ivi contenuta - in conformità con l’art. 55 della Direttiva comunitaria 2004/18 - che dette giustificazioni sono indicate soltanto «a titolo esemplificativo».

Ne discende che il legislatore nazionale non ha inteso codificare in termini tassativi la tipologia di giustificazioni potenzialmente idonee a dimostrare la congruità di offerte sospette di anomalia, lasciando un margine di discrezionalità per giustificare la sostenibilità, con il solo limite dell’affidabilità e serietà delle offerte medesime.

Il carattere esemplificativo dell’elenco delle giustificazioni ammesse rappresenta un principio da tempo affermato dalla Corte di Giustizia Ce (sentenza del 27 novembre 2001 sulle cause riunite C-285/1999 e C-286/1999) con riferimento alla previgente normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti di lavori pubblici.

In merito, la Corte di Giustizia ha precisato che l’offerente deve poter far valere, utilmente ed in contraddittorio, il suo punto di vista su ciascuno dei vari elementi di prezzo proposti, presentando a sostegno della sua offerta tutte le giustificazioni che, tenuto conto della natura e delle caratteristiche dell’appalto di cui trattasi, ritiene utili, senza alcuna limitazione.

La stazione appaltante, a sua volta, è tenuta a prendere in considerazione l’insieme delle giustificazioni dedotte dall’imprenditore prima di adottare la sua decisione circa l’accoglimento o il rigetto dell’offerta di cui trattasi.

La citata sentenza interpretativa del giudice comunitario ha costituito la *ratio* ispiratrice dell’art. 55 della Direttiva 2004/18, recepito dall’art. 87 del d.lgs. n. 163/2006, che ha conseguentemente previsto un elenco meramente esemplificativo delle possibili giustificazioni, lasciando ai concorrenti alle gare di appalti pubblici la più ampia libertà di dimostrare la congruità delle offerte, con il solo limite dell’affidabilità e serietà delle stesse.

Infatti, con la citata delibera, sono state mosse una serie di contestazioni all'operato della centrale di acquisto regionale Lombardia Informatica s.p.a., nella gara da questa bandita nell'anno 2008 ed avente ad oggetto la «fornitura [per un anno] del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei», per un importo di 30 milioni di euro, alle pubbliche amministrazioni aderenti alla convenzione⁴⁴.

In particolare, sono state mosse le seguenti tre contestazioni:

1. Mancato rispetto delle previsioni normative vigenti in materia (d.p.c.m. 18 novembre 2005)⁴⁵, con specifico riferimento alla adozione di algoritmi per la valutazione dell'offerta economica tali da definire preventivamente i valori dell'offerta meritevoli di massimo punteggio e quindi penalizzanti per le offerte migliorative rispetto a tali valori (sconto maggiore alla pubblica amministrazione e/o minore commissione applicata agli esercenti). In tal modo, da un lato, si è inciso sulla reale competitività della procedura concorsuale, di fatto limitandola, dall'altro lato, tale circostanza, ha reso determinante la componente tecnica dell'offerta, ove peraltro l'unico parametro oggetto di valutazione è stato quello della consistenza delle reti degli esercenti convenzionati o convenzionabili entro trenta giorni dalla data di aggiudicazione.
2. Mancato rispetto delle previsioni normative vigenti in materia (d.p.c.m. 18 novembre 2005), con specifico riferimento alla definizione di una configurazione delle reti di esercenti, basata su un esclusivo criterio quantitativo, che oltre a non essere in grado, da solo, di garantire il raggiungimento degli obiettivi di qualità ed efficienza preordinati, presenta profili di restrizione della concorrenza. Infatti, tale circostanza, attribuirebbe un vantaggio per l'operatore più radicato nel territorio sulla base di rapporti contrattuali storicamente consolidati, lasciando agli altri possibili concorrenti, secondo le disposizioni del capitolato, soltanto trenta giorni per convenzionare un numero di esercenti competitivo ai fini dell'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica.
3. La significativa restrizione della concorrenza, determinata dalla previsione del bando di gara che impedisce ai concorrenti singolarmente in possesso dei requisiti di capacità economica, di partecipare alla gara, associandosi temporaneamente con altre imprese, o utilizzando gli istituti dell'avvalimento e subappalto. E' principio condiviso dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Agcm) che il raggruppamento temporaneo di imprese (Rti) deve essere utilizzato nei casi in cui ciò sia effettivamente necessario per aumentare e non per ridurre i partecipanti alla gara⁴⁶. Tuttavia, non si può affermare in assoluto il carattere pro concorrenziale di tale istituto, ma occorre verificarne la portata in ogni singola procedura di affidamento. E proprio questo ha fatto l'Avcp, nel caso di specie, ritenendo che la clausola del bando in questione limita la concorrenza, poiché, si è in presenza di uno specifico mercato fortemente concentrato ed in mano ad operatori di elevata capacità economica, in cui, se si inibisce a questi - di fatto in possesso dei requisiti economici ma con limitato radicamento nel territorio e quindi con ridotto numero di esercizi convenzionati o convenzionabili nel tempo richiesto - di raggrupparsi o utilizzare strumenti quali il subappalto o l'avvalimento per offrire una competitiva dimensione delle reti di esercenti, si vanifica la finalità pro concorrenziale di tali istituti⁴⁷.

⁴⁴ Sebbene siano state individuate preventivamente trentasei amministrazioni, è stata ammessa la possibilità di estendere tale numero ad altre amministrazioni tra quelle individuate dall'art. 1 della legge regionale n. 33 del 2007.

⁴⁵ In particolare, l'art 6 del d.p.c.m. 18.11.2005 recante *Affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa*, che disciplina puntualmente i criteri di aggiudicazione delle gare di tali servizi.

⁴⁶ Segnalazione Agcm AS251 del 30 gennaio 2003.

⁴⁷ Non è un caso che alla gara abbiano partecipato due soli concorrenti, ed entrambi abbiano offerto i valori di sconto e commissione in grado di garantire il punteggio massimo di 70 punti. Tale circostanza ha reso di fatto determinante la dimensione della rete convenzionata offerta che è risultata di consistenza compresa fra 6500 e 10300 esercizi; valori, questi, largamente superiori alle dimensioni minime richieste, raggiungibili singolarmente da un numero estremamente ristretto di operatori.

E' da evidenziare la circostanza che a seguito della citata delibera dell'Autorità, la centrale di acquisto regionale ha annullato la gara in questione comunicando che, essendosi nel frattempo perfezionata la omologa convenzione Consip s.p.a. per il lotto n. 1 nel quale è compresa la regione Lombardia, le amministrazioni della regione aderiranno alla stessa anche perché sono state riscontrate condizioni economiche più favorevoli⁴⁸.

5.3. Gara indetta da Consip per la fornitura del servizio di *Facility Management* per gli immobili in uso alle pubbliche amministrazioni

L'Autorità, con la delibera n. 27 del 16 luglio 2008, ha concluso una istruttoria iniziata nel 2007, sulla gara bandita da Consip s.p.a.⁴⁹ avente ad oggetto «la fornitura del servizio di Facility Management per immobili adibiti prevalentemente ad uso ufficio in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni» per un importo complessivo di circa 720 milioni di euro, suddivisi in dodici lotti geografici.

Si tratta di una istruttoria che ha consentito all'Autorità di analizzare una serie di aspetti afferenti l'attività contrattuale posta in essere da questa centrale di committenza a livello nazionale.

In primo luogo, è stato possibile analizzare il mercato dei servizi di *Facility Management*, inteso come il complesso integrato di tutte le attività strumentali alla gestione degli edifici, da un lato, volte ad assicurare l'efficienza degli impianti e delle reti esistenti, dall'altro, necessarie a garantire la completa funzionalità e sicurezza degli immobili e delle funzioni istituzionali tramite questi espletate.⁵⁰

I dati rilevati hanno evidenziato una “domanda” complessiva delle pubbliche amministrazioni corrispondente a 3,5 miliardi di euro, dei quali circa il 73%, pari a 2,5 miliardi di euro, per servizi di igiene ambientale, il 14% (500 milioni di euro) per servizi di manutenzione impianti, l'11% (377 milioni di euro) per servizi di *global service* ed il 2% (66 milioni di euro) per altri servizi.

In termini di offerta, il mercato è risultato caratterizzato da un evidente processo di aggregazione di operatori provenienti da vari ambiti merceologici, mediante costituzione di nuove *business unit* dotate di strutture e mezzi adeguati, finalizzato ad una offerta di servizi di tipo integrato comprendenti servizi di accoglienza e sicurezza, pulizia, igiene ambientale e manutenzione. Alla gara di *Facility Management* hanno partecipato 203 operatori⁵¹ organizzati in 14 concorrenti tra raggruppamenti temporanei e società consortili, per un totale di 56 offerte presentate per l'insieme dei dodici lotti geografici. Questi, sono stati aggiudicati a 5 dei 14 concorrenti partecipanti.

In secondo luogo, oltre all'espletamento della procedura di gara rispetto alla quale non è stata rilevata alcuna violazione della normativa, l'Autorità ha posto l'attenzione sullo stato di attuazione della convenzione dei servizi di *Facility Management*. In particolare, le convenzioni stipulate in esito alla gara, con una durata di diciotto mesi (prorogabile di altri dodici mesi previa comunicazione scritta della Consip)⁵² sono risultate essere, alla data del 31 marzo 2008, caratterizzate dal seguente stato di attuazione notevolmente differenziato:

- il grado di adesione medio alla convenzione è pari al 67% con impegno di circa due terzi del totale dei massimali di convenzione per tutti i dodici lotti;

⁴⁸ Relazione annuale Avcp 2008, cit., p. 131.

⁴⁹ La procedura di gara è stata espletata nel corso degli anni 2006-2007 e l'aggiudicazione definitiva dell'ultimo lotto (dei dodici) è intervenuta nel mese di agosto 2007.

⁵⁰ I servizi di *Facility Management* possono essere articolati in quattro macro categorie: servizi di consulenza gestionale degli immobili; servizi di manutenzione programmata degli impianti e delle reti; servizi di pulizia ed igiene ambientale; servizi di supporto, presidio, facchinaggio e trasloco.

⁵¹ Dei 203 operatori economici, 122 appartengono al settore dell'igiene ambientale, 64 al settore della manutenzione, 11 a quello dei servizi integrati ed i rimanenti 6 ad altri settori minori di *Facility Management*.

⁵² La durata dei singoli contratti, stipulati dalle pubbliche amministrazioni aderenti alla convenzione mediante ordinativi di fornitura è pari a quattro anni.

- il numero totale di amministrazioni aderenti alla convenzione è pari a 435 unità;
- per tre lotti (Comune di Roma, Campania e Basilicata) dei dodici risulta impegnato completamente il massimale di cui è stato richiesto l'ampliamento;
- quattro dei dodici lotti presentano un grado di adesione alla convenzione inferiore al 40% del massimale;
- due dei dodici lotti (Emilia Romagna e Liguria, Sicilia e Calabria) presentano un grado di adesione alla convenzione largamente al di sotto del 30% del massimale.

L'Autorità ha rilevato che la suddivisione dei lotti oggetto di convenzione basata esclusivamente su criteri territoriali ha determinato una mancanza di equilibrio tra domanda e offerta e una adesione disomogenea alle convenzioni. Infatti, da un lato, è stata registrata una larga e tempestiva adesione soprattutto da parte delle amministrazioni centrali con sede in Roma (su 435 pubbliche amministrazioni ordinanti, più dell'80% è rappresentato da amministrazioni dello Stato centrali e periferiche) dall'altra parte, invece, è emerso uno scarso grado di adesione da parte degli enti locali con modesta capacità di spesa.

L'Autorità ha quindi invitato Consip s.p.a. per le future gare, a privilegiare una suddivisione dei lotti basata non soltanto su criteri territoriali, ma anche fondata sulle caratteristiche delle potenziali amministrazioni aderenti, magari utilizzando i dati consuntivi delle convenzioni vigenti.⁵³

In terzo luogo, è stato analizzato lo stato di attuazione del mercato elettronico della pubblica amministrazione (Mepa) quale strumento integrativo (rispetto al sistema delle convenzioni) messo a disposizione da Consip in favore delle pubbliche amministrazioni per gli acquisti di servizi di *Facility Management* sotto la soglia comunitaria. Al riguardo, l'Autorità ha rilevato che, alla data di febbraio 2008, il mercato elettronico era in grado di offrire una modesta quantità di servizi ascrivibili alla categoria del *Facility Management* (tre servizi a fronte dei quindici totali)⁵⁴ per un importo complessivo pari al 2% dei massimali delle convenzioni.

Infine, l'esame dei contratti di *Facility Management* stipulati, per lo più afferenti i servizi di pulizia che hanno rappresentato tra il 70% e l'80% dell'importo complessivo, ha evidenziato una serie di criticità e possibili soluzioni individuate dall'Autorità, che la centrale di acquisto ha fatto sapere di accogliere anche per le gare *in itinere*.

La prima problematica rilevata riguarda il mancato rispetto nell'utilizzo dell'istituto del subappalto del limite del 30% previsto dalla legge. Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato l'opportunità di prevedere nel bando, che la citata percentuale di servizi subappaltabili sia riferibile non all'importo totale dei servizi costituenti il *Facility Management*, bensì a quello relativo ai singoli servizi, attesa la sostanziale differenza esistente tra gli stessi (igiene ambientale, manutenzione, facchinaggio ecc.). Inoltre, l'Autorità ha rappresentato la necessità che il controllo sul subappalto operato da Consip e dalle pubbliche amministrazioni, previsto soltanto per singole fasi del procedimento - quali autorizzazione al subappalto, deposito del contratto e fatturazione - venga esteso alla fase esecutiva del servizio, potenziando l'attività ispettiva sui luoghi di esecuzione del contratto, anche al fine di verificare i prezzi praticati nei subappalti ed il rispetto del Contratto collettivo nazionale di lavoro.⁵⁵

Altro tema affrontato, riguarda la valutazione della qualità della prestazione. Dall'indagine è emerso che, alla data di luglio 2008, Consip non aveva eseguito le visite ispettive previste nel capitolato e volte a verificare la qualità dei servizi erogati. L'Autorità ha dunque sollecitato l'applicazione degli strumenti di verifica previsti, affinché questi vengano attuati in modo continuativo e prendendo a riferimento una percentuale significativa dei contratti stipulati. Ciò, al

⁵³ *Relazione annuale Avcp 2008*, cit., p. 132.

⁵⁴ I tre servizi sono: servizi di igiene ambientale, servizi di manutenzione degli impianti elettrici e servizi di manutenzione degli impianti elevatori. Risultano quindi esclusi dal Mepa, alla data di febbraio 2008, i seguenti servizi appartenenti alla categoria di *Facility Management*: i servizi di manutenzione degli impianti termo-idraulici e degli impianti antincendio (che all'epoca comunque risultavano di prossima attivazione), i servizi di consulenza gestionale, di manutenzione degli impianti idrico-sanitari, di sicurezza e degli impianti di controllo accessi, i servizi di manutenzione di reti, di reperibilità, di raccolta e smaltimento rifiuti, di giardinaggio, di reception e di facchinaggio interno ed esterno.

⁵⁵ *Relazione annuale Avcp 2008*, cit., p. 132.

fine di creare una forma di monitoraggio in grado di incidere in corso d'opera sulla qualità delle prestazioni, anche mediante l'applicazione del sistema di penali previsto nella convenzione.

5.4. Indagine sull'attività contrattuale svolta da ESTAV Centro nell'anno 2009

L'Autorità, nell'ambito della indagine di carattere generale avviata nel 2009 sui modelli di centralizzazione degli acquisti pubblici a livello territoriale, (di cui al precedente punto 3) ha avviato e concluso con la delibera n. 6 del 13 gennaio 2010, una istruttoria specifica sull'attività contrattuale posta in essere nel 2009 da una importante realtà operante nel settore sanitario, Estav Centro, selezionata in base a parametri di rappresentatività, sia in termini di bacino d'utenza territoriale, sia per consolidata operatività, sia per l'incidenza economica dell'attività contrattuale gestita.⁵⁶

Sulla scorta dei dati trasmessi, sinteticamente riportati nella tabella n. 2 allegata, l'Autorità ha individuato alcune problematiche di portata generale che hanno caratterizzato l'intera azione contrattuale di Estav Centro, sollevando le seguenti tre contestazioni.

1. Una rilevante componente di attività non programmata che incide per più della metà sul numero totale delle procedure e per circa un quarto in termini di valore economico degli affidamenti. Si tratta di un'attività che da un lato, non rispetta il regolamento dell'Ente nella parte in cui prevede la mancanza di programmazione esclusivamente in presenza di circostanze impreviste, urgenti ed imprevedibili, non riscontrate dall'Autorità, e dall'altro, viola i principi generali di economicità, ed efficacia, contenuti nel citato regolamento, ma anche e soprattutto sanciti dall'art. 2 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m. che Estav Centro è tenuto a rispettare.⁵⁷

Peraltro, l'Autorità ha rilevato che l'operato di tale modello di centralizzazione sanitario ha raggiunto soltanto parzialmente l'obiettivo di ottimizzazione della spesa, per tre ragioni: la necessità di soddisfare numerose richieste estemporanee provenienti dalle aziende sanitarie, impedendo, quindi, una adeguata aggregazione della domanda; la presenza di diverse scadenze in numerosi contratti per categorie di beni o servizi di natura analoga e quindi potenzialmente aggregabili; la mancanza di standard prestazionali di riferimento validi per tutte le aziende sanitarie richiedenti.

2. L'uso sistematico di istituti in parte utilizzabili solo in ipotesi eccezionali, in parte contrari alla normativa nazionale e comunitaria in materia di contrattualistica pubblica: proroga e rinnovo da un lato, e la cd. clausola di estensione dall'altro. Quest'ultima consentirebbe ad Estav Centro, di effettuare una gara per un certo importo e con qualificazioni ad esso rapportate, ed "estendere", spesso anche oltre il quinto d'obbligo, il contratto ad altra azienda sanitaria richiedente.

L'Autorità ha dunque rilevato che l'uso sistematico di tali istituti configura una violazione dei principi di cui all'art. 2 del codice dei contratti pubblici ed in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, oltre che delle specifiche previsioni normative di cui agli artt. 33 e 256⁵⁸ del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m.⁵⁹

⁵⁶ Rapporto conclusivo dell'indagine sull'attività contrattuale delle centrali di acquisto territoriali e lo stato di attuazione del sistema a rete, cit., pp. 21-38.

⁵⁷ Relazione annuale Avcp 2009, cit., p. 186.

⁵⁸ L'art. 256 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m., abroga le disposizioni contenute nell'art. 3 comma 1-ter del d.lgs. n. 502/92 che consentiva alle aziende del servizio sanitario nazionale un regime speciale per l'acquisizione dei beni e servizi al di sotto della soglia comunitaria sulla base di specifici atti regolamentari adottati dall'azienda. Si evince quindi l'intendimento del legislatore di ricondurre i modelli di centralizzazione degli acquisti nel medesimo alveo normativo previsto per le amministrazioni aggiudicatrici individuate dal codice dei contratti pubblici.

⁵⁹ Rapporto conclusivo dell'indagine sull'attività contrattuale delle centrali di acquisto territoriali e lo stato di attuazione del sistema a rete, cit., pp. 35-37.

3. Un ricorso, seppur marginale, ad affidamenti diretti cd. in esclusiva sulla base di richieste specifiche formulate dalle Asl e fondate sull'esigenza di un bene ritenuto indispensabile, con caratteristiche talmente definite, da poter essere fornito esclusivamente da un unico operatore. Al riguardo, l'Autorità ha rilevato come tale istituto abbia natura eccezionale rispetto alla regola generale di individuare il contraente mediante l'esperimento di una procedura di gara che garantisca la *par condicio*.⁶⁰

⁶⁰ *Relazione annuale Avcp 2009*, cit., p. 187.

ESTAV CENTRO

SINTESI DELL'ATTIVITA' CONTRATTUALE SVOLTA NELL'ANNO 2009 (PERIODO 1/1/2009 - 31/10/2009)

SETTORI MERCEOLOGICI DI ATTIVITA'																	
GENERALI ALIMENTARI, PROGETTI SPECIALE, ALTRI SERVIZI			SERVIZI DI NATURA SANITARIA ED ECONOMALE		BENI ECONOMALI ED ARREDI SANITARI		ATTREZZATURE E SANITARIE		FARMACIE SANITARIO DIAGNOSTICO		DISPOSITIVI MEDICI		GARE STRATEGICHE DI AREA VASTA ED INFORMATICA		TOTALE		
ATTIVITA' DA PROGRAMMA	Numero	26	33	11	27	56	35	65	253	123.986.380	47.407.725	23.864.998	15.906.580	90.463.920	82.775.560	56.247.000	440.652.102
D. CUI RINNOVI CONTRATTI IN ESSERE	Numero	12	8	-	-	-	4	8	32	13.369.745	5.947.831	5.947.725	11.164.44	-	-	-	36.456.745
D. CUI NON CONFERMATE	Numero	1	5	-	2	-	-	11	19	n.d.	n.d.	880.760	-	-	8.270.000	9.150.780	
GARE DA BANDIRE	Numero	13	19	11	25	52	27	54	201	41.459.894	23.864.998	15.025.800	84.471.195	71.629.056	47.977.000	395.044.577	
ATTIVITA' DA PROGRAMMA	Numero	5	12	9	15	11	12	38	102	10.616.835	-	-	-	-	-	-	-
GARE AGGIUDICATE	Numero	11	23	15	15	15	15	12	102	11.748.300	4.464.000	2.331.665	8.214.300	14.170.278	52.593.000	13.767.000	107.488.543
Importo di aggiudicazione	Numero	8	7	2	10	10	10	15	99	10.515.699	4.284.030	2.390.288	7.728.664	11.464.354	48.207.599	9.769.159	94.359.393
GARE IN CORSO O DA BANDIRE	Numero	98.868.335	36.995.694	21.333.333	6.811.500	70.300.917	19.036.056	34.210.000	287.556.034								
PROORGHE	Numero	5	3	-	2	9	14	44	44	2.603.605	3.741.681	2.295.18	6.408.720	22.579.543	3.394.824	38.957.891	
RIBASSO MEDIO %		10,49	4,03	5,58	5,92	19,10	8,34	29,04	12,21								
ATTIVITA' RICHIESTE NON PROGRAMMATE	Numero	13	16	11	66	14	44	98	262	10.532.986	37.057.160	6.34.641	13.137.992	6.121.456	55.645.699	18.309.688	141.439.622
D. CUI RINNOVI CONTRATTI IN ESSERE	Numero	-	-	-	3	-	-	3	6	10	5.606.564	-	-	-	700.236	6.306.801	
D. CUI NON CONFERMATE	Numero	-	-	-	-	-	1	4	5	1	-	-	-	38.000	-	-	
GARE DA BANDIRE	Numero	13	16	11	63	13	40	95	251	8.350.000	36.810.000	40.000	5.487.928	5.148.806	45.331.135	10.728.607	111.896.476
PROGRAMMATE	Numero	10.532.986	32.057.160	634.641	7.531.428	6.083.456	55.645.699	17.509.452	135.094.822								
GARE AGGIUDICATE	Numero	7	5	27	2	25	25	62	135	2.182.986	247.160	594.641	2.043.500	934.650	10.314.564	6.880.845	23.198.346
Importo di aggiudicazione	Numero	1.800.114	189.684	480.702	1.867.112	926.802	10.251.899	6.880.845	22.397.148								
GARE IN CORSO O DA BANDIRE	Numero	6	11	4	36	11	15	33	116	8.350.000	36.810.000	40.000	5.487.928	5.148.806	45.331.135	10.728.607	111.896.476
RIBASSO MEDIO %		17,54	23,25	19,16	8,63	0,84	0,61	-	-								
TOTALE ATTIVITA' (PROGRAMMATE E NON)	Numero	39	49	22	93	70	79	163	515	134.519.366	84.464.885	24.499.639	29.044.572	96.585.376	138.421.199	74.556.688	582.091.774
DI CUI RINNOVI CONTRATTI IN ESSERE	Numero	12	8	-	3	4	8	3	38	13.369.745	5.947.831	-	5.606.564	5.992.725	11.146.444	700.236	42.763.545
DI CUI NON CONFERMATE	Numero	n.d.	n.d.	-	-	880.760	38.000	n.d.	24	1	1	-	-	8.270.000	9.188.780		
GARE DA BANDIRE	Numero	26	35	22	88	65	67	149	452	121.149.621	28.517.054	24.499.639	22.557.228	90.554.651	127.274.755	65.586.452	530.139.399
TOTALE	Numero	12	17	16	42	13	37	100	237	13.931.286	4.711.160	3.126.306	10.257.800	15.104.928	62.907.564	20.647.845	130.686.899
GARE AGGIUDICATE	Importo a base di gara	12.315.813	4.473.714	2.870.990	9.595.376	12.391.156	58.459.488	16.650.004	116.756.541								
GARE IN CORSO O DA BANDIRE	Numero	14	18	6	46	52	54	49	215	98.868.341	36.995.905	21.333.337	6.811.536	70.300.928	19.036.071	34.210.033	287.556.150
PROROGHE	Numero	6	3	-	2	9	14	10	44	2.603.605	3.741.681	2.295.18	6.408.720	22.579.543	3.394.824	38.957.891	
RIBASSO MEDIO %		11,60	8,17	-	6,46	17,97	7,07	19,36	10,66								

5.5. Gare per la fornitura di farmaci

Nell'anno 2009 l'Autorità ha avviato una indagine in ordine alla predisposizione e l'espletamento di gare per l'affidamento di forniture di prodotti farmaceutici destinati ad aziende sanitarie ed ospedaliere, anche sulla base della segnalazione, da parte dell'Associazione delle imprese del farmaco, di alcune problematiche del settore.⁶¹

Dalle indagini effettuate è emerso che nel 2006 le strutture che hanno acquistato prodotti farmacologici erano 304 suddivise nel seguente modo: 180 Asl (rispetto alle 195 nazionali), 96 aziende ospedaliere, 9 aziende ospedaliere universitarie, 19 istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (Irc).

Successivamente, per ottenere economie di scala e creare strutture organizzative più snelle e funzionali ai fini dell'acquisizione e distribuzione di medicinali, anche in virtù dell'art. 33 del codice dei contratti pubblici e delle previsioni contenute nella citata legge finanziaria per il 2007 - che ammette la costituzione di centrali di acquisto regionali, a cui gli enti del servizio sanitario nazionale sono tenuti a rivolgersi per il proprio approvvigionamento - l'Autorità, ha rilevato, da un lato, una progressiva riduzione delle stazioni appalti che provvedono con singole gare ad acquistare i farmaci e, dall'altro, una corrispondente tendenza a costituire un modello di centralizzazione degli acquisti unico per più amministrazioni territoriali, mediante Asl Uniche o Capofila, o mediante la costituzione di vere e proprie centrali di acquisto regionali sanitarie.⁶²

Ciò, ad esempio, è accaduto nella regione Campania, dove è stata costituita una centrale di committenza, So.Re.Sa. s.p.a., per l'acquisizione centralizzata delle Asl, aziende ospedaliere e ventiquattro aziende sanitarie presenti nella regione;⁶³ o ancora in Toscana dove è stato costituito un modello di centralizzazione per l'area vasta centro, cd. Estav Centro, che si occupa dell'approvvigionamento delle sei aziende sanitarie presenti in quell'area;⁶⁴ o ancora nella regione Abruzzo, dove è stata costituita una Asl Capofila, Azienda Usl Lanciano-Vasto⁶⁵. Altri esempi di centralizzazione degli acquisti sono stati rinvenuti nella regione Lombardia, azienda ospedaliera S. Antonio di Gallarate (Mi),⁶⁶ e in Puglia, azienda ospedaliera universitaria Ospedali Riuniti di Foggia.⁶⁷

L'esame delle informazioni pervenute ha consentito all'Autorità di individuare una serie di criticità ricorrenti in linea generale nei comportamenti assunti dalle varie amministrazioni appaltanti in sede di formulazione dei bandi, capitolati di gara e nella richiesta dei requisiti che gli operatori economici devono possedere. Tali criticità sono: offerte con ribassi di rilevante entità; mancata verifica della congruità dell'offerta economica; indeterminatezza delle quantità dei farmaci messe in gara e ampliamenti delle forniture; indeterminatezza della durata dell'appalto e proroghe automatiche; fenomeni distorsivi generati dalla presenza di pochi produttori di singoli principi attivi dei medicinali oggetto di gara.⁶⁸

⁶¹ *Relazione annuale Avcp 2008*, cit., p. 137.

⁶² Al riguardo appaiono rilevanti i risultati del censimento delle centrali di acquisto territoriali approvato dal Consiglio dell'Autorità il 14 gennaio 2009, di cui al precedente punto 2.

⁶³ L'Autorità ha rilevato una gara per la fornitura quadriennale dei farmaci a partire da febbraio 2008, divisa in 2700 lotti, per un importo complessivo di 2 miliardi di euro.

⁶⁴ L'Autorità ha rilevato una gara per la fornitura triennale dei farmaci a partire dal 2007, divisa in 1025 lotti, per un importo complessivo di quasi 464 milioni di euro (di cui sono andati deserti diversi lotti per un importo pari a 54 milioni di euro).

⁶⁵ L'Autorità ha rilevato una gara per la fornitura triennale dei farmaci a partire da gennaio 2008, divisa in 869 lotti, per un importo complessivo di 30 milioni di euro.

⁶⁶ Tale azienda si è occupata degli acquisti anche per le aziende ospedaliere Ospedale di Circolo di Busto Arsizio e Ospedale di Circolo e Fondazione Macchi di Varese, mediante una gara per la fornitura triennale dei farmaci dal 1 settembre 2007 al 1 agosto 2010, divisa in 858 lotti, per un importo complessivo di 140 milioni di euro.

⁶⁷ L'Autorità ha rilevato una gara per la fornitura triennale dei farmaci alle aziende regionali a partire dal 2005, divisa in 1205 lotti, per un importo complessivo di circa 27 milioni di euro.

⁶⁸ *Relazione annuale Avcp 2008*, cit., p. 137.

In particolare, le gare esaminate hanno evidenziato la presenza di centinaia – in alcuni casi anche migliaia - di lotti, aventi ad oggetto l'acquisto dei medesimi principi attivi, la cui aggiudicazione avviene, in genere, per singolo lotto con il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e s.m. Spesso tali lotti sono risultati essere deserti e conseguentemente le amministrazioni aggiudicatrici hanno affidato la fornitura con procedura negoziata agli operatori economici titolari esclusivi del principio attivo messo in gara.

Frequentemente, nei capitolati di gara è stata altresì prevista la rinegoziazione del prezzo al momento in cui viene immesso sul mercato un farmaco equivalente definito «generico».

A volte sono state rinvenute aggiudicazioni di forniture di farmaci di notevole rilevanza, anche con sconti del 99,99%, che non coprono certamente i costi di produzione.

In altri casi, soprattutto quando il principio attivo è nella disponibilità di un unico fornitore, ovvero si è in presenza di possibili cartelli tra operatori economici, si è verificata la circostanza che l'unico concorrente, offre il prezzo massimo consentito dalle tariffe previste dalla normativa di settore.⁶⁹

L'analisi di tali criticità, unitamente allo studio della struttura del mercato farmaceutico, ed in particolare l'esame del meccanismo di regolamentazione dei prezzi dei farmaci,⁷⁰ sta proseguendo ad opera dell'Autorità anche nell'anno in corso⁷¹, di modo che possa essere assunto, verosimilmente, un atto di carattere generale che orienti gli operatori del settore nel superare le problematiche sopra evidenziate.

⁶⁹ Relazione annuale AVCP 2008, presentata il 25 giugno 2009 al Senato della Repubblica, pp. 138 e 139.

⁷⁰ Relazione annuale AVCP 2009, presentata il 22 giugno 2010 alla Camera dei deputati, pp. 188-190.

⁷¹ L'Autorità ha tenuto l'ultima audizione con il Ministero della salute lo scorso 16 giugno 2010.

CAPITOLO SESTO

PROCUREMENT E CONCORRENZA ALLA LUCE DELLE SEGNALAZIONI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Luisa De Caro

1. Premessa: il necessario legame tra *public procurement* e concorrenza

Il principio di libera concorrenza, in linea generale, rappresenta un parametro costante cui i soggetti pubblici devono conformare la propria azione e le proprie scelte gestionali, in considerazione della valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato Tfue, sia nella nostra Costituzione¹.

In particolare, i trattati comunitari sanciscono il principio di un'economia di mercato ed in libera concorrenza e garantiscono la libera prestazione dei servizi nell'ambito del mercato unico europeo. In applicazione di tali principi, il diritto comunitario prevede una disciplina degli appalti pubblici fondata sulla non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza. Coerentemente, detta disciplina individua la gara come procedura tendenzialmente esclusiva di aggiudicazione.

Attraverso le procedure ad evidenza pubblica, il soggetto pubblico si rivolge al mercato per soddisfare quella parte della domanda di attività di beni e servizi necessari al suo funzionamento ed al perseguimento dell'interesse pubblico cui è preposto. Di conseguenza, la procedura di gara deve essere predisposta in maniera tale da consentire alle P.A., mettendo in competizione tra loro diversi soggetti in grado di offrire un determinato servizio, di individuare «l'impresa migliore», ossia maggiormente rispondente alle esigenze della amministrazione.

Affinché il processo di esternalizzazione posto in essere dall'amministrazione risulti efficiente, efficace ed economico, è dunque indispensabile che lo svolgimento delle procedure avvenga nel rispetto dei principi e delle regole comunitarie, tra cui *in primis* la tutela della concorrenza². Ciò al fine di prevenire eventuali distorsioni o alterazioni del corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici.

Competitività e trasparenza costituiscono il binomio necessario affinché le pubbliche autorità possano acquistare beni e servizi a prezzi più bassi e di qualità migliore, con una consistente semplificazione dei processi di acquisto e, dunque, con una benefica riduzione dei costi amministrativi e delle altre inefficienze del settore³. Infatti, in virtù di un rapporto di convergenza

¹ Cfr. artt. 3 e 4, Trattato Tfue, artt. 41 e 117, Costituzione e art. 1, comma 1, legge n. 287/90, nonché, Consiglio di Stato: VI, 1 ottobre 2002, n. 5156; VI, 16 ottobre 2002, n. 5640.

² Lo stretto legame tra concorrenza, procedure ad evidenza pubblica ed efficacia ed efficienza dell'attività dei pubblici poteri è stato oggetto di attenta analisi nella nota sentenza della Corte Costituzionale n. 401/2007, punto 6.7 della parte in diritto. In tale sentenza, la Corte osserva come «l'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi» determina «il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica che qualificava la normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale».

³ Cfr. L. Fiorentino, *Conclusioni e proposte*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo stato compratore*, Astrid, Bologna, il Mulino, 2007; v. anche L. Fiorentino, *Verso un codice unico degli appalti*, pubblicato in «Astrid Rassegna» n. 23 del 2006.

tra concorrenza e appalti pubblici, il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali nel mercato del *public procurement* diviene elemento essenziale per l'efficienza della spesa pubblica, e tale efficienza, in un contesto di crescente integrazione dei mercati e di interdipendenza dei sistemi economici, costituisce un fattore determinante del grado di competitività e delle opportunità di sviluppo delle singole economie nazionali.

Per tali ragioni, la pubblica amministrazione, risultando allo stesso tempo un fattore produttivo ed una fonte di regolamentazione, da un lato, deve produrre beni e/o servizi secondo tecniche determinate dai principi della responsabilità, dell'efficienza, dello stretto adeguamento ai costi, dall'altro, deve ricorrere all'affidamento in *outsourcing* di certi servizi necessariamente a seguito di procedimenti ad evidenza pubblica⁴.

Da ultimo, si sottolinea come, negli ultimi anni, sia il diritto comunitario che il diritto nazionale sono intervenuti ripetutamente sulla disciplina degli appalti pubblici, in una prospettiva diversa rispetto al passato, che, sulla base di una rinnovata concezione dell'interesse pubblico, si rivolge a tale disciplina come ad uno strumento funzionale al mercato, nell'ottica di aumentare la concorrenza e la trasparenza delle procedure di selezione⁵. Il procedimento ad evidenza pubblica non è più volto solo a garantire essenzialmente gli interessi pubblici, finanziari e amministrativi, ma anche a tutelare e favorire la libertà di circolazione e di concorrenza nel mercato europeo⁶.

2. Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Nel processo di apertura alla concorrenza del settore degli appalti pubblici, di fondamentale importanza risulta il ruolo sino ad oggi svolto dagli organi di garanzia e vigilanza che operano nel settore. Attraverso la loro continua azione di sensibilizzazione nei confronti delle stazioni appaltanti, sia *ex ante* che *ex post*, nonché di costante monitoraggio sul settore, tali organismi persegono l'obiettivo di conseguire un effettivo conformarsi dei modelli operativi, procedurali ed organizzativi delle P.A. ai principi di tutela della concorrenza sanciti dalla normativa e dalla giurisprudenza europea e nazionale.

Assieme alle note funzioni di vigilanza e controllo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁷, di rilievo è senza dubbio il ruolo svolto sino ad oggi e che continuerà a svolgere l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, l'Autorità o Agcm), la quale, in numerose occasioni, si è pronunciata sul rapporto tra disciplina degli appalti e sviluppo della

⁴ Per tali considerazioni sul ruolo della P.A. quale fattore di competitività, cfr. Agcm, AS453, *Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, in Boll. n. 17/2008.

⁵ Per tali considerazioni, v. L. Fiorentino, *Verso un codice unico degli appalti*, cit.; v. anche L.C. Ubertazzi, *Appalti pubblici, concorrenza e consumatori*, in «Il Diritto industriale», n. 1/2003.

⁶ Cfr. M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, n. 2, p. 297 e ss.

⁷ La concorrenza è senza dubbio uno dei principali valori che tutela tale organismo di vigilanza e controllo; come noto, con il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), l'Autorità di vigilanza è divenuta autorità con competenza generale sugli appalti pubblici. Non ha più soltanto, quindi, la vigilanza sui lavori pubblici, ma anche sui servizi e le forniture. L'obiettivo di fondo dell'attività di tale Autorità è quello di garantire la correttezza e la trasparenza delle procedure di scelta del contraente e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara (facendo comunque salve le competenze delle altre Autorità ed in particolare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato). Al proposito, per un'attenta analisi delle nuove competenze e funzioni dell'Avcp, cfr. L. Giampaolino, *Dall'attività amministrativa al mercato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, in particolare, pag. 219 e ss.

concorrenza, evidenziandone gli aspetti maggiormente problematici⁸. In particolare, l'Autorità ha sottolineato la necessità per l'ordinamento - tanto nell'ambito dell'attività normativa e regolamentare, a livello nazionale e regionale, che di quella giurisprudenziale - di rispettare nella maniera più rigorosa il principio di tutela e promozione della concorrenza, che si concretizza nel caso di specie con la necessità di procedere attraverso gara.

Come noto, l'Autorità, nello svolgimento del proprio compito di *competition advocacy*, ossia di promozione della concorrenza, ha il potere/dovere di individuare e segnalare norme di legge, di regolamento, provvedimenti amministrativi che, dando luogo a distorsioni della concorrenza, alterano il corretto funzionamento del mercato e che non siano giustificati da esigenze di interesse generale (cd. principio di proporzionalità). Come autorevolmente osservato, si tratta di raccomandazioni che incidono, in via preventiva o successiva, su quella che viene comunemente definita la regolazione economica⁹. Sulla base di tali poteri, l'Autorità ha contribuito ad individuare, mediante segnalazioni e pareri, adottati ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/90¹⁰, alcuni dei principi generali che dovrebbero essere osservati in materia di *public procurement*, nell'ottica di correggere le disfunzioni concorrenziali che possono realizzarsi nelle procedure di gara ed al fine di garantire l'effettiva competizione all'interno del mercato delle commesse pubbliche.

Ciò in quanto l'esistenza di un mercato degli appalti realmente competitivo costituisce un'esigenza imprescindibile, considerato il rilievo che rivestono le scelte di acquisto e di gestione del settore pubblico, in grado di influenzare in maniera significativa la struttura del mercato e gli incentivi delle imprese private a competere¹¹. In tale ottica, il mercato degli appalti pubblici e l'efficienza della spesa pubblica giocano un ruolo centrale per il corretto funzionamento del mercato interno.

Nei propri interventi, l'Autorità ha evidenziato come la piena operatività del confronto concorrenziale costituisce un valore da promuovere, oltre che da tutelare e pertanto, le norme relative alle procedure ad evidenza pubblica devono essere interpretate, integrate e attuate alla stregua dei principi che regolano e strutturano il mercato interno¹².

⁸ Cfr. Agcm, AS005 del 1 luglio 1992, *Appalti e concorrenza*, Ed. speciale; AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, in Boll. n. 48/1999.

⁹ Cfr. M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2004, p. 347.

¹⁰ L'art. 21 della legge n. 287/90, *Potere di segnalazione al Parlamento e al Governo* prevede che «1. Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale. 2. L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati. 3. L'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive».

Ai sensi dell'art. 22, *Attività consultiva*, «1. L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto: a) di sottomettere l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree; c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita».

¹¹ Cfr. G. Mazzantini e S. Simone, *Processi di esternalizzazione e tutela della concorrenza*, in Irpa, *Secondo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2009, pp. 151 e ss.

¹² Cfr., tra gli interventi più rilevanti, Agcm, AS005 e AS187 già cit.; anche l'Ocse, nel cui ambito vengono periodicamente elaborate indicazioni di *better regulation* e *best practices* rispetto al settore del *public procurement*, ha evidenziato come nel mercato dei contratti pubblici, il legame tra efficienza e concorrenza è molto stretto; vedi al riguardo Ocse, *Public procurement. The role of Competition authorities in promoting competition*, gennaio 2008.

Nel settore dei servizi pubblici, il rispetto dei principi concorrenziali acquista una particolare rilevanza in considerazione della peculiarità del settore stesso, ossia della circostanza che per tale tipo di servizi, il confronto competitivo tra le imprese si realizza solo nella fase di accesso al mercato, in cui i concorrenti competono, nell'ambito di procedure concorsuali, per aggiudicarsi l'incarico, da svolgere successivamente in regime di esclusiva (cd. concorrenza per il mercato). Tale principio, si ricorda, consente che, qualora la limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare sia motivata da specifiche caratteristiche tecnologiche ed economiche delle singole fasi della fornitura del servizio, il confronto concorrenziale possa esplicitarsi nella fase antecedente all'attribuzione della gestione¹³.

Con riguardo all'approvvigionamento di beni e servizi per la pubblica amministrazione, senza dubbio, un importante interlocutore dell'Autorità è rappresentato dalla Concessionaria servizi informatici pubblici - Consip S.p.a. (di seguito, Consip)¹⁴, la quale ha sinora svolto un ruolo da

¹³ L'affidamento mediante gara - cioè la cd. concorrenza per il mercato - costituisce un valido strumento di individuazione dei gestori del servizio e di apertura alla concorrenza principalmente nei settori in cui specifiche caratteristiche oggettive dell'attività, tecniche ed economiche, impongono e giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare. Viceversa, nei casi in cui tali limitazioni non siano giustificate, i servizi dovrebbero essere svolti in regime di concorrenza nel mercato tra tutti i possibili operatori. D'altra parte, secondo l'impostazione dell'articolo 86.2 del Trattato Ce (ora 106 Tfue), la concorrenza *nel mercato* costituisce la regola e i regimi che prevedono diritti speciali ed esclusivi in capo ad un numero ristretto di operatori o ad un'unica impresa rappresentano l'eccezione. Tali considerazioni sono state ribadite in numerose occasioni dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tra i vari interventi al riguardo, si segnalano Agcm, AS182, *Riordino dei servizi pubblici locali*, in Boll. n. 41/1999; AS222, *Disciplina dei servizi pubblici locali*, in Boll. n. 43/2001. Si vedano anche le considerazioni espresse dall'Autorità in AS375, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, in Boll. 50/06, sempre in materia di servizi pubblici locali. Considerato che tali servizi costituiscono dei servizi economici offerti all'utenza in regime di monopolio, risulta necessario che venga assicurato, nella forma quanto più ampia possibile, il ricorso al mercato attraverso procedure competitive per la scelta dell'impresa offerente, attivando una concorrenza che assicuri la scelta dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minor costo. Si veda anche AS311, *Modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali*, parere rilasciato dall'Agcm all'A.T.O. in merito alla legittimità degli affidamenti diretti dei servizi idrici. Con tale parere è stata ribadita la necessità che la selezione del soggetto gestore avvenga a mezzo di gara ad evidenza pubblica, al fine di garantire un'opportuna concorrenza per il mercato, con l'obiettivo che il servizio affidato sia svolto con minori costi o, a parità di costi, con maggiori benefici per i cittadini.

¹⁴ Consip S.p.a. – Concessionaria servizi informatici pubblici, è una società a capitale pubblico, di cui il Mef è azionista unico. Istituita nel 1997, è titolare della gestione del sistema informatico integrato del Ministero, conferita con d.m. 17 giugno 1998, nonché di diverse funzioni in materia finanziaria e contabile dell'amministrazione statale, ai sensi del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 414. A partire dal 2000, a seguito del d.m. 24 febbraio 2000, le è stato affidato il compito di realizzare, per conto del Mef, il programma di razionalizzazione degli acquisti pubblici, gestendo le convenzioni quadro di cui all'art. 26 della l. 448/1999. Si ricorda altresì che l'art. 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007) ha imposto alle amministrazioni statali centrali e periferiche – ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie – il ricorso obbligatorio alle convenzioni quadro Consip per l'acquisto di talune tipologie di beni e servizi da individuare con decreto del ministro dell'economia e delle finanze.

Come osservato da L. Minganti, *Gli acquisti delle amministrazioni tramite convenzioni quadro: il modello Consip* (l. 30 luglio 2004 n. 191 e d.p.c.m. 11 novembre 2004 n. 325), pubblicato in due parti in «Rivista trimestrale degli appalti», n. 4/2005, 4 e n. 1/2006, con la dicitura «modello Consip», la dottrina si riferisce a quel sistema centralizzato di acquisto di beni e servizi per la pubblica amministrazione, introdotto dal legislatore con la legge finanziaria per il 1999, e gestito, per conto del Ministero dell'economia e delle finanze, per l'appunto, dalla società pubblica Consip. Tale sistema vede la Consip operare nel ruolo di centrale unica di committenza, ossia quale soggetto che procede ad individuare il contraente, le condizioni e le clausole dei contratti che saranno stipulati alle amministrazioni pubbliche per la fornitura, a queste ultime, di beni e servizi. La cogenza, ossia l'obbligo o viceversa la facoltà, per le amministrazioni di ricorrervi, ha costituito, l'aspetto maggiormente discusso del modello, nonché l'oggetto di ripetute, ed anche contraddittorie, modifiche da parte del legislatore. Il modello Consip prende corpo a seguito della scelta, compiuta dal legislatore italiano, di adeguare il sistema di *public procurement* del nostro paese, a fronte dell'esigenza di contenimento della spesa pubblica, già manifestatasi a partire dai primi anni '90 e poi divenuta imprescindibile a seguito dell'adesione del nostro paese all'area euro. In particolare, si è ritenuto fosse possibile conseguire risparmi di spesa non solo riducendo

protagonista nel contribuire a rendere tale mercato realmente competitivo, mettendo in pratica le indicazioni fornite dall'Autorità e sviluppando competenze di alto livello sull'organizzazione, i processi e i sistemi informativi della P.A. Infatti, l'Autorità, sin dalla costituzione della Consip, ha prestato una grande attenzione nei confronti dei bandi di gara per l'approvvigionamento di beni e servizi per le P.A. predisposti da tale centrale di committenza, formulando numerosi pareri diretti a correggere preventivamente le potenzialità distorsive insite nei bandi stessi¹⁵.

La sua attenzione si è rivolta principalmente al contenuto dei bandi di gara predisposti dalle P.A., all'oggetto della gara; alla disciplina negli stessi bandi dello strumento del raggruppamento temporaneo di impresa che, pur svolgendo sul piano economico una obiettiva funzione antimonopolistica, può essere piegato ad un uso collusivo da parte delle imprese aderenti; al fenomeno del cd. *Bid rigging*¹⁶, ossia l'illecito coordinamento delle condotte commerciali da parte delle imprese partecipanti ad una gara di appalto con riguardo alle modalità di presentazione delle offerte, ai prezzi, al fenomeno della spartizione concordata dei lotti disponibili, alle modalità di presentazione delle offerte.

Si ricorda che, in alcune occasioni, l'intervento dell'Autorità con riguardo ad alterazioni illecite delle modalità di svolgimento delle gare è stato molto incisivo, traducendosi nell'adozione di provvedimenti sanzionatori¹⁷, a seguito dell'accertamento di strategie collusive di vario tipo poste in essere dai privati in occasione dello svolgimento di gare volte all'acquisizione di beni o servizi o all'esternalizzazione di attività o funzioni. In altri casi, invece, la partecipazione ad una gara di appalto ha costituito un'occasione per le imprese in posizione dominante per porre in essere condotte anticoncorrenziali¹⁸.

Si osserva che in alcune di tali occasioni, per quanto le condotte restrittive accertate dall'Autorità fossero il frutto di autonome scelte delle imprese coinvolte, la configurazione dei bandi di gara sembrerebbe in ogni caso, aver svolto un ruolo facilitante di tali comportamenti, così come va altresì osservato che, in alcuni casi, la condotta collusiva delle imprese ha avuto lo scopo di

gli stanziamenti di risorse finanziarie sui vari capitoli di spesa dei bilanci dello Stato e delle amministrazioni pubbliche, operando cioè i cosiddetti tagli, ma anche ottimizzando e migliorando le procedure di acquisto normalmente poste in essere. Ha preso così avvio il programma di razionalizzazione degli acquisti nella Pubblica Amministrazione.

Sul modello Consip e su Consip, divenuta nel corso degli anni motore di un processo di rinnovamento gestionale nel settore del *procurement*, vedi anche L. Fiorentino, *La spesa per beni e servizi*, in «Giornale di diritto amministrativo» n. 3/2006.

¹⁵ Si ricorda che relativamente alle gare europee bandite da Consip per la stipula sia delle convenzioni ex art.26 l. n. 488/1999, sia degli accordi quadro ex art. 3, comma 13, del Codice dei contratti nonché ex artt. 225 e 226 della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (Legge Finanziaria 2010), il Ministero dell'economia e delle finanze, sulla base di criteri concordati tra lo stesso e la Consip, sottopone la documentazione di gara al preventivo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Cfr., tra gli interventi dell'Autorità più rilevanti e di carattere generale, AS251, *Bandi predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - Consip S.p.a.*, in Boll. n. 5/2003.

¹⁶ Cfr. Ocse, *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2008.

¹⁷ In particolare, le condotte collusive delle imprese si sono sostanziate in accordi o pratiche concordate volte alla ripartizione del mercato (I670, *Acea-Suez Environment/Publiacqua*, in Boll. n. 44/2007, I666, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, in Boll. n. 30/2007) o alla fissazione congiunta di prezzi di aggiudicazione (I461, *Test diagnostici per il diabete*, in Boll. n. 18/2003) in strategie più articolate volte a raggiungere, congiuntamente, sia la ripartizione delle quote di fornitura tra le imprese concorrenti, sia i prezzi di offerta dei partecipanti (cfr. I643, *Pellegrini/Consip*, in Boll. n. 30/2005). Cfr. I686 dell'11 dicembre 2008, *Inail-Affidamento servizio di cassa*, in Boll. n. 47/08; I474, *Azienda di trasporto pubblico locale - Petrolieri*, in Boll. n. 8/2003.

¹⁸ Al riguardo, si segnala Agcm, A351, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, in Boll. n. 47/2004, in cui la partecipazione ad una gara di appalto bandita dalla Consip, ha rappresentato un'occasione per l'impresa dominante per formulare offerte finali non replicabili dagli altri operatori propri concorrenti e per impedire l'ingresso di questi ultimi nei mercati di servizi di telecomunicazione fissi e mobili.

vanificare la valenza pro-concorrenziale delle gare anche in presenza di bandi che presentavano caratteristiche più che adeguate ad incentivare il corretto confronto tra le imprese¹⁹.

Dunque, alla luce di tali premesse, il presente contributo si propone di soffermarsi sui principi generali e le *best practices* emerse attraverso l'attività segnalatoria e consultiva dell'Autorità, a cui dovrebbe ispirarsi la materia degli appalti pubblici, con particolare riferimento all'acquisto centralizzato di beni e servizi per le P.A..

3. I principi generali sanciti in materia di *public procurement* nelle segnalazioni e nei pareri dell'Agcm

Come noto, gli appalti pubblici o *public procurement* rappresentano lo strumento attraverso il quale un ente pubblico, in senso lato, acquisisce dal mercato beni e prestazioni da destinare, direttamente o indirettamente, al soddisfacimento dei bisogni della collettività.

L'Autorità, nell'esercizio dei propri poteri, ha dedicato particolare attenzione al settore del *public procurement*, ribadendo come la gara costituisca lo strumento privilegiato di affidamento di contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture. I suoi interventi hanno perseguito l'obiettivo di assicurare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nell'attività di acquisto di beni e di servizi da parte delle amministrazioni, proponendo di adeguare i meccanismi di selezione delle imprese ai principi della concorrenza²⁰. Inoltre, numerosissimi sono stati anche gli interventi svolti dall'Autorità in relazione a singoli bandi di gara, spesso sollecitati dalle amministrazioni aggiudicatrici, e di frequente dalla stessa Consip, tramite richieste di parere ex art. 22 della legge n. 287/90.

L'Autorità ha sempre sottolineato come un'attenzione particolare vada riservata all'azione dello Stato come soggetto economico, i cui comportamenti incidono in modo trasversale sulla conformazione concorrenziale di tutti i settori di mercato. In particolare, l'Autorità si è soffermata sul tema degli affidamenti pubblici, ovvero sulle modalità con le quali lo Stato, in qualità di soggetto concedente, o acquirente, è in grado di condizionare il funzionamento dei mercati.

L'affidamento pubblico risulta problematico sotto due profili: da un lato, l'Autorità ha riscontrato che, pur con talune lodevoli eccezioni, molte pubbliche amministrazioni, tendono a limitare, ove possibile, il ricorso a procedure di selezione competitiva²¹; dall'altro, anche quando la gara è effettivamente lo strumento utilizzato per la selezione dell'impresa affidataria l'Autorità ha rinvenuto – il più delle volte su denuncia di imprese escluse - che in molti casi le modalità organizzative e la formulazione dei bandi di gara appaiono ingiustificatamente restrittive²².

¹⁹ Ciò si è osservato, ad esempio, nei casi delle gare per la fornitura di dispositivi per stomia, o delle gare per la fornitura dei test diagnostici per diabete (caso I666 e I461, già cit.) nei quali la condotta collusiva delle imprese era volta proprio a scoraggiare le Asl a continuare, in futuro, ad optare per sistemi di acquisto concorrenziali.

²⁰ Cfr. Agcm, AS187, cit.

²¹ Dalla casistica sottoposta all'attenzione dell'Autorità è emerso un utilizzo reiterato delle normative di gestione emergenziale, che consentono affidamenti di appalti di lavori e servizi in via diretta (cfr. AS465, *Società miste operanti nella gestione dei rifiuti urbani in regime emergenziale nella regione Calabria*, in Boll. n. 26/2008), come pure un frequente ricorso agli affidamenti *in house*. Con specifico riguardo all'istituto dell'*in house*, cfr. AS375, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, in Boll. n. 50/06, in cui l'Autorità, nel constatare come il settore dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica risulti caratterizzato da una casistica estremamente varia di gestioni da parte di imprese controllate dagli enti locali cui il servizio è stato affidato direttamente, che dai soggetti interessati vengono impropriamente ricondotte a quelle c.d. *in house*, ha ribadito che tale modalità di affidamento è sottoposta a stringenti requisiti di legittimità, così come determinati dalla giurisprudenza comunitaria e recepiti nella normativa nazionale.

²² Ciò vale per gli affidamenti in numerosi e diversi settori: servizio idrico integrato (cfr. AS510, *Legge regionale della Regione Liguria 28 ottobre 2008*, v. 39, in Boll. n. 12/2009); trasporto pubblico locale (cfr. AS461, *Società miste*

A tal riguardo, l'Autorità, nel tempo, oltre ad alcuni casi in cui ha constatato che l'amministrazione non aveva fatto ricorso a procedure ad evidenza pubblica là dove esse erano previste dalla legge, ha evidenziato, analizzando numerosi bandi di gara predisposti dalle pubbliche amministrazioni, la diffusa presenza, negli stessi, di criteri di selezione delle imprese ingiustificatamente restrittivi; inoltre, è emersa l'esistenza di diversi comportamenti e prassi in grado di alterare il corretto funzionamento del mercato, nonché di incidere negativamente sui meccanismi di formazione della domanda pubblica. L'Autorità ha anche sottolineato come l'utilizzo dello strumento della società mista, quale modello di gestione dei servizi pubblici locali, impropriamente ricondotto dalle amministrazioni all'istituto dell'*in house providing*, può essere idoneo a falsare il gioco della concorrenza, offrendo ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti²³.

Alla luce dell'esperienza maturata, l'Autorità, attraverso i propri interventi²⁴, ha individuato e suggerito alle P.A. nonché alla stessa Consip, alcuni criteri generali da seguire nella predisposizione di bandi di gara che, nel rispetto della vigente normativa di settore nazionale e comunitaria, siano rispettosi dei principi della concorrenza. L'osservanza di tali principi e dunque la corretta impostazione dei bandi di gara consente di creare le pre-condizioni affinché il confronto tra imprese nell'ambito della gara possa essere informato a criteri di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

Per tali motivi, l'Autorità si è soffermata principalmente sul controllo dei diversi strumenti utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici per selezionare le imprese, nell'ottica di garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione, nonché sul corretto utilizzo, sotto il profilo concorrenziale, degli strumenti associativi, quali ad esempio i raggruppamenti temporanei di imprese (Rti), i quali possono prestarsi a strumentalizzazioni anticoncorrenziali, laddove invece la loro *ratio* vorrebbe essere proprio quella di consentire una più ampia partecipazione alle gare.

Di seguito, l'analisi dei principi individuati dall'Autorità verrà condotta con riguardo a ciascuno degli aspetti che, svolgendo un ruolo rilevante nel processo di selezione delle imprese, possono venire a creare delle barriere artificiose all'accesso al mercato del *public procurement*, nonché con riguardo ai profili patologici che possono caratterizzare la partecipazione delle imprese alle procedure di gara, assumendo una specifica portata anticoncorrenziale.

Tuttavia, prima di passare all'analisi di tali aspetti, si ritiene opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulla figura delle centrali di committenza predisposte per gli acquisti della P.A.²⁵, come

operanti nella gestione dei rifiuti urbani in regime emergenziale nella regione Calabria); beni demaniali per finalità turistico-ricreative (cfr. AS481, *Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa*, in Boll. 39/08); smaltimento dei rifiuti (cfr. AS442, *Gara ad evidenza pubblica presso l'azienda forestale Regione Calabria*, in Boll. 1/2008).

²³ cfr. AS468, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house*, in Boll. n. 29/2008).

²⁴ Tra gli interventi di carattere più generale incentrati su tali aspetti, si segnalano, Agcm, AS187 e AS251, cit..

²⁵ Il concetto di centrale di committenza (*Central purchasing body*), od anche di centrale di acquisto, è stato introdotto dalle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, definendolo quale amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture o servizi, oppure aggiudica appalti od accordi quadro, destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici. L'art. 11 della direttiva 2004/18 (similmente art. 29 direttiva 2004/17) stabilisce che le amministrazioni possano acquistare lavori, forniture o servizi tramite una centrale di committenza, a condizione che quest'ultima abbia rispettato la direttiva stessa. Anche il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1192 e 1193) si è espresso a favore della compatibilità del sistema centralizzato degli acquisti realizzato da Consip con i principi comunitari, sulla base dei quali l'affidamento pubblico di servizi non può prescindere da procedure di gara. Infatti, nel sistema in cui Consip funge da stazione appaltante per la stipula di convenzioni quadro per l'acquisizione di beni e servizi, la successiva adesione delle singole amministrazioni alle pattuizioni raggiunte dalla Consip, non integra una elusione dell'obbligo di individuare il migliore contraente mediante procedure ad evidenza pubblica. Per un commento sulle centrali di committenza, v. R. Caranta, *Le*

Consip, oggetto di attenzione da parte dell'Autorità in quanto potenziale fattore di distorsione del mercato. Non vi è dubbio, infatti, che la centralizzazione degli acquisti tende a produrre condizioni economiche e qualitative di forniture dei servizi molto distanti da quelle che si otterrebbero in un regime concorrenziale. Infatti, elemento necessario per un'effettiva competizione tra privati è che questi determinino liberamente e indipendentemente gli uni dagli altri la propria offerta e le proprie strategie commerciali. Tuttavia, la sua potenzialità anticoncorrenziale non fa venire meno i vantaggi insiti in tal tipologia organizzativa; infatti, la centralizzazione degli acquisti avvantaggia in modo significativo le amministrazioni, consentendo loro di concentrare aggregandola la domanda pubblica, altrimenti parcellizzata e di esercitare un maggiore coordinamento e controllo sui fornitori, gestendo infine in maniera più efficace ed unitaria la spesa. Inoltre, le centrali d'acquisto hanno il vantaggio di favorire l'emersione di aree di spesa pubblica di dimensione inferiore alla soglia comunitaria e dunque altrimenti sottratte alla concorrenza²⁶.

Alla luce di questa molteplicità di interessi coinvolti, e considerata la possibilità che la centralizzazione possa determinare la costituzione di barriere all'ingresso e la formazione di posizioni di privilegio nelle forniture dei prodotti interessati alle pubbliche amministrazioni, l'Autorità ha evidenziato la necessità che la centralizzazione degli acquisti sia realizzata prestando la massima attenzione agli effetti della stessa sugli equilibri concorrenziali dei mercati interessati²⁷.

3.1. Le barriere artificiose alla concorrenza negli appalti pubblici

A giudizio dell'Autorità, l'adeguata tutela dell'interesse pubblico al corretto adempimento degli obblighi contrattuali non può in alcun modo tradursi in arbitrarie ed artificiose limitazioni del legittimo interesse delle imprese a concorrere, in condizioni di effettiva parità, per l'aggiudicazione degli appalti. Infatti, come ribadito dall'Autorità in numerosissime occasioni, obiettivo imprescindibile di ogni corretta procedura di gara deve essere quello di garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione.

i) L'accesso alle gare e la qualificazione delle imprese

Senza dubbio, uno dei temi più ricorrenti negli interventi dell'Autorità riguarda la necessità, per le amministrazioni, di non restringere ingiustificatamente le possibilità di partecipazione alla gara e di

centrali di Committenza, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, Vol.I.

²⁶ Cfr. L. Fiorentino, *Le centrali di committenza*, in L. Fiorentino e C. Lacava (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, «Quaderno del Giornale di diritto amministrativo», Milano, Ipsoa, 2004, n. 9, pp. 64 e 70; vedi anche L. Giampaolino, *L'attività di Regolazione come strumento di efficienza del mercato dei contratti pubblici*, intervento al *Convegno Infrastrutture e Servizi: Competitività e regole*, Roma, 26 giugno 2008 pubblicato su www.astrid.eu.

²⁷ Cfr. Agcm, AS333 e AS334, *Previsioni sul modello di gara da adottare per l'evoluzione della rete unitaria per la pubblica amministrazione (rupa) nell'ambito del sistema pubblico di connettività*, in Boll. n. 8/2006; AS094, *A.I.P.A.-Convenzioni per la fornitura di prodotti informatici di uso comune*, in Boll. n. 24/1997, in cui l'Autorità ritiene che la previsione legislativa che consente di centralizzare la negoziazione delle condizioni di acquisto di prodotti informatici da parte della Pubblica Amministrazione debba essere applicata con particolare attenzione agli effetti sugli equilibri concorrenziali dei mercati interessati. Infatti, questa centralizzazione, seppur affidata ad un organismo indipendente ed altamente specializzato nel settore dell'informatica pubblica, come l'Aipa, potrebbe determinare la costituzione di barriere all'ingresso e la formazione di posizioni di privilegio nelle forniture dei prodotti di cui trattasi alle pubbliche amministrazioni. Inoltre, v. AS336 del 2006 in cui la funzione di centrale di acquisto appare rispondere al fine precipuo di far emergere le sinergie connesse alla fornitura integrata dei servizi in relazione ai volumi di domanda stimati per la p.a. in ciascun periodo di riferimento.

aggiudicazione della commessa attraverso la previsione di requisiti soggettivi ed oggettivi non necessari o sproporzionati²⁸. L'accesso alla gara e dunque al mercato da parte delle imprese può essere infatti condizionato ingiustificatamente dalla presenza nei bandi di gara di criteri di preselezione eccessivamente rigidi o da disposizioni e prescrizioni non redatti in funzione delle caratteristiche economiche e tecniche del bene o del servizio richiesto. In particolare, relativamente ai requisiti di accesso, l'Autorità ha espressamente chiarito che i requisiti di idoneità tecnica e di solidità economica e finanziaria richiesti alle imprese ai fini della partecipazione alle gare d'appalto devono rispondere a esigenze oggettive dell'amministrazione e, più in generale, ai principi di ragionevolezza e di imparzialità che regolano il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa²⁹.

Tra le fattispecie più ricorrenti in grado di restringere le possibilità di partecipazione alla gara si segnalano le prescrizioni che hanno l'effetto di favorire alcuni operatori a scapito di altri, sia individuandoli direttamente, sia attraverso il riferimento a soglie di fatturato sproporzionate rispetto all'ammontare della gara stessa.

In alcune circostanze, subordinare la partecipazione alle gare al raggiungimento di un certo livello di fatturato può risultare gravoso e suscettibile di ostacolare l'accesso al mercato. Si tratta soprattutto dei casi in cui il livello di fatturato risulta sproporzionato rispetto all'ammontare della prestazione oggetto della gara o in cui il fatturato di riferimento non è solo quello relativo alla classe dei prodotti posti a gara, ma è limitato allo specifico mercato geografico entro il quale viene realizzata la gara. L'effetto preclusivo di tali criteri rischia di incidere in maniera ingiustificata sulle opportunità delle imprese di minori dimensioni, degli operatori non presenti in maniera significativa sul mercato nazionale e di quelli che non sono ancora affermati sul mercato geografico rilevante, pur possedendo idonee referenze in ordine alla propria solidità economica e finanziaria.

L'essenzialità del confronto concorrenziale e di un agevole accesso al mercato è testimoniata dall'ampiezza e flessibilità che la normativa in tema di appalti ha riservato alla prova da parte delle

²⁸ Nell'ottica di evitare situazioni di scarsa concorrenza, l'Autorità si è più volte espressa sottolineando la necessità di assicurare la più ampia partecipazione delle imprese alle gare d'appalto pubbliche, abbattendo le barriere costituite da requisiti dimensionali e tecnici sproporzionati o inadeguati rispetto ai beni ed ai servizi oggetto di fornitura; al riguardo, cfr. AS251, cit.; AS343, *Esecuzione dei lavori riguardanti le barriere e le protezioni stradali*, in Boll. n. 24/2006, in cui viene segnalata la portata restrittiva della modifica normativa apportata all'articolo 18, comma 8, del d.p.r. n. 34/2000 dall'articolo 1, d.p.r. 10 marzo 2004, n. 93 in materia di esecuzione dei lavori rientranti nella categoria OS12 (Barriere e protezioni stradali), che impone l'obbligo a carico delle imprese di conseguire la certificazione di sistema di qualità, non solo per il montaggio e per l'installazione, ma anche per la produzione dei beni oggetto della categoria OS12, quale condizione necessaria per la partecipazione alle gare per la fornitura ed installazione di barriere stradali. Tale norma, infatti, determina una significativa riduzione del numero dei potenziali partecipanti alle procedure concorsuali, con conseguente riduzione dell'offerta soprattutto alla luce del numero esiguo di imprese costruttrici presenti sul territorio nazionale. La modifica normativa introdotta, limitando il novero dei soggetti ammessi alla procedura concorsuale alle sole imprese produttrici di barriere, agevola la creazione di un contesto di mercato nel quale il coordinamento dei reciproci comportamenti in sede di partecipazione può rappresentare un'evenienza non solo possibile ma altamente probabile. In tale prospettiva, un generalizzato abbassamento della tensione competitiva sulla fornitura di un determinato prodotto e/o servizio non può che tradursi, in definitiva, in un generale incremento dei costi a carico delle stazioni appaltanti.

²⁹ Cfr. tra le altre, AS462 del 10 luglio 2008, *Bando di gara per l'affidamento dei servizi di TPL dell'ambito della provincia e del comune di Caserta*, in Bollettino n. 22/08; AS415 del 19 luglio 2007, *Bando di gara avente ad oggetto la fornitura di "servizi di telefonia mobile" per le pubbliche amministrazioni*, in Bollettino, n. 33/07; AS331 *Gara per la fornitura di "servizi di telefonia fissa e connettività IP" per le pubbliche amministrazioni*, in Bollettino, n. 6/06; AS333, *Previsioni sul modello di gara da adottare per l'evoluzione della rete unitaria per la pubblica amministrazione (Rupa) nell'ambito del sistema pubblico di connettività*, in Bollettino, n. 8/06; AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, in cui si osserva che tali requisiti, devono necessariamente essere indicati nel bando di gara, in modo da consentirne un'adeguata e tempestiva conoscenza da parte delle imprese interessate e inoltre devono essere fissati in modo tale da permettere comunque un efficace e corretto confronto concorrenziale.

imprese della propria capacità economico-finanziaria³⁰: infatti, sono previsti una pluralità di criteri alternativi, senza che nessuno di questi possa assumere valore preclusivo rispetto agli altri. Infatti, come osservato dall'Autorità, il fatturato non deve essere utilizzato per escludere dalla partecipazione alla gara le imprese, in tutte le ipotesi in cui la capacità economica e finanziaria possa essere diversamente dimostrata³¹.

Inoltre, per determinati beni in cui l'idoneità di un'impresa a fornirli viene certificata da un complesso meccanismo autorizzatorio, il raggiungimento di un certo livello di fatturato non può costituire un criterio vincolante per l'aggiudicazione finale della fornitura o anche per la semplice partecipazione alla gara³². Questa prassi è suscettibile di escludere dal mercato le piccole imprese o quelle che si affacciano per la prima volta sui mercati interessati dalle varie procedure di aggiudicazione, pur essendo dotate di tutte le capacità tecniche ed economiche necessarie per garantire l'Amministrazione del corretto assolvimento degli obblighi contrattuali.

In ogni caso, la proporzionalità nell'individuazione delle soglie di fatturato per la partecipazione alle gare deve essere valutata anche in relazione al numero degli anni per cui il raggiungimento di un certo livello di fatturato viene richiesto. Pertanto, soprattutto per le prestazioni di minore complessità, occorre evitare che l'individuazione del livello del fatturato e del numero di anni nei quali esso viene raggiunto si traduca in discriminazioni nei confronti degli operatori di minori dimensioni o degli operatori non presenti sui mercati di riferimento, ma comunque in possesso delle capacità tecniche ed economiche necessarie per partecipare alla gara.

Inoltre, dall'analisi di numerosi bandi di gara sottoposti all'Autorità è emersa la diffusa presenza di prescrizioni che hanno l'effetto di favorire alcuni operatori, in maniera del tutto ingiustificata rispetto all'oggetto del bando. Per esempio, molte amministrazioni aggiudicatrici vincolano la partecipazione alle gare non già alle imprese che abbiano dimostrato di avere esperienza nel

³⁰ L'art. 41 del Codice degli appalti (d.lgs. n. 163 del 2006) prevede infatti la possibilità di utilizzare: a) idonee dichiarazioni bancarie; b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa; c) dichiarazioni concernenti il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo alle forniture identiche a quella oggetto della gara, realizzate negli ultimi tre esercizi. Sono in tal modo indicati una serie di criteri alternativi che possono essere utilizzati dall'amministrazione appaltante per dimostrare l'idoneità degli operatori a svolgere il servizio richiesto, ma che, in nessun modo possono essere utilizzati per escludere dalla partecipazione alla gara le imprese, in tutte le ipotesi in cui la capacità economica e finanziaria possa essere diversamente dimostrata.

³¹ Cfr., in particolare, AS251, già citata, in cui l'Autorità ha sottolineato l'opportunità dell'inserimento, da parte di Consip, nei bandi di gara di alcuni requisiti, idonei a coniugare l'esigenza avvertita dalla stessa Consip di garantire la continuità e affidabilità delle forniture con l'obiettivo di ampliare il numero dei partecipanti alla gara, rendendo più agevole la partecipazione anche ad imprese con disponibilità economico-finanziarie minori. Tra questi, in particolare: i) l'attestazione di un livello di fatturato specifico conseguito cumulativamente nel biennio precedente all'espletamento della gara di ammontare non superiore al valore massimo della fornitura indicato nel bando, da computarsi con riferimento al medesimo arco temporale preso a base per il calcolo del fatturato specifico; ii) in alternativa al requisito di un determinato livello del fatturato globale, l'attestazione del possesso di requisiti in grado di fornire un'adeguata garanzia all'ente appaltante senza tuttavia costituire un ostacolo eccessivo alla partecipazione, quali, ad esempio, il possesso di una referenza bancaria rilasciata da un primario istituto di credito; iii) la possibilità per le imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante il deposito di documentazione alternativa al bilancio, anche al fine di evitare la preclusione alla gara per le imprese la cui costituzione è avvenuta in tempi immediatamente precedenti alla pubblicazione del bando; iv) il deposito di una cauzione provvisoria il cui importo sia calcolato sulla base del valore annuale della fornitura, atteso che la funzione di tale garanzia risiede soltanto nell'assicurare la partecipazione alla gara da parte delle imprese e non l'esecuzione delle forniture.

³² Ad esempio in materia di prodotti farmaceutici, cfr. *Parere relativo alle gare pubbliche per la fornitura di prodotti farmaceutici, medicinali, di cosmetici e di articoli di profumeria*, Boll. n. 29/97, ove si rileva che il metodo del fatturato, se impiegato come unico parametro, appare del tutto improprio per poter adeguatamente valutare la reale solidità finanziaria dell'impresa. Questa prassi è suscettibile di escludere dal mercato le piccole imprese o quelle che si affacciano per la prima volta sui mercati interessati dalle varie procedure di aggiudicazione, pur essendo dotate di tutte le capacità tecniche ed economiche necessarie per garantire l'Amministrazione del corretto assolvimento degli obblighi contrattuali.

mercato specifico, indipendentemente cioè dalla natura proprietaria degli operatori a cui abbiano effettuato commesse, ma alle sole imprese che già abbiano fornito all'amministrazione prestazioni o svolto lavori analoghi a quelli oggetto della gara. Tali previsioni non sono certamente correlate alle effettive capacità tecniche dei soggetti partecipanti, né idonee a selezionare la migliore offerta per lo svolgimento dell'incarico. Al contrario, il loro effetto è quello di favorire gli operatori localizzati in una certa area geografica e che già abbiano lavorato per l'amministrazione, escludendo ingiustificatamente numerose categorie di imprese, tra cui tutti gli operatori capaci di svolgere la prestazione richiesta sulla base di esperienze acquisite su mercati geografici diversi.

ii) *L'oggetto della gara*

Per ridurre le barriere all'accesso e stimolare la più ampia partecipazione di concorrenti, la corretta formulazione di un bando di gara non può prescindere da un'attenta analisi delle specifiche caratteristiche del bene o servizio oggetto della fornitura, oltre che dal numero e dalle dimensioni degli operatori presenti nel mercato di riferimento. L'Autorità ha osservato infatti come la definizione dell'oggetto della gara rappresenta l'aspetto principale del contesto entro cui le imprese possono competere. In linea di principio, la gara dovrebbe essere bandita in relazione a una fornitura valutata nella sua interezza, ossia espressa in funzione delle caratteristiche economiche e tecniche del bene o del servizio richiesto. Tuttavia, è stato evidenziato come in alcuni casi le amministrazioni aggiudicatrici ingiustificatamente allargano o restringono l'oggetto della gara al fine di escludere strumentalmente alcune imprese a vantaggio di altre. Attraverso l'artificiale allargamento dell'oggetto della gara le amministrazioni effettivamente precludono l'accesso a determinate categorie di operatori, in particolare a quelle che potrebbero profittevolmente realizzare solo una singola prestazione, ma sono impediti, anche eventualmente dalla regolamentazione vigente, a svolgere l'intero insieme delle prestazioni richieste³³. Alternativamente le amministrazioni aggiudicatrici possono frazionare il progetto soprattutto al fine di eludere l'applicazione della normativa comunitaria, restringendo così le possibilità di partecipazione alla gara delle imprese estere.

Inoltre, in relazione all'oggetto della gara, l'Autorità ha sottolineato la necessità che l'oggetto della gara sia compiutamente identificato da un punto di vista economico e tecnico e che i prodotti siano identificati con riferimento alle caratteristiche tecniche o economiche desiderate, senza per questo limitarlo a una marca o a un brevetto specifico ovvero individuandone la qualità in relazione allo specifico organismo che la certifica. Inoltre, in relazione alle caratteristiche tecniche richieste per i prodotti oggetto di fornitura, nel caso di prodotti che per le loro specificità tecniche sono caratterizzati da elevati *switching costs* dal lato del consumo, l'Autorità ha sottolineato che deve essere posta particolare attenzione alle modalità atte a garantire adeguate dinamiche concorrenziali nella fornitura tramite gara alle pubbliche amministrazioni³⁴. Infatti, la previsione, nei capitolati

³³ Come osservato dall'Autorità nella segnalazione AS187, sopra citata, in alcuni settori, per fornire determinati beni o servizi sono richieste autorizzazioni specifiche che non sono invece necessarie per svolgere altre attività; l'accorpamento in un unico bando di beni e servizi caratterizzati da obblighi regolamentari diversi determina l'esclusione automatica di tutte le imprese che non dispongono delle autorizzazioni a svolgere una parte delle prestazioni richieste, ma che sarebbero perfettamente in grado di svolgere altre prestazioni incluse nel bando.

³⁴ Nei pareri resi sui bandi di gara predisposti da Consip per la fornitura di *personal computer*, portatili e *desktop*, l'Autorità ha evidenziato che la previsione di particolari specifiche *hardware* e *software* consentiva la partecipazione alla gara ai soli produttori e/o fornitori di computer appartenenti alla piattaforma Pc-Windows. Cfr. pareri S509,

tecni, di specifiche caratteristiche, da un lato, può vanificare la gara predeterminandone l'esito, dall'altro, può lasciare insoddisfatta quella porzione di domanda che manifesti esigenze di beni con caratteristiche diverse da quelle previste dal bando³⁵.

Per tali ragioni, l'Autorità, al fine di evitare sia ingiustificate restrizioni della concorrenza, sia un arbitrario condizionamento degli utenti finali, ha suggerito a Consip l'adozione di ogni necessaria misura per il soddisfacimento dell'utenza che manifestasse esigenze di prodotti con specifiche tecniche differenti, non escludendo, per le relative commesse, la predisposizione di altre procedure di evidenza pubblica.

Inoltre, l'Autorità ha ripetutamente criticato il ricorso da parte delle amministrazioni a meccanismi elusivi degli obblighi di gara, quali il frazionamento artificioso dell'oggetto della gara in una pluralità di lotti. Al riguardo, l'Autorità reputa che la suddivisione della fornitura in più lotti sia coerente con l'obiettivo di garantire la partecipazione alla gara del maggior numero possibile di concorrenti; tuttavia, affinché si realizzi un effettivo confronto competitivo tra le imprese, appare indispensabile che il numero dei lotti sia determinato in modo tale da risultare sempre inferiore al numero dei partecipanti alla gara. Ciò implica, a sua volta, un'attenta considerazione da parte delle P.A. e di Consip delle caratteristiche e della struttura dei mercati di riferimento, volta ad una determinazione del numero dei lotti che tenga conto, caso per caso e nei limiti delle informazioni disponibili, del numero e delle dimensioni degli operatori che prenderanno parte alle gare.

iii) I criteri di aggiudicazione

Un ruolo importante nell'ottica di garantire una concorrenza effettiva tra i partecipanti alla gara può essere svolto dal criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante. Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato come la normativa in tema di appalti pubblici individui due criteri di aggiudicazione, senza prestabilire un ordine di preferenza tra i medesimi: il prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la quale al prezzo si aggiungono altri parametri che possono avere un'importanza anche maggiore. La scelta tra l'uno e l'altro risulta quindi attribuita alla discrezionalità dell'amministrazione, orientata alla cura dello specifico interesse pubblico da soddisfare con la commessa. Ciò comporta che la scelta tra un criterio che si esaurisca nel prezzo ed uno che dia rilievo anche ad altri fattori, potendo questi ultimi essere ritenuti addirittura prevalenti, risulta essenzialmente condizionata dall'interesse dell'amministrazione all'acquisizione della specifica commessa.

L'Autorità ha sottolineato che un criterio di aggiudicazione basato sul prezzo - che, in quanto parametro oggettivo e trasparente, favorisce un più pieno e corretto svolgimento del processo competitivo - appare tendenzialmente più adeguato, in una prospettiva di promozione della concorrenza, quando le caratteristiche qualitative del bene o del servizio posto a gara, più appropriate alla cura dell'interesse pubblico da soddisfare con la commessa, possono essere agevolmente individuate e definite, nella fissazione delle specifiche tecniche, senza che ciò induca, implicitamente o esplicitamente, una discriminazione tra i fornitori concorrenti. Il ricorso al criterio

Fornitura di personal computer portatili e dei servizi connessi, e S520, Fornitura di personal computer desktop e dei servizi connessi.

³⁵ Cfr. AS251, in cui si legge al riguardo che «Né a tale ultima difficoltà potrebbe farsi fronte mediante la predisposizione di un bando che, non introducendo restrizioni nelle caratteristiche tecniche dei prodotti oggetto di fornitura, non precluda la partecipazione di fornitori di prodotti differenti, ciascuno caratterizzato da elevati *switching costs* per gli utilizzatori; giacché, inevitabilmente, un solo fornitore risulterebbe aggiudicatario dell'intera fornitura».

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che associa al prezzo altri parametri di aggiudicazione, potrebbe, al contrario, rivelarsi preferibile, nella prospettiva concorrenziale, quando più caratteristiche qualitative del prodotto o del servizio possono concorrere, anche in forme alternative, al soddisfacimento dell'interesse pubblico. Si tratta, in altri termini, di assicurare un equilibrato bilanciamento tra l'interesse pubblico ad un confronto competitivo, che sia semplice, oggettivo e trasparente, e l'interesse pubblico specifico dell'amministrazione di acquisire beni e servizi le cui caratteristiche complessive siano le più conformi alle proprie esigenze.

In questo quadro, l'Autorità ha auspicato comunque che l'amministrazione committente dia qualificata motivazione nei bandi di gara del criterio di aggiudicazione prescelto in funzione della natura e delle caratteristiche qualitative del bene o servizio oggetto della fornitura. Inoltre, con particolare riguardo alla variabile del prezzo, l'Autorità ha evidenziato che, allo scopo di rimuovere condizioni che possano favorire un eventuale coordinamento dei comportamenti dei partecipanti alla gara, l'amministrazione potrebbe valutare l'opportunità di fissare il prezzo di riserva (prezzo massimo che la stazione appaltante è disposta a pagare per un determinato bene o servizio) in modo da tenere conto delle informazioni disponibili sulle caratteristiche tecniche ed economiche del bene o servizio richiesto, così da renderlo il più possibile prossimo ad una stima plausibile del valore di mercato. Ciò avrebbe l'effetto di disincentivare la definizione di accordi collusivi o di renderli meno sostenibili in quanto valori proporzionali, e quindi contenuti, del prezzo di riserva limitano il margine atteso di guadagno per i membri di un potenziale cartello.

3.2. La liceità dei comportamenti di impresa nella partecipazione alle gare

La partecipazione alle gare di più imprese costituisce una delle tipiche situazioni in cui possono venire in rilievo le norme concorrenziali in materia di intese, di cui all'art. 2 della l. 287/90 e/o dell'art. 81 Trattato, ora 101 Tfue. Infatti, nelle diverse fasi delle procedure ad evidenza pubblica, finalizzate all'acquisizione di beni o servizi od alla esternalizzazione di attività o funzioni, possono insinuarsi strategie collusive poste in essere dai concorrenti. Tali condotte di coordinamento perseguono l'obiettivo di alterare gli esiti della selezione, attraverso la determinazione congiunta di un prezzo di vendita più elevato di quello concorrenziale, la ripartizione del mercato, il consolidamento di quote di mercato da parte delle imprese.

Senza dubbio, le pratiche anticompetitive che influiscono sul risultato della gara, costituiscono delle violazioni particolarmente gravi delle regole di concorrenza (cd. *hard core restrictions*), in quanto poste in essere tra concorrenti diretti operanti al medesimo livello della filiera produttiva e che hanno altresì un impatto sulla spesa pubblica e sulle risorse dei contribuenti³⁶.

In diverse occasioni, l'attenzione dell'Autorità si è soffermata su fenomeni di coordinamento tra imprese dei propri comportamenti in sede di gara³⁷.

³⁶ Cfr. Ocse, *Public procurement. The role of Competition authorities in promoting competition*, cit. in cui si ribadisce l'importanza che il processo di aggiudicazione degli appalti pubblici non sia affetto da pratiche come la collusione tra le imprese, il *bid rigging*, la frode e la corruzione.

³⁷ Ricordiamo il recente caso *Servizi aggiuntivi di Trasporto pubblico nel Comune di Roma*, sopra citato, nell'ambito del quale l'Autorità ha accertato la sussistenza di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'articolo 81 del Trattato Ce, finalizzate a concertare la partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale, per confermare il mantenimento dei servizi in capo al soggetto che già lo deteneva (*incumbent*) e, in ogni caso, per ridurre i margini di concorrenza tra operatori in caso di partecipazioni a gare fuori bacino. Altro intervento recente riguarda il procedimento istruttorio, avviato ai sensi dell'articolo 81 del Trattato Ce nei confronti delle società Unicredit Spa, Intesa Sanpaolo Spa, Banca Monte dei Paschi di Siena (Bpms) e Banca Nazionale del Lavoro (Bnl), con il quale è stata accertata un'intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto il coordinamento delle rispettive modalità di

i) I raggruppamenti temporanei di imprese - Rti

Nota è la funzione pro concorrenziale del Rti: attraverso aggregazioni temporanee ed occasionali, operatori di piccole dimensioni riescono a superare le barriere all'accesso alla gara rappresentate da requisiti dimensionali, economici, tecnici richiesti dalle stazioni appaltanti, accedendo a selezioni che altrimenti gli sarebbero precluse.

Proprio nell'ottica di garantire la partecipazione alla gara del più ampio numero di imprese possibile, l'Autorità ha sottolineato la necessità di un corretto utilizzo di tale strumento associativo.

Tenuto conto della *ratio* anti-monopolistica e pro-concorrenziale del Rti³⁸, volta ad ampliare il novero degli offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni appaltanti, così come Consip, limitino la possibilità di associarsi in Rti da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara³⁹. Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione - che andrebbero debitamente motivate nel bando, in modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prendere parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire «virtuosa» – potrebbe ammettersi, in via del tutto straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando⁴⁰. Al di fuori di queste ipotesi, tale previsione del Rti sarebbe contraria alla *ratio* dell'istituto.

Pertanto, nella prospettiva della tutela della concorrenza dell'Autorità, la previsione dei Rti deve limitarsi ai casi in cui essi siano effettivamente necessari per aumentare, e non per ridurre, il numero dei partecipanti alla gara.

Inoltre, non si può affermare in assoluto il carattere astrattamente pro-concorrenziale del Rti. Al contrario, la sua concreta portata e finalità va verificata caso per caso.

Infatti, il Rti, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente

partecipazione a quattro gare bandite da Inail, negli anni dal 1996 al 2005, per l'affidamento del proprio servizio di cassa.

³⁸ Secondo consolidata giurisprudenza amministrativa e civile relativa al Rti, la *ratio* fondamentale dell'istituto è da individuarsi nella sua capacità di ampliare il novero dei partecipanti, abbattendo le barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati dalle stazioni appaltanti. Questa *ratio* esalta le potenzialità del Rti quale strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale in gara, consentendo alla pubblica amministrazione di selezionare l'offerta migliore, in termini economici e tecnici, tra quelle presentate da una platea più ampia di imprese. Al riguardo, cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, 22 marzo 2001 n.1682; Consiglio di Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n.3188; Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517; Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294; Consiglio di Stato, 30 gennaio 2001, n. 2641; Corte di Cassazione, sez. I, 2 marzo 1996, n. 1650.

³⁹ Cfr. AS251, già cit; cfr. AS415, *Bando di gara avente ad oggetto la fornitura di servizi di telefonia mobile per le pubbliche amministrazioni*, in cui l'Autorità riscontra come il bando sia in linea con i principi espressi nei precedenti pareri dell'Autorità, in quanto prevede che due o più imprese che siano in grado di soddisfare individualmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione alla gara non possano partecipare in un raggruppamento temporaneo di imprese (Rti).

⁴⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2056, e TAR del Veneto 16 marzo 2002, n. 1097. In entrambe le pronunce, l'utilizzo dell'istituto da parte di imprese singolarmente idonee a partecipare alla gara è ammesso con riferimento ad ipotesi particolari: si tratta di forniture consistenti in servizi di tesoreria di pertinenza di enti pubblici locali, in cui l'aggregazione delle imprese è strettamente funzionale al soddisfacimento dell'interesse specifico della pubblica amministrazione alla capillarità del servizio di tesoreria. Nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2056, in particolare, si legge: «[...] l'Amministrazione ha consentito e favorito la costituzione di raggruppamenti proprio allo scopo di ottenere offerte meglio rispondenti all'interesse pubblico alla capillarità del servizio».

non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario e nazionale. Essendo il Rti chiaramente un accordo, come tale, va esaminato ai sensi della normativa *antitrust*, risultando lecito solo se non ha per oggetto o per effetto di restringere o falsare la concorrenza.

Risulta, senza dubbio, compatibile con le disposizioni della normativa *antitrust* quando interviene tra imprese che non sono concorrenti: o perché sono attive in settori merceologici diversi, tutti rilevanti ai fini della partecipazione alla gara, o perché non tutte di modeste dimensioni, cioè non possiedono da sole i requisiti richiesti per potere partecipare individualmente alla gara, e dunque pur potendo essere in astratto concorrenti non lo sono con riferimento a quella specifica gara. In tali casi, i Rti acquisiscono una valenza pro-competitiva, consentendo di sfruttare le sinergie tecniche e produttive.

Se invece i raggruppamenti temporanei d'impresa sono realizzati tra imprese che producono il medesimo bene o servizio, essi possono integrare una violazione della normativa a tutela della concorrenza, quando le singole imprese partecipanti avrebbero potuto individualmente partecipare alla gara di appalto, in considerazione della loro dimensione e della capacità produttiva disponibile.

In ogni caso, i bandi di gara non possono prevedere che i requisiti relativi alla capacità tecnica e finanziaria debbano essere soddisfatti dalle singole imprese associate nel raggruppamento, anziché dal raggruppamento nel suo complesso. Tale orientamento origina dalla considerazione che l'effettivo partecipante alla gara è l'Rti e non le singole imprese⁴¹, conformemente alla finalità, che il legislatore ha assegnato ai raggruppamenti temporanei di imprese, di associare imprese tra loro indipendenti al fine di raggiungere una capacità complessiva idonea alla partecipazione alla gara.

Tale impostazione di principio è ribadita in numerosissimi casi dall'Autorità⁴². La situazione è evidentemente diversa se ciascuna delle imprese che partecipa al raggruppamento possegga individualmente i requisiti per la partecipazione alla gara stabiliti dal bando. In tale caso, infatti, il raggruppamento potrebbe avere, se non un oggetto, quanto meno un effetto restrittivo. Mettendo insieme più potenziali partecipanti, il Rti finisce per ridurre il numero di partecipanti, a svantaggio della stazione appaltante.

L'Autorità, seguendo tale impostazione, è arrivata ad affermare che le stazioni appaltanti debbano necessariamente prevedere nel bando l'esclusione alla radice della partecipazione alla gara da parte di raggruppamenti composti da imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti per la partecipazione. In alternativa, l'Agcm ha prospettato che nel bando sia indicata una soglia massima di capacità finanziaria e tecnica oltre la quale l'impresa non può partecipare in Rti.

In linea di massima, l'Autorità ha seguito un approccio restrittivo anche nel caso di Rti sovradimensionati rispetto ai requisiti previsti nei bandi di gara, sempre qualora due o più imprese concorrenti siano in condizioni di partecipare individualmente ad una gara. In tali casi, la partecipazione congiunta potrebbe risultare giustificata da un coordinamento a monte volto ad alterare il confronto concorrenziale in sede di gara⁴³.

⁴¹ Consiglio di Stato, sentenza del 20 maggio 1992, n. 422, in «Foro Amministrativo», 1992, p. 1106.

⁴² Cfr. S489 del 1 luglio 2002 sul bando di gara relativo all'affidamento del servizio di noleggio full service di macchine fotocopiatrici digitali e dei servizi connessi; S492 del 23 luglio 2002 sul bando di gara per la fornitura di energia elettrica alle pubbliche amministrazioni e agli enti pubblici predisposto da Consip s.p.a., nonché AS251 cit.

⁴³ Tale interpretazione è stata seguita dall'Autorità nell'ambito del procedimento istruttorio sopra citato, in cui le aggregazioni a carattere nazionale poste in essere dalle imprese coinvolte risultavano volte a coordinare la partecipazione delle stesse alle gare future per l'affidamento del servizio pubblico locale, nell'ottica di proteggere il bacino storico di riferimento dell'operatore dominante già attivo in una determinata area territoriale. Tale impostazione non è seguita dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale il sovradimensionamento non è illecito di per sé,

ii) La partecipazione delle imprese controllate e collegate

Per evitare offerte provenienti da imprese solo in apparenza autonome, ma in realtà legate da vincoli interni, fattuali o giuridici, tali da poter essere ricondotte ad un unico centro di interessi, l'Autorità si è sempre mostrata favorevole all'inserimento nei bandi di gara di previsioni concernenti il divieto di partecipazione per le imprese - singole ovvero riunite in raggruppamenti temporanei di impresa o consorzi - che abbiano rapporti di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359, commi 1, 2 e 3 del Codice civile con altre imprese partecipanti, a loro volta singolarmente o in quanto componenti di Rti o consorzi, escludendo invece del tutto soggetti coinvolti in situazioni oggettive lesive della par condicio tra i concorrenti e/o della segretezza delle offerte. Tali previsioni appaiono utilmente volte a tutelare il corretto e trasparente svolgimento della gara ed a evitare che il libero gioco della concorrenza e la conseguente scelta del miglior contraente risultino alterate dalla presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi. In tal modo si è espressa l'Autorità in numerosissime occasioni.

Tuttavia, al riguardo si fa presente che con l'art. 3 della legge 20 novembre 2009, n. 166, di conversione del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, recante *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, il legislatore nazionale, nel dare esecuzione alla sentenza del 19 maggio 2009 con cui la Corte di Giustizia si è pronunciata in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 29, co. 1, della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi⁴⁴, ha modificato le disposizioni di cui agli artt. 38, co. 1 e 34, co. 2, del Codice dei contratti pubblici. Per effetto delle modifiche introdotte, la disciplina oggi vigente consente la partecipazione alla medesima procedura di gara di imprese in situazione di controllo, laddove il rapporto di controllo sia valutato ininfluente in ordine alla formulazione delle offerte⁴⁵.

Secondo quanto statuito dal legislatore italiano, la stazione appaltante dovrà, al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte, verificare se il rapporto di controllo abbia o meno influito sulla presentazione delle stesse e alla luce di tale verifica, dovranno essere esclusi i concorrenti per i quali, sulla base di univoci elementi, sia accertato che la relativa offerta è imputabile ad un unico centro decisionale.

A tal riguardo, l'Autorità con una recentissima segnalazione adottata ai sensi dell'art. 21 della l. n. 287/90⁴⁶, ha ritenuto opportuno segnalare le modalità prescelte dal legislatore nazionale per dare attuazione alla sentenza con cui la Corte di Giustizia ha ritenuto che determinasse un'ingiustificata compressione del *favor participationis* la norma nazionale che vietava in senso assoluto la partecipazione alla medesima gara di due imprese legate da un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 del c.c., dovendo viceversa tale causa di esclusione essere valutata in concreto, con riguardo

ma solo nella misura in cui si inserisca in un insieme di elementi di fatto da cui sia possibile operare una logica inferenza circa l'esistenza di una piano collusivo (cfr. decisione n. 2204/2009).

⁴⁴ Cfr. direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. La direttiva è stata successivamente abrogata dall'articolo 82 della Direttiva 2004/18/CE.

⁴⁵ Alla luce delle statuzioni del giudice comunitario, la disciplina nazionale in materia di contratti pubblici non potrebbe prevedere infatti in caso di controllo formale ex art. 2359 c.c. l'automatica esclusione dalla gara, quanto piuttosto che - stabilito il diritto alla partecipazione di tutte le imprese interessate - sia la stazione appaltante a dover accettare se l'eventuale rapporto di controllo abbia influenzato la formulazione delle offerte.

⁴⁶ Cfr. AS659, del 4 febbraio 2010, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il mercato e la concorrenza*, in Boll. 4/10.

alla possibilità che il rapporto di controllo formale definisca effettivamente l'esistenza di un unico centro decisionale in relazione alla offerte di gara.

L'art. 3 della legge n. 166/2009 (di conversione del d.l. n. 135/2009), infatti, nell'eliminare il divieto assoluto precedentemente previsto, ha disposto altresì la presentazione di una semplice auto-dichiarazione da parte delle imprese circa il fatto che il rapporto di controllo con altri partecipanti alla gara, laddove esistente, non sia atto a condizionare l'autonomia delle relative offerte; ha previsto, infine, la possibilità per le stazioni appaltanti di disporre l'esclusione di una o più imprese partecipanti, solo sulla base di una verifica successiva alla valutazione delle offerte economiche presentate.

L'Autorità, nel ribadire l'importanza generale del principio del *favor participationis*, ha segnalato al legislatore che le nuove recenti disposizioni aumentano potenzialmente il rischio collusivo rispetto al passato, in particolare laddove non garantiscono appieno la possibilità per le stazioni appaltanti di svolgere una completa e ponderata valutazione in ordine alla effettiva capacità del rapporto di controllo di influire sulla necessaria autonomia delle offerte.

In tal senso, l'Autorità ha sottolineato la necessità che, in sede di disciplina attuativa della norma, il legislatore definisca in modo dettagliato un insieme di elementi informativi minimi che le imprese debbono produrre in allegato alla prescritta autodichiarazione¹¹.

A titolo puramente esemplificativo, appare necessario che le imprese producano, oltre alle usuali informazioni sulla propria struttura societaria ed eventualmente del gruppo di appartenenza, nonché sui rapporti economici fra loro intercorrenti in particolare nei casi di rapporti di acquisto o fornitura, anche indicazioni sull'esistenza e sui contenuti di eventuali patti parasociali nei diversi azionariati. Dovrebbero pure essere fornite indicazioni di dettaglio sulla composizione dei diversi organi societari, con particolare riguardo a quelli deliberanti su scelte strategiche, inerenti la possibile sussistenza di legami personali o di compresenza degli stessi amministratori negli organi delle imprese, con conseguente presunzione di violazione del requisito della riservatezza delle offerte; infine, assume rilievo anche la sussistenza di eventuali legami finanziari, in grado di condizionare reciprocamente, pur in un contesto organizzativo basato su processi decisionali formalmente distinti, i risultati economici delle imprese interessate.

4. Alcuni dati ed osservazioni sull'attività consultiva resa dall'Autorità nei confronti di Consip

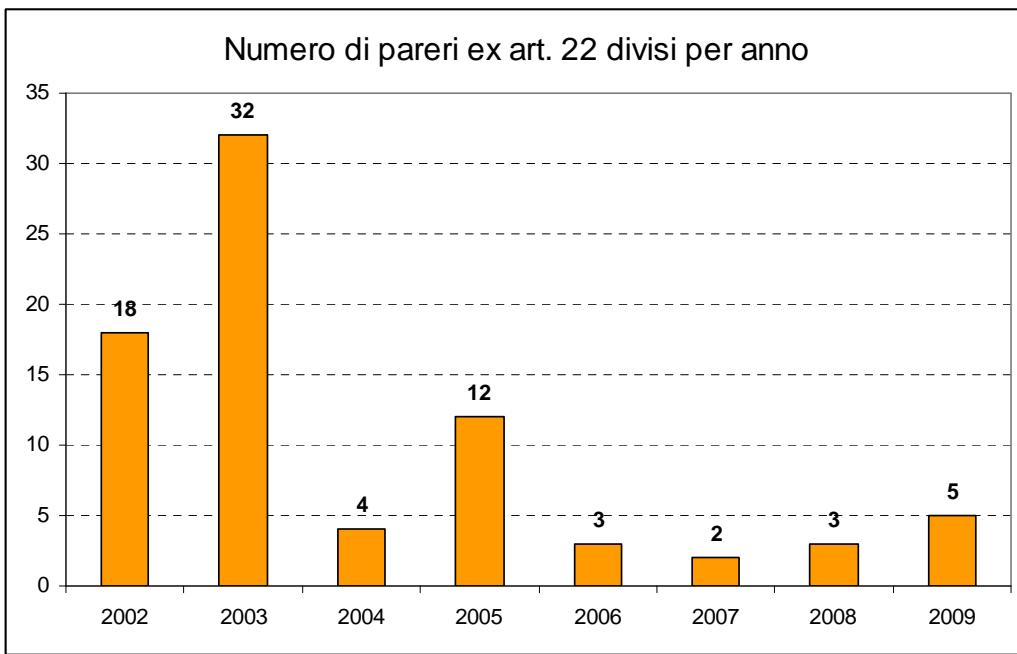
Dopo aver descritto i principi generali a tutela della concorrenza che dovrebbero ispirare le procedure di gara indette dalle pubbliche amministrazioni, di seguito si forniscono alcuni dati relativi all'attività consultiva resa dall'Autorità con specifico riguardo ai bandi di gara Consip.

Al riguardo, si osserva che a partire dal 2002 sino ad oggi, risultano essere meno di ottanta i pareri rilasciati, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90, dall'Autorità su richiesta del Ministero delle finanze, in merito alla predisposizione da parte di Consip di bandi di gara per la fornitura di beni e servizi a favore della P.A.

Di seguito, si fornisce una tabella che riporta l'attività complessiva relativa ai pareri rilasciati a Consip nei diversi settori di attività dell'Autorità, con indicazione del dato percentuale riferito a ciascuna delle categorie merceologiche ed a ciascun anno.

Categorie merceologiche	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Totale per categoria	In % per categoria
TLC	3	4	2	1	0	2	1	1	14	17.7%
Energia elettrica e gas	3	7			1		1	2	14	17.7%
Industria petrolifera		3	1						4	5.1%
Trasporti e noleggio mezzi di trasporto	2	2	1	2					7	8.9%
Industria farmaceutica		4		1					5	6.3%
Macchine per ufficio	4	1							5	6.3%
Altre attività manifatturiere	2	1		2					5	6.3%
Sanità e Servizi sociali							2		2	2.5%
Meccanica		1			1				2	2.5%
Materiale elettrico e elettronico	2	2							4	5.1%
Ristorazione	1			2					3	3.8%
Servizi vari		4		2	1			1	8	10.1%
Servizi finanziari; Assicurazioni e fondi pensione		1		1					2	2.5%
Categoria residuale	1	2		1				1	5	6.3%
Totale per anno	18	32	4	12	3	2	3	5	79	100.0%
% per anno	22.8%	40.5%	5.1%	15.2%	3.8%	2.5%	3.8%	6.3%	100.0%	

Dall'esame dei dati sopra rappresentati si evince che circa il 64% dei pareri è stato rilasciato nei primi anni di attività della Consip, ossia tra il 2002 e il 2003. Tale percentuale si è notevolmente ridotta negli anni seguenti, attestandosi su un dato percentuale medio di circa il 5%. Si può osservare solo un lieve incremento con riguardo all'anno 2005, in cui il dato medio sale al 15%. Di seguito, si riporta altresì un grafico che rappresenta l'andamento complessivo dell'attività consultiva resa dall'Agcm nei confronti di Consip, sulla base del numero di pareri resi.



Tale andamento può essere giustificato da diverse ragioni, tra le quali anche la lunga durata delle convenzioni stipulate tra Consip e le Amministrazioni per le varie categorie di forniture di beni e servizi. Tuttavia, la ragione principale che giustifica tale tipo di andamento è costituita dal fatto che Consip, attraverso la fitta attività consultiva resa dall'Agcm soprattutto nei primi anni, ha gradualmente acquisito le competenze e le conoscenze necessarie per garantire la massima partecipazione delle imprese interessate alle proprie procedure di selezione. Il raggiungimento di tale obiettivo è stato possibile attraverso la correzione da parte di Consip degli aspetti dei bandi di gara relativi alla definizione dei requisiti di accesso alla gara, nonché attraverso la corretta utilizzazione, sotto il profilo concorrenziale, di diversi istituti, quali ad esempio il raggruppamento temporaneo d'impresa, nell'ottica di consentire nuove e maggiori opportunità di partecipazione alle imprese presenti nei vari settori.

Rileva osservare altresì che a seguito del parere AS251 con il quale sono stati individuati e suggeriti i criteri generali per la predisposizione dei bandi di gara, l'attività consultiva dell'Agcm nei confronti di Consip si è notevolmente ridotta. Tale parere, di carattere generale, risalente al 2003, costituisce lo spartiacque dell'attività consultiva resa dall'Agcm nei confronti della suddetta centrale di committenza. Infatti, successivamente a tale intervento, si può osservare come, nella gran parte dei pareri rilasciati, l'Autorità ha riscontrato la sostanziale conformità dei bandi di gara e dei relativi disciplinari predisposti ai principi pro-concorrenziali espressi dalla stessa. Infatti, come confermato anche dai rappresentanti della Consip, a seguito di tale intervento di carattere generale, nonché della segnalazione S536, che ha fornito ulteriori chiarimenti in ordine all'applicazione dei suggerimenti ivi espressi ad istituti specifici, quali l'avvalimento ed il subappalto, la Consip ha iniziato a seguire i suggerimenti dell'Autorità, non risultando pertanto necessario la sistematica richiesta di parere.

In linea generale, si può osservare come attualmente vengano sottoposte al sopraindicato parere preventivo dell'Autorità solo le nuove iniziative, le iniziative il cui impianto risulta sostanzialmente modificato rispetto ad una precedente edizione già vagliata dalla medesima Autorità, le iniziative che suggeriscono per una specifica iniziativa di non recepire il parere AS251, nonché le iniziative comunque considerate di particolare rilievo dal punto di vista concorrenziale. Inoltre, si evidenzia

come molte delle richieste di parere avanzate sono state giustificate principalmente da esigenze specifiche, legate alla categoria merceologica interessata, come ad esempio accade nei settori regolamentati⁴⁷. Tale circostanza spiega altresì come la maggioranza dei pareri siano stati rilasciati con riguardo ai settori delle telecomunicazioni e dell'energia elettrica e del gas.

Infatti, come noto, la Consip bandisce gare che insistono su diversi mercati regolamentati i quali, soprattutto per quanto riguarda i settori dell'energia e del gas, sono caratterizzati da un'estrema variabilità della normativa regolatoria. Tale variabilità potrebbe in alcuni casi determinare incertezze nella definizione della documentazione di gara. Infatti, la frequenza di interventi di regolazione, spesso preannunciati attraverso la pubblicazione di documenti di consultazione del mercato, impedisce, inoltre, di avere un quadro economico di riferimento stabile nel medio e lungo-termine con conseguente possibile difficoltà nella predisposizione dell'offerta economica per la partecipazione all'appalto⁴⁸. Più in generale si rileva che, ferme rimanendo ovviamente le competenze delle singole Autorità di regolazione, i tempi di espletamento delle varie attività di controllo sul rispetto della disciplina regolatoria si dimostrano spesso non compatibili con i tempi di espletamento ed aggiudicazione della gara. Per mitigare comunque gli effetti delle modifiche della disciplina regolatoria durante l'esecuzione del contratto vengono introdotti, ove possibile, appositi meccanismi di adeguamento dei corrispettivi⁴⁹.

In conclusione, esiste, in linea di principio, una potenziale tensione tra aggregazione della domanda a livello nazionale – che dovrebbe permettere il raggiungimento di migliori economie di scala da parte dei fornitori e, quindi, costi unitari di produzione via via più bassi – e livello di partecipazione dal momento che i requisiti d'accesso diventano sempre più stringenti, influendo negativamente sul numero di partecipanti effettivi. Tuttavia, il disegno delle gare Consip, in ossequio ai principi generali sanciti dall'Autorità, persegue proprio il contemperamento dei due sopramenzionati effetti. Il compromesso viene ricercato attraverso varie precauzioni, tra cui la suddivisione dell'appalto in diversi lotti geografici e/o merceologici. Di conseguenza, si cerca di facilitare la partecipazione di imprese di grandi dimensioni, potenzialmente interessate a tutto l'appalto e quella di imprese di dimensioni inferiori che, spesso, dimostrano un interesse per frazioni (uno o alcuni dei lotti) dell'appalto.

La dimensione e il numero «ottimale» dei lotti vengono identificati da Consip seguendo un approccio «caso per caso». Le variabili che generalmente vengono esaminate sono: la distribuzione delle quote di mercato delle imprese operanti (gli indicatori sintetici sono quelli generalmente usati dalla stessa Agcm); la distribuzione geografica delle imprese (se rilevante per il servizio o la fornitura); il tasso di natalità/mortalità all'interno del mercato di riferimento (misura della dinamicità del mercato); la rilevanza delle *joint-ventures* tra imprese dello stesso mercato (al limite,

⁴⁷ Al riguardo, tra i più recenti pareri rilasciati si cita S111 del 7 gennaio 2010 – *Consip/Telefonia mobile*.

⁴⁸ A titolo di esempio si cita l'obbligo di emissione in rete di energia rinnovabile originariamente in capo ai produttori che doveva essere trasferito in capo ai vendori. L'intervento normativo preannunciato è stato rinviato, al momento, di un anno.

⁴⁹ A titolo esemplificativo per la Telefonia Fissa sono stati individuati specifici parametri di riferimento per l'adeguamento dei corrispettivi in fase di esecuzione contrattuale, quali il prezzo per «coppia simmetrica in rame in sede d'utente per Isdn Bra, Pots, Adsl, Shdsl e Vdsl» presente sull'Offerta di Riferimento Wholesale di Telecom Italia, nonché i prezzi, contenuti nell'Offerta di Riferimento Servizio Wholesale Line Rental (Or) di T.I., per la linea Pots bidirezionale, accesso Isdn Bra multipla bidirezionale e accesso Isdn Pra Gnr.

Ulteriore esempio di tali preventive azioni volte a mitigare gli impatti della mutata disciplina regolatoria è rappresentato da una delle edizioni della gara energia elettrica nella quale venne disciplinato contrattualmente il meccanismo del passaggio da 4 a 3 fasce orarie di consumo, così come poi effettivamente introdotto dal provvedimento regolamentare intervenuto in fase di esecuzione del contratto.

anche solo accordi commerciali); la natura del contratto, ossia la complessità, rilevanza dell’aspetto logistico ecc. Rimane, in ogni caso, fermo il principio – sottolineato dall’Agcm – che il numero dei lotti deve essere sempre inferiore al numero dei potenziali partecipanti.

CAPITOLO SETTIMO

LE PROCEDURE DI ACQUISTO NELLE UNIVERSITÀ

Alessandra Villa

1. Introduzione

Nel quadro normativo recentemente delineatosi, le Università - mosse dalla necessità di razionalizzare la spesa, ridurre i costi degli approvvigionamenti, sperimentare le opportunità fornite dai nuovi sistemi elettronici - si sono dotate di strumenti regolamentari con i quali hanno recepito le novità legislative in materia di procedure informatiche di acquisto.

In generale, i singoli atenei hanno inteso individuare, nell'ampio spettro delle modalità di acquisto consentite dalla normativa vigente, precise scale di priorità nell'indirizzo delle stesse in modo da contenerare le singole esigenze con gli aspetti legati alla migliore gestione globale. La materia trae le sue fonti da un quadro normativo costituito dal r.d. 18 novembre 1923, n. 2240 *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*; r.d. 23 maggio 1924, n. 827 *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*; l. 7 agosto 1990, n. 241 s.m.i. *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*¹; d.p.r. 20 agosto 2001, n. 384 *Regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia* (laddove non abrogato dal Codice dei contratti pubblici); direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi; d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE* e s.m.i.

La materia è retta dai principi, ampiamente noti, che disciplinano l'attività amministrativa (economicità, efficacia, tempestività, correttezza) e quelli comunitari (libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità). Un'attenzione particolare meritano, il principio generale di programmazione e quello di divieto di frazionamento della spesa. L'art. 11, d.lgs n. 163/2006 stabilisce che «le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici», in quanto previsti. Questa norma impone alle amministrazioni di effettuare una programmazione periodica dei propri acquisti, tenendo conto del trend di acquisto degli anni precedenti e delle esigenze conosciute e conoscibili al momento in cui si effettua la programmazione. Il principio di divieto di frazionamento della spesa, invece, previsto in funzione di prevenire e reprimere operazioni fittizie dirette a ridurre l'importo globale degli affidamenti per sottrarre le relative procedure agli obblighi discendenti dalle norme comunitarie, proibisce la suddivisione della spesa, in presenza di un approvvigionamento unitario rispetto alla funzione (ad esempio, gli arredi, di vario tipo da destinare ad una biblioteca)². In alcuni casi, adeguate motivazioni possono consentire l'acquisto frazionato anche in presenza della stessa categoria merceologica. Quest'ultima può essere individuata con riferimento al *Common Procurement Vocabulary* (Cpv).

¹ Con particolare riguardo all'art. 1 *Principi generali dell'attività amministrativa*, art. 3 *Motivazione del provvedimento*, art. 3/bis *Uso della telematica*, art. 5 *Responsabile del procedimento*.

² Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2346/2005. Siveda anche art. 29, d.lgs n. 163/2006, «Nessun progetto d'opera, né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non ci fosse stato».

Come già accennato, con l'entrata in vigore del d.lgs n. 163/2006, gli atenei si sono dotati di strumenti regolamentari che hanno incoraggiato il ricorso alle procedure informatiche di acquisto, sollecitato il ricorso a strumenti coerenti con la rapida evoluzione della tecnologia informatica³.

L'approccio culturale al tema ha puntato, almeno nella sua fase iniziale, all'enfatizzazione degli aspetti legati alla convenienza economica e alla qualità delle procedure. Gli obiettivi attesi hanno puntato, dunque, alla massimizzazione dei risparmi in termini di spesa sostenuta, semplificazione ed efficienza delle procedure di acquisto, creazione di modelli organizzativi di ateneo⁴.

Così, sotto l'egida di Consip, a partire dai primi anni di questo decennio, sono state poste in essere le basi per l'avvio di attività che hanno caratterizzato, negli anni successivi, l'area dell'università e della ricerca. Si è trattato della prima realizzazione di aste telematiche in collaborazione con alcune università (si rimanda al paragrafo 3 del presente lavoro), della diffusione di *best practice* (esperienze di utilizzo delle convenzioni Consip)⁵, della realizzazione di studi di fattibilità (analisi delle esigenze e rilevazione dei consumi per la realizzazione del primo *marketplace* di spesa specifica, «apparecchiature da laboratorio» in collaborazione con le università di Bologna e di Trento), dell'avvio di un ufficio *e-procurement* in collaborazione con il politecnico di Milano (progetto pilota per la costituzione di una struttura organizzativa interna all'ateneo a supporto delle attività di acquisto elettronico di beni e servizi), della gestione dei fabbisogni in collaborazione con l'università di Tor Vergata (progetto per la definizione dei bisogni e delle modalità di spesa delle università al fine di costruire un *benchmark* di analisi)⁶.

2. Le specificità del sistema universitario

La complessità organizzativa delle università richiede di tenere in debita considerazione le evidenze del sistema medesimo. Si tratta, dell'elevata frammentazione dei processi di acquisto, della numerosità dei punti ordinanti, della disomogeneità delle procedure, dell'accentuata diversificazione dell'*output* (didattica, ricerca, servizi di supporto), della ripartizione delle responsabilità tra organi politici e di gestione, dell'esistenza, anche per gli aspetti gestionali, di canali di finanziamento diversificati (ministeriali, entrate derivanti da attività contrattuale).

Sotto un profilo organizzativo, si distinguono le strutture amministrativo-gestionali da quelle didattiche, di ricerca e assimilate. Rientrano nella prima categoria, le aree/strutture amministrativo-gestionali affidate a dirigenti o a personale con qualifica di elevata professionalità. Sui responsabili incombono, *ex lege*, tutte le prerogative derivanti dal ruolo ricoperto. Quindi, responsabilità in operando (se svolgono funzioni di responsabile del procedimento); responsabilità in eligendo (in merito alla corretta scelta del soggetto individuato) e responsabilità in vigilando (sull'operato della persona scelta) nel caso abbiano nominato un terzo responsabile del procedimento. Invece, le strutture didattiche, di ricerca e assimilate sono riconducibili alle facoltà ed ai dipartimenti. In questo caso, i soggetti che intervengono in materia di acquisto sono: il responsabile accademico (quale, ad esempio, il direttore di dipartimento, il preside di facoltà) che incombe in responsabilità in vigilando sull'operato del responsabile gestionale, il responsabile gestionale (quale ad esempio, il segretario amministrativo di dipartimento, il coordinatore dei servizi di facoltà) che incombe in responsabilità in operando per l'attività realizzata.

³ L. Fiorentino, *La riforma delle procedure d'acquisto delle pubbliche amministrazioni*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2001, n. 1, pp. 82 ss.

⁴ I. Fabbro, *E-procurement: un passo verso una PA che lavori meglio e costi meno*, Università di Bologna, 9 maggio 2005, in www.forumpa.it.

⁵ Sul questo punto: I. Fabbro e M. Arnaboldi, *Dal confronto esterno al cambiamento interno*, in I. Fabbro, *e-Procurement: un passo verso una PA che Lavori meglio e costi meno*, cit.; L. Bertini e A. Vidoni, *Il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione – MEPA. Scenario, funzionalità e linee di tendenza*, Quaderni Consip, 2007, n. 6, p. 42, in www.consip.it.

⁶ Consip, rapporto 2003, in www.consip.it.

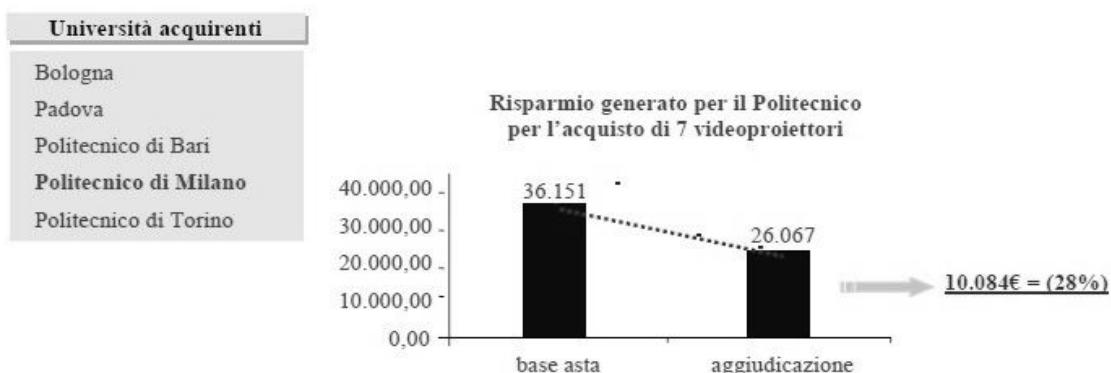
In questo quadro, il ricorso alle convenzioni è stato indirizzato, come si vedrà, all'acquisto di beni standard (o standardizzabili); le gare telematiche agli acquisti di apparecchiature tecnico-scientifiche e per strumentazione di laboratorio; il *market place* agli acquisti di importi di spesa contenuti (generalmente sotto-soglia comunitaria).

3. Alcuni risultati

L'avvio, nella prima metà del presente decennio, di procedure informatiche per l'acquisto ha visto la realizzazione di importanti e condivise iniziative. Fra queste, uno specifico progetto, intrapreso, nel 2001, da un apposito Comitato istituito con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze riferito a tutto il sistema universitario che ha fissato i principi cardine cui si sono, poi, rifatte le successive iniziative⁷ (v. tabella 1).

Tab. 1. *La prima esperienza di aggregazione tra università*

La prima esperienza di aggregazione tra Atenei risale al 2001 su input della Consip che sperimenta l'asta telematica per l'acquisto di videoproiettori



Fonte dati: A. Marrese, Seminario sul tema *E-procurement*, Università di Ferrara, Ferrara, 15 maggio 2006, in www.codau.it

Venivano, in quella sede, individuati, quali obiettivi da perseguire, l'incremento dell'economicità degli acquisti, il miglioramento dei livelli di servizio dei fornitori, la semplificazione dei processi, la diffusione di nuove tecnologie di *e-procurement*, la facilitazione dell'accesso al mercato di fornitura da parte delle imprese, la promozione di iniziative di aggregazione della domanda.

In questo ambito, sempre agli inizi del decennio in corso, la realizzazione di gare telematiche ha comportato la gestione congiunta di acquisti da parte di alcuni atenei.

⁷ Con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze è stato istituito un Comitato strategico per la promozione di più aggregazioni di università. Il progetto avviato nel 2001 comprendeva la partecipazione del Miur, della Crui, del Codau. In questo ambito fu istituito un gruppo di lavoro formato da alcune università con lo scopo di sperimentare nuove procedure di acquisto aggregate e proporre nuovi modelli organizzativi che potessero meglio rispondere all'obiettivo della riduzione della spesa per gli acquisti di beni e servizi.

Tab. 2. *Il Comitato strategico per la promozione di più aggregazioni di università (2001): le prime aggregazioni*

Il 45% delle Università italiane sono già coinvolte con la Consip in progetti specifici di varia natura



Aste telematiche	Università di Bologna, Padova, Milano, Torino, Politecnico di Bari, Politecnico di Milano
Portale	Università di Bologna, Trento
Sperimentazione marketplace	Università di Bologna, Trento, L'Aquila, Politecnico di Milano, La Sapienza di Roma
Global Service	Università La Sapienza di Roma, Università di Ancona
Mobili ed arredi didattici	Università di Bologna, Padova, Genova, Milano, Siena, Politecnico di Bari
Ufficio e-procurement	Politecnico di Milano e Università di Bologna
Gestione dei Fabbisogni	Università Tor Vergata di Roma
Incontri informativi/ formativi	Tor Vergata-Roma, IUAV-Venezia, Bologna, Macerata, Reggio Calabria, Lecce, Verona, Milano, Basilicata, Cagliari, Trieste, Milano Bicocca, Foggia, Piemonte Orien., Catania, Ancona, Genova, Aquila, Pisa, Padova, Federico II Napoli, Roma 3, Tor Vergata Roma, Ferrara, La Sapienza Roma, Politecnico Milano, Torino, Sissa Trieste

Fonte dati: Consip, Programma per la razionalizzazione della spesa pubblica per beni e servizi, *Programma Università*, in www.consip.it.

Per prime, le università di Bologna, Padova, i politecnici di Milano, Torino e Bari, tramite la modalità della trattativa privata plurima (asta *on line-round* unico), hanno aggiudicato l'acquisto di video proiettori con un ribasso del 27,89% rispetto all'importo a base d'asta.

Ancora, l'aggregazione tra le università di Bologna e Padova e il politecnico di Bari ha reso possibile la realizzazione di una gara telematica, tramite trattativa privata plurima (asta *on line-round* unico) con criterio di aggiudicazione al prezzo più basso per l'acquisto di cappe chimiche con un risparmio del 31,42% rispetto all'importo a base d'asta⁸.

Invece, nella seconda metà del presente decennio, con l'entrata in vigore della l. n. 191/2004 (che ha ripristinato l'integrale funzionamento di Consip) si è realizzata l'istituzione del Comitato di coordinamento per la razionalizzazione degli acquisti delle università e degli enti di ricerca⁹. Detto Comitato, riprendendo le tematiche ed i principi già espressi dal precedente¹⁰, si è proposto la creazione di un *network* di università, su base volontaria, anche allo scopo di creare aggregazioni di acquisti.

Sempre, nella seconda metà del decennio in corso, il politecnico di Milano, l'università Milano e Milano-Bicocca hanno formalizzato la loro aggregazione con la sottoscrizione di un apposito protocollo di intenti le cui finalità sono state individuate nello sviluppo di strumenti telematici di acquisto (gare telematiche), nell'aggregazione di voci di spesa strettamente connesse e funzionali alla realizzazione di acquisti telematici per il conseguimento di economie di scala,

⁸ I. Fabbro, *E-procurement: un passo verso una PA che lavori meglio e costi meno*, cit.

⁹ Decreto Ministero dell'economia e delle finanze, 28 ottobre 2005.

¹⁰ V. nota 7.

nell'incremento dell'efficacia e dell'efficienza delle procedure amministrative. A valle della sottoscrizione di detto protocollo, la gara telematica per l'acquisto di materiale igienico sanitario e servizi connessi ha comportato uno sconto del 22,20% sui singoli prezzi unitari messi a base d'asta. Ne è conseguito un risparmio complessivo di oltre 167 mila euro. Invece, l'acquisto di materiale librario in forma aggregata sulla base di una gara tradizionale ha coinvolto il politecnico di Torino, le università di Trento, Genova, Camerino, Insubria, Modena e Reggio Emilia, Padova, Siena ed ha comportato, per libri stranieri ed italiani, uno sconto sul prezzo di copertina del 20%¹¹.

Particolarmente significativa, è l'esperienza dell'università di Siena in tema di acquisto di arredi¹². Il caso in questione ha riguardato il completamento degli arredi da collocare presso la nuova sede di alcuni dipartimenti e le facoltà di ingegneria e di lettere e filosofia. L'ateneo ha proceduto in modo sistematico ed univoco all'acquisto degli arredi didattici e d'ufficio, coinvolgendo i presidi delle due facoltà ed i direttori di dipartimento. Gli incontri di lavoro hanno consentito il vaglio delle diverse esigenze e la valutazione delle richieste per giungere, così, ad un ordine comprensivo di tutti gli arredi necessari per più di 500 postazioni.

L'esame dei parametri qualitativi ed economici riferiti alle convenzioni del programma in essere ha dimostrato i vantaggi connessi al ricorso a tali contratti. Le aziende vincitrici della gara erano considerate, anche con riferimento a precedenti esperienze di acquisto, imprese *leader* del settore e da tempo garanzia di un buon rapporto qualità/prezzo. La spesa complessiva è stata pari a circa 415 mila euro ed ha comportato un risparmio di quasi 160 mila euro.

Tab. 3. *Stima dei risparmi ottenuti*

Tipologia fornitura	Risparmio % (media fornitori nazionali)	Stima
Sedute per ufficio	32,6	27.598,22
Arredo operativo	36,45	61.772,07
Arredo semidirezionale	28,5	6.258,42
Arredo aule	32,6	37.929,81
Audiovisivi	16,6	24.792,46
Risparmio generato		158.350,98

Fonte dati: C. Bruni, G. Meconcelli, *Le convenzioni sugli arredi*, Testimonianza resa dall'università di Siena, in www.acquistiinretepa.it.

Oltre agli aspetti sopra richiamati, occorre tenere a mente, come opportunamente evidenziato nella propria testimonianza dall'ateneo senese, i risparmi relativi alle cosiddette attività di *sourcing* (analisi di mercato, documentazione, allestimento dei capitolati, gestione della gara, spese di pubblicità, ecc.).

L'università Federico II di Napoli, invece, si è dotata di un centro di ateneo per i servizi informativi che coordina, da un lato, infrastrutture informatiche e telematiche a supporto delle attività amministrative, didattiche e di ricerca, da un altro, gestisce le tecnologie informatiche e telematiche dell'ateneo, come punto di raccordo, trasversale alla pluralità di strutture e servizi dell'Ateneo¹³. In attuazione della l. n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008), il centro ha avviato un piano per la razionalizzazione della spesa per gli acquisti di beni e servizi Ict. Le linee che si è

¹¹ A. Marrese, Seminario sul tema *E-procurement*, Università di Ferrara, Ferrara, 15 maggio 2006, in www.codau.it.

¹² C. Bruni e G. Meconcelli, *Le convenzioni sugli arredi*, Testimonianza resa dall'università di Siena, in www.acquistiinretepa.it. Le interviste riportate sono rilasciate, via via, dalle rispettive amministrazioni in occasione del *Premio MePa*, varato dal Ministero dell'economia e delle finanze. Detto premio rappresenta una occasione di confronto e scambio di esperienze sul mercato elettronico della pubblica amministrazione.

¹³ C. Durante, *Un'esperienza di razionalizzazione e ottimizzazione dei processi di spesa: l'Università degli Studi di Napoli Federico II*, in www.acquistiinretepa.it.

inteso dare assumono, la prima, carattere strategico. Essa consta nel ricorso a modelli innovativi di acquisti esterni alla pubblica amministrazione (convenzioni e mercato elettronico) e nell'ottimizzazione dei modelli organizzativi interni alla stessa pubblica amministrazione (processi *vs* procedimenti). La seconda, invece, assume carattere operativo e si realizza attraverso l'istituzione di una apposita centrale di acquisto interna (*e-shop*)¹⁴.

Il centro, fin dalla sua istituzione ha goduto di un soddisfacente successo. Nella testimonianza resa, sono stati forniti gli indicatori di spesa rilevati presso le strutture di ateneo e riferiti alle dotazioni strumentali più diffuse - personal computer, monitor Lcd 17' e stampanti laser b/n - acquistate secondo le procedure tradizionali e confrontate con i prezzi dell'*e-shop* derivanti dall'utilizzo di convenzioni e mercato elettronico.

Tab. 4. *Gli indicatori di spesa*

INDICATORI DI SPESA RILEVATI			E-SHOP da Convenzioni / MePA
PERSONAL COMPUTER			
<i>costo min.</i>	<i>costo medio</i>	<i>costo max.</i>	€330,00
153.00.00	527	992	
MONITOR LCD 17'			€128,00*
<i>costo min.</i>	<i>costo medio</i>	<i>costo max.</i>	Monitor LCD 19'
128	175	€288,00	
STAMPANTE laser b/n			
<i>costo min.</i>	<i>costo medio</i>	<i>costo max.</i>	€116,80*
80	207,34	€582,00	

Nel 2008, le strutture accreditate presso l'università Federico II di Napoli hanno proceduto ad acquisti per un importo complessivo di € 38.210,00, così distinto:

Tab. 5. *La tipologia di acquisti (anno 2008)*

Prodotti	Quantità	Costo e- shop Convenzione / MePA	Costo medio	Differenza	%
Personal Computer	71	23.430,00	€ 37.417,00	€13.987,00	37,38
Stampanti	27	3.132,00	€ 5.598,18	€2.466,18	44,05
Monitor	91	11.648,00	€ 15.925,00	€4.277,00	26,86
Totale		38.210,00	€ 58.940,18	€20.730,18	35,17

Il risparmio conseguito è stato pari a 35,17% sul costo medio d'acquisto, corrispondente ad un risparmio di spesa di € 20.730,18.

¹⁴ Cfr. www.e-shop.unina.it.

L'università di Ferrara, invece, ha operato una riorganizzazione di tutto il sistema di gestione degli acquisti a fare data dal 2006 con l'obiettivo di razionalizzare il sistema degli acquisti, ottenere delle economie di scala e utilizzare nuovi strumenti di approvvigionamento come quelli dell'*e-procurement*¹⁵.

La scelta, dunque, operata dall'università di Ferrara si è posta da un lato, nel senso della stipula di contratti unici centralizzati, da un altro, nell'esternalizzazione dei servizi. La procedura di aggiudicazione del servizio di manutenzione delle postazioni informatiche di lavoro, si è svolta in collaborazione con Consip. Le fasi affrontate insieme hanno riguardato sia la definizione del fabbisogno di ateneo (inteso in senso lato, dunque, nello spirito dell'iniziativa comprensivo dei dipartimenti) sia il lancio definitivo della richiesta di offerta sul mercato elettronico. «La scelta è caduta sull'utilizzo di questo strumento in quanto presentava il vantaggio dell'utilizzo di un bando già emanato - Ict 2009. Nell'ambito, delle condizioni generali di contratto previste dal bando, l'ateneo è riuscito ad individuare il servizio che meglio corrispondeva al proprio fabbisogno e, dunque, redatto le condizioni particolari per la specifica fornitura dell'ateneo»¹⁶. Con riferimento, invece, alle modalità di partecipazione dei fornitori, l'ateneo ha tentato, sempre con il supporto di Consip, di coinvolgere il mercato locale. Questo passaggio ha rappresentato l'occasione per le imprese, che non l'avessero ancora fatto, di procedere alla richiesta di abilitazione al mercato elettronico. L'università di Ferrara valuta in termini assai positivi i risultati cui ha condotto l'iniziativa descritta. Questo, non solo da un punto di vista strettamente economico, quanto, soprattutto, per il valore aggiunto conseguente. L'ateneo considera questa iniziativa un punto di riferimento nel panorama del mercato. La strategia posta in essere consente risparmio di tempo nello svolgimento delle singole procedure e l'utilizzo di procedure standardizzate adattabili alle proprie specifiche esigenze. In prospettiva, l'ateneo ferrarese punta allo sviluppo di servizi legati alla manutenzione delle macchine fotocopiatrici e delle altre apparecchiature da ufficio.

L'università Milano-Bicocca, ha, invece, attribuito all'ufficio dedicato all'*e-procurement* due finalità¹⁷. Da un lato, la realizzazione di acquisti sul mercato elettronico per l'amministrazione centrale dell'ateneo, da un altro, la costituzione di una struttura trainante per gli altri punti ordinanti. L'ateneo ha ancora proceduto alla realizzazione di due *focal point* dedicati, il primo, all'area dei sistemi informativi, il secondo alle altre tipologie di approvvigionamento. I vantaggi maggiormente apprezzati sono riferiti alla «velocità, semplicità di utilizzo e risparmio». I risparmi conseguiti ammontano, ad esempio, sui toner rigenerati in una misura pari al 20 %, sui toner originali pari al 40%. Ricorda, ancora, l'università nella propria intervista il vantaggio derivante dalla trasparenza delle procedure, fondamentale per la controparte ma ancor di più per le amministrazioni¹⁸.

L'università di Bologna, invece, nel 2009, sempre nell'ambito del premio MePa, è stata premiata «per essersi dotata di un sistema di diffusione [...] pervasivo e coinvolgente»¹⁹. Nella propria testimonianza, l'ateneo bolognese sottolinea i vantaggi derivanti dal monitoraggio in tempo reale «una miriade di piccoli acquisti e la possibilità di decidere, all'occorrenza, di farli in modo aggregato, con ulteriore abbattimento dei costi, così quantificati». Il numero degli acquisti effettuati nel 2008 è stato pari a 2.354. Questi sono stati condotti col sistema elettronico messo a punto dal ministero, per un totale di quasi 1,3 milioni di euro. Detti acquisti, hanno principalmente riguardato accessori informatici, cancelleria e altri materiali per ufficio. «Ancora, gli acquisti nei primi mesi del 2009 hanno subito una vera impennata, raggiungendo le 1.317 unità, con un incremento di oltre il 50 % sull'anno prima».

¹⁵ G. Michetti, *Il Mercato Elettronico dei servizi ICT, una nuova frontiera tutta da esplorare*, in www.acquistiinretepa.it.

¹⁶ G. Michetti, *Il Mercato Elettronico dei servizi ICT, cit.*, in www.acquistiinretepa.it.

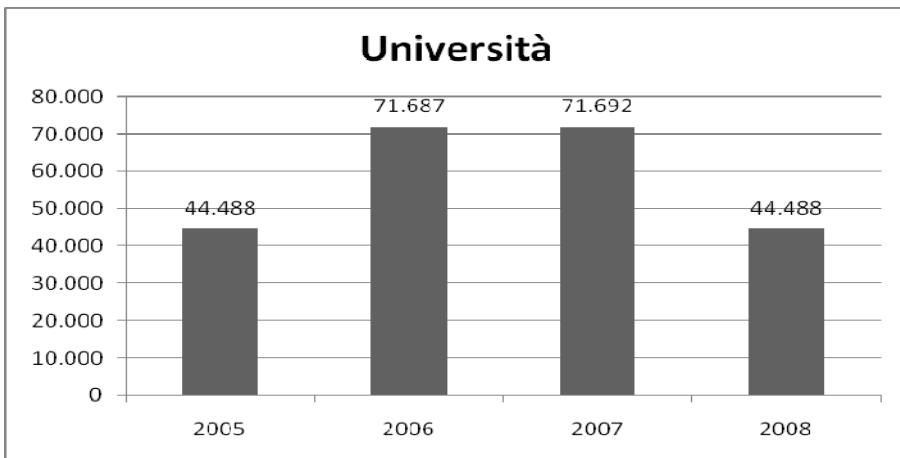
¹⁷ C. Bellantoni, *Cosa vorrei? Vorrei trovare tutto*, in www.acquistiinretepa.it.

¹⁸ C. Bellantoni, *Cosa vorrei?*, *cit.*, in www.acquistiinretepa.it.

¹⁹ I. Fabbro, *Premio MePA 2009*, in www.acquistiinretepa.it.

In un'ottica globale, la spesa complessiva sostenuta dall'università nel quadriennio 2005-2008 è illustrata nella tabella 6, sottostante.

Tab. 3.6. *La spesa sostenuta dalle università nel quadriennio 2005 - 2008*



Fonte dati : Ministero dell'Economia e delle Finanze. Le cifre espresse sono in k/euro

Sempre a livello di sistema universitario, nel 2008, le convenzioni gestite sono state complessivamente 86, di cui 20 attivate nell'anno per un volume di spesa di euro 11.929 milioni²⁰. Il sistema delle convenzioni ha consentito un notevole margine di risparmio. Nel dettaglio: telefonia fissa 58%; computer portatili 48%; fax 44%; fotocopiatrici 39%; stampanti 39%; centrali telefoniche 30%; carburanti extra rete 20%; cancelleria 15%; autoveicoli 15%; carta in risme 10%; carburanti in rete 10%; energia elettrica 10%; buoni pasto 9%²¹.

Con specifico riferimento a singole esperienze, il ricorso a convenzioni per la telefonia fissa ha comportato per l'università di Bologna risparmi nella misura del 57% rispetto all'anno precedente; per le fotocopiatrici l'università di Padova e Padova hanno conseguito risparmi nella misura del 42% sul costo di noleggio annuo; le università di Catania e Pavia hanno conseguito un risparmio del 29 % sul costo di acquisto di pc portatili²².

In conclusione, l'affermazione di strumenti e procedure informatiche per l'acquisto di beni e servizi può essere apprezzata per diversi motivi.

In primo luogo, per le risposte rese alle specificità del sistema universitario (tab. 7.). Le università, si è visto, si caratterizzano per una elevata frammentazione del potere decisionale, per un *output* particolarmente diversificato (riferito alla didattica e alla ricerca), per modalità di finanziamento plurime che ammettono differenti modalità di utilizzo e di rendicontazione.

La gestione in forma congiunta delle procedure d'acquisto ha posto in luce diversi aspetti positivi e ad alcune criticità. Indubbiamente, ha contribuito a conferire maggiore potere contrattuale alle università (quale effetto connesso alla concentrazione della domanda), comportato una razionalizzazione delle procedure di gara (convergenti in un'unica struttura), sollecitato l'orientamento al mercato (soprattutto in settori particolarmente specializzati, quali quelli dei beni librari e tecnologici, a titolo esemplificativo).

Per contro, la diversità dei modelli organizzativi, le difficoltà (e per certi profili anche la resistenza) di standardizzazione delle procedure di acquisto non hanno sempre positivamente inciso il ricorso alle procedure in questione.

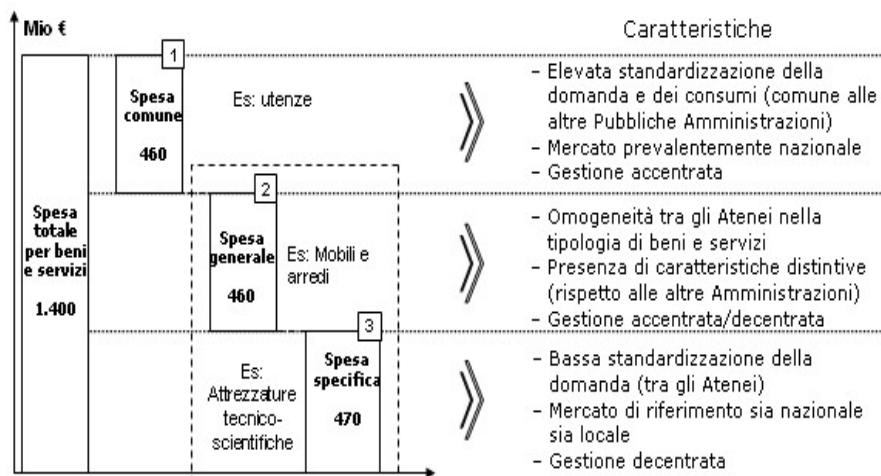
²⁰ Consip, Rapporto 2008, Roma, in www.consip.it.

²¹ Consip, Programma per la razionalizzazione della spesa pubblica per beni e servizi, *Programma Università*, in www.consip.it.

²² *Ibidem*.

Tab. 7. *Le specificità del sistema universitario e gli strumenti dedicati*

La spesa delle Università presenta un elevato grado di specificità e richiede quindi l'attivazione di iniziative e strumenti dedicati



Fonte dati: Consip, Programma per la razionalizzazione della spesa pubblica per beni e servizi, *Programma Università*, in www.consip.it.

L'ESPERIENZA STATUNITENSE E CANADESE DEL PUBLIC PROCUREMENT

Laura Zanarini

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 dedita 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.

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^o 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 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, Massachussets, Heath and Company, 1980.

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^o gennaio 1789.

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

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.

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,

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.

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.

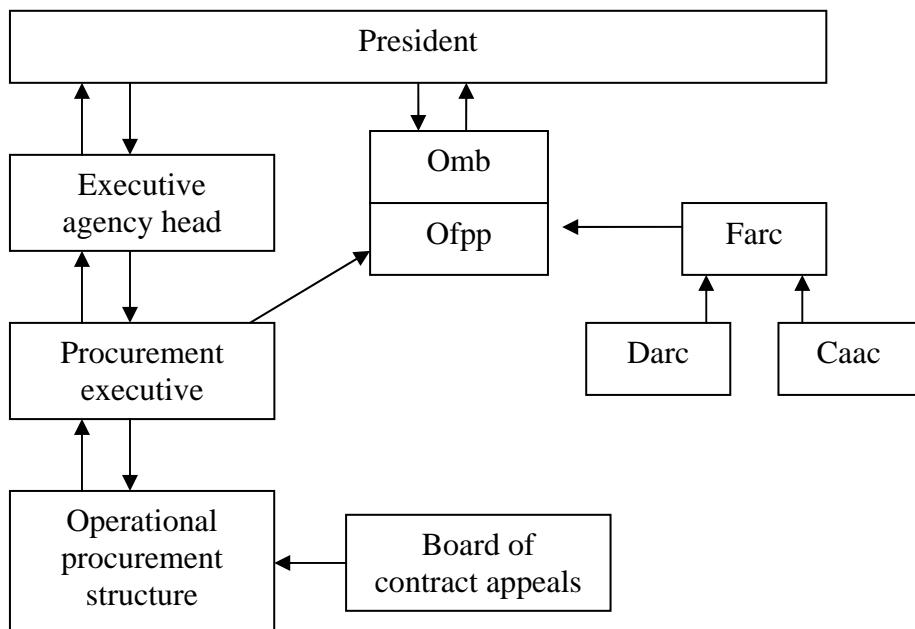


Fig. 1: La struttura esecutiva del *procurement* federale statunitense

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

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

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.

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 finisce 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,

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 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.

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 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 dall'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.

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 perseguitamento 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

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*, New York, edited by L. Knight et al., Routledge, 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, Harvard University Press, 2009, pp. 310-334.

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

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 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

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.

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.

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 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 sotto-categorie di piccole imprese.

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*, Washington, D.C., George Washington University Law School, 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*, Washington, D.C., George Washington University Law School, 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) 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.

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.

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.

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.

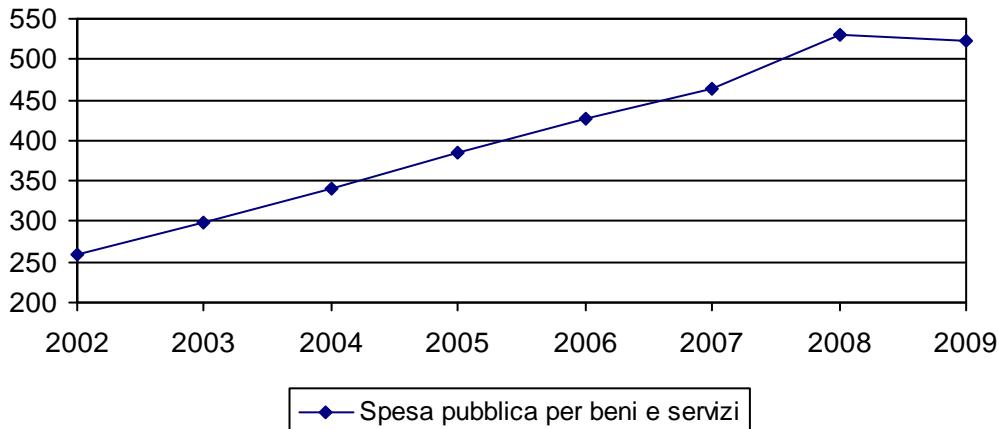


Figura 2: Andamento della spesa pubblica per beni e servizi a livello federale

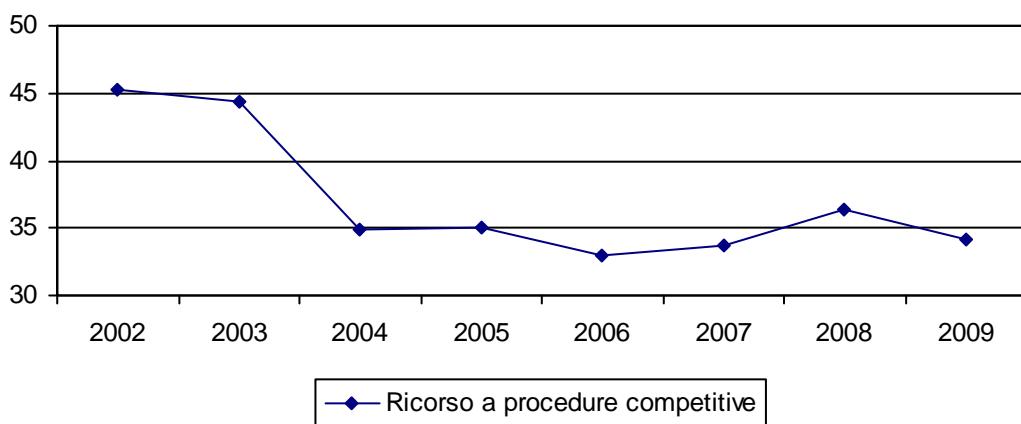


Figura 3: Andamento delle procedure con aperta e piena competizione rispetto al totale della spesa per il *procurement* federale

Il notevole incremento del ricorso a procedure non competitive, iniziato in seguito all'11 settembre 2001, ma ampliatosi 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,

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.

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.

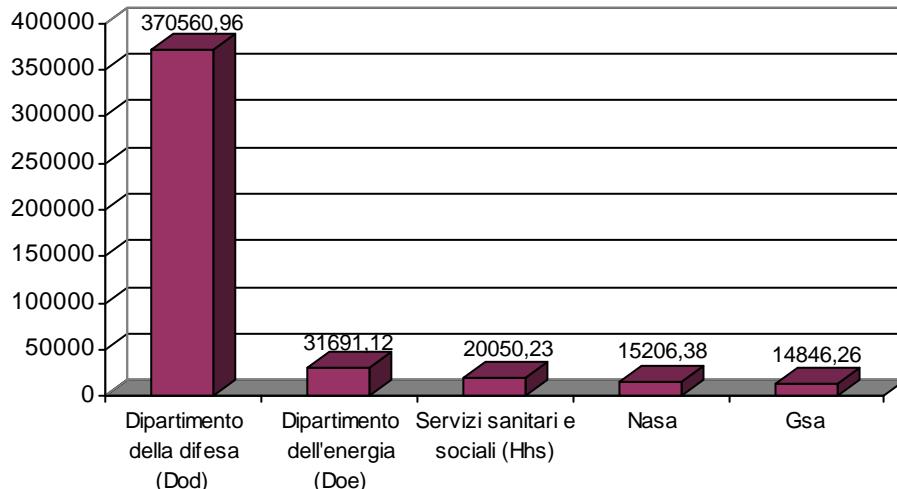


Figura 4: La spesa per beni e servizi (in milioni di dollari) sostenuta dai cinque dipartimenti federali maggiormente dediti ad attività di *procurement* (anno 2009)

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.

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.fpdsgov/fpdsg_csm.

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, Oxford University Press, 2007.

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 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.

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 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.fds.gov/fdsng_csm.

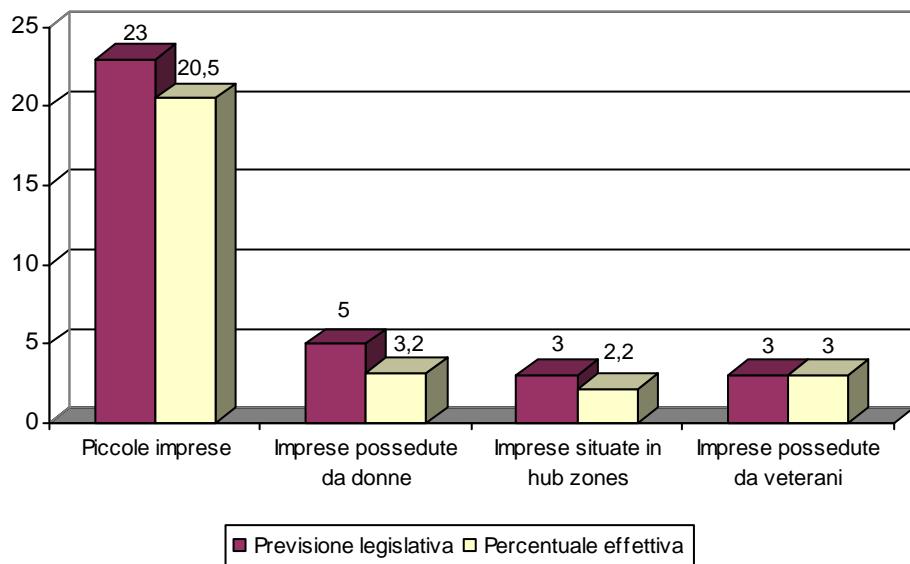


Figura 5: Livello percentuale dell'ammontare di denaro pubblico destinato alle categorie di piccole imprese, rispetto al totale dei contratti federali. Confronto tra il livello indicato dalla normativa e quello effettivo (anno 2008)

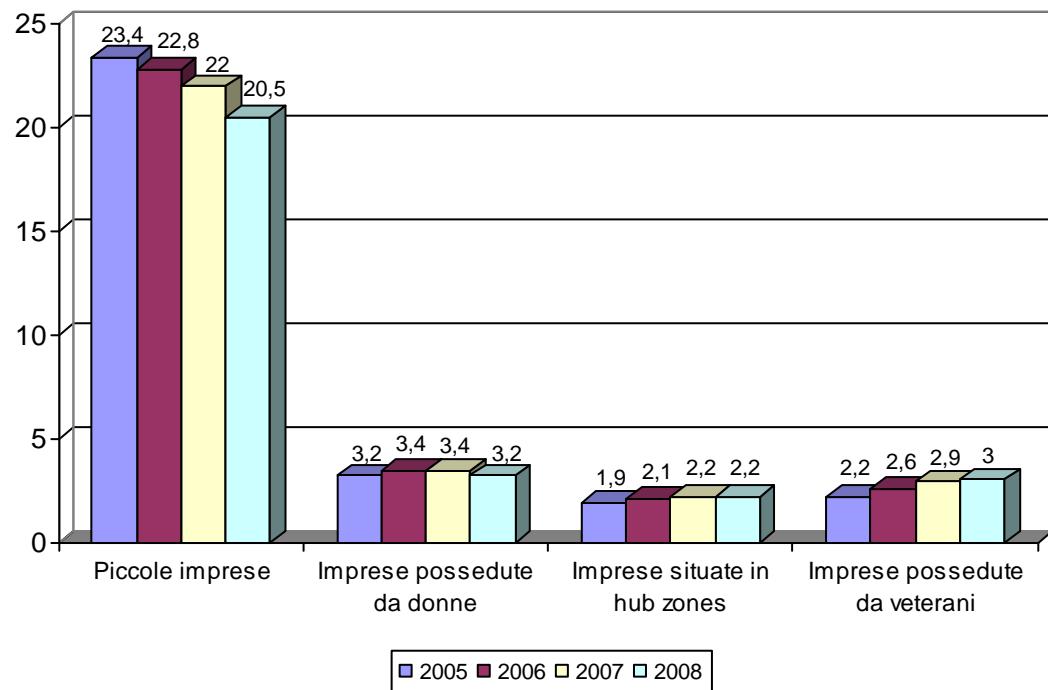


Figura 6: Andamento percentuale dei contratti con imprese rientranti nello Small business program

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*.

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

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*).

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

Trade agreement Act del 1979, le disposizioni del *Buy american Act* sono state escluse nei confronti dei prodotti provenienti dal 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.

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),

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*, Washington D.C., Springer, 2005 e S. Arrowsmith, *Government Procurement in the Wto*, New York, Kluwer Law International, 2003.

mentre le seconde afferiscono al Department of public works and government service Canada (di seguito, anche Pwgsc).

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 Pwgsc, 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 materiale 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 Pwgsc nella compravendita.

Il Pwgsc 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 Pwgsc 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 Pwgsc 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

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.

⁴³ L'elenco delle attività assegnate al Pwgsc 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.

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 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 Pwgsc, dal *Defence production Act*⁴⁹, che costituisce il riferimento normativo per ogni acquisto realizzato dal Ministero del Pwgsc 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.

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* (Ccfca), 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* 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.tpsc-pwgsc.gc.ca.

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 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 Pwgsc 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 Pwgsc 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 Pwgsc 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 Pwgsc deve assicurare che tutti i potenziali offerenti siano sottoposti alle stesse condizioni) e l'*accountability* (il Pwgsc 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* (rfs0), 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 Rfso costituisce, nell'attuale esperienza canadese, il metodo privilegiato di approvvigionamento qualora una o più amministrazioni acquistino ripetutamente gli stessi beni e/o

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.pwgsc.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.

servizi, come nel caso di alimenti, prodotti farmaceutici e di cancelleria, nonché servizi professionali.

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.

3. 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 monolingismo 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 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.

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.

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 inidonee 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.

INDICE PARTICOLAREGGIATO

Introduzione, *di Luigi Fiorentino*

- I. Acquisti delle pubbliche amministrazioni e Consip S.p.A.: luci e ombre, *di Elisa D'Alterio*
 - 1. Gli acquisti di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni
 - 2. I modi e gli strumenti di approvvigionamento
 - 3. Consip S.p.A.: l'evoluzione normativa
 - 3.1. Le attività
 - 3.2. Alcune criticità
 - 4. Le problematiche generali
 - 5. Conclusione: la via maestra
- II. La spesa per consumi finali nella pubblica amministrazione: analisi del trend delle sue componenti e ruolo di Consip, *di Gabriele Mazzantini*
 - 1. Premessa
 - 2. I dati analizzati
 - 3. I risultati dell'analisi: alcuni dati di sintesi relativi alla Pa nel suo complesso
 - 4.1. Le spese per consumi finali: le voci di costo analizzate
 - 4.2. I consumi intermedi
 - 4.3. L'acquisto di beni da produttori *market*
 - 5. L'effetto Consip sulla spesa per consumi intermedi
 - 6. Conclusioni
- III. Le centrali di committenza regionali, *di Francesca Di Lascio*
 - 1. Premessa
 - 2. Le fonti comunitarie e statali di rilievo per il livello regionale
 - 2.1 Gli accordi tra Stato e regioni sul Sistema a rete
 - 3. L'ampiezza dei poteri regionali nel vigente sistema delle competenze
 - 4. Le centrali di committenza regionali
 - 4.1. Le centrali regionali esternalizzate
 - 5. Conclusioni
- IV. Le società *in house* per i servizi strumentali. Riflessioni sull'art. 13 del Bersani, *di Christian Iaione*

1. Premessa sulle origini della proliferazione di società in house per i servizi strumentali. Un quadro storico ed economico
2. La parola del legislatore...
3. ...e la penna del giudici. A partire dal giudice comunitario...
4. ...passando per il giudice costituzionale. La legittimità costituzionale del modello e i limiti costituzionali alla libertà d'impresa delle autonomie
5. ...e finendo con il regime giuridico vivente nelle sentenze del GA. In particolare, l'ambito soggettivo di applicazione
6. L'autonomia negoziale bloccata delle società strumentali
 - 6.1. L'obbligo di "restare a casa" o... di andare all'estero
 - 6.2. L'oggetto sociale esclusivo
 - 6.3. La nullità dei contratti conclusi dalle società del Bersani
 - 6.4. Il regime transitorio. Cessione o scorporo delle attività non consentite
7. Riflessioni conclusive sull'eterogenesi dei fini dell'art. 13

V. Il ruolo dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e la centralizzazione degli acquisti,
di Massimo Macrì

1. Il ruolo dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ed il contesto normativo di riferimento dei diversi modelli di centralizzazione degli acquisti
2. Il censimento delle centrali di acquisto territoriali
 - 2.1. Alcune considerazioni conclusive sui modelli di centralizzazione degli acquisti censiti
3. Analisi dell'attività contrattuale posta in essere dai principali modelli di centralizzazione degli acquisti territoriali censiti
 - 3.1. Comparazione dei dati oggetto di indagine con quelli rilevati a livello nazionale per gli appalti di servizi e forniture
4. Analisi e stato di attuazione del "sistema a rete" delle centrali di acquisto
5. Indagini specifiche su alcune importanti procedure di affidamento adottate dalle centrali di acquisto nazionali e territoriali
 - 5.1. Gara indetta da Consip per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto
 - 5.2. Gara indetta da Lombardia Informatica s.p.a per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei

- 5.3. Gara indetta da Consip per la fornitura del servizio di *Facility Management* per gli immobili in uso alle pubbliche amministrazioni
- 5.4. Indagine sull'attività contrattuale svolta da Estav Centro nell'anno 2009
- 5.5. Gare per la fornitura di farmaci

VI. Procurement e concorrenza alla luce delle segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *di Luisa De Caro*

1. Premessa: il necessario legame tra public procurement e concorrenza
2. Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato
3. I principi generali sanciti in materia di public procurement nelle segnalazioni e nei pareri dell'Autorità
 - 3.1. Le barriere artificiose alla concorrenza negli appalti pubblici
 - 3.2. La liceità dei comportamenti di impresa nella partecipazione alle gare
4. Alcuni dati ed osservazioni sull'attività consultiva resa dall'Autorità nei confronti di Consip

VII. Le procedure di acquisto nelle università, *di Alessandra Villa*

1. Premessa
2. Le specificità del sistema universitario
3. Alcuni risultati

VIII. Public procurement e sanità, *di Elisa Pintus (in corso di elaborazione)*

IX. L'esperienza statunitense e canadese del *public procurement*, *di Laura Zanarini*

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*
 - 1.3. Il sistema normativo degli acquisti del *procurement*
 - 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
3. Considerazioni conclusive