

Appalti e concorrenza nel Codice unico sugli appalti pubblici

di Luigi Fiorentino

Relazione al Convegno “Regole e strategie per gli acquisti pubblici nel nuovo contesto normativo” organizzato dall’Università di Roma “Tor Vergata” e dalla Consip - 31 marzo 2006

Nel mio intervento cercherò di affrontare una problematica di fondo: come una migliore organizzazione e migliori strumenti di funzionamento e di gestione degli appalti pubblici possano contribuire a costruire un mercato più aperto, efficiente e competitivo.

Per rispondere, muoverò innanzitutto dall’esame di alcuni profili relativi al rapporto tra appalti pubblici e concorrenza alla luce delle principali innovazioni previste nel Codice dei contratti e nelle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004. Quindi, mi soffermerò su alcune problematiche concernenti gli strumenti di “governance” del public procurement.

Ripercorrendo le novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici e le trasformazioni indotte dalle direttive comunitarie, sembra emergere un dato: la disciplina degli appalti si presenta adesso, alla stregua di una rinnovata concezione dell’interesse pubblico, quale strumento funzionale al mercato, come passaggio obbligato per garantire la piena operatività del confronto concorrenziale inteso quale valore da promuovere oltre che da tutelare.

Le norme di procedure ad evidenza pubblica - oggi raccolte ed armonizzate nel tessuto codicistico - devono essere interpretate, integrate e attuate alla stregua dei principi che regolano e strutturano il mercato interno, rispetto al cui funzionamento il mercato degli appalti pubblici e l’efficienza della spesa pubblica, giocano un ruolo assolutamente centrale.

Competitività e trasparenza dei mercati costituiscono, infatti, un binomio inscindibile nel consentire alle pubbliche autorità di acquistare beni e servizi e di realizzare opere 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 settore.

Questo rapporto di implicazione e convergenza reciproca tra settore degli appalti pubblici e principi di libero mercato, emerge del resto in molti degli istituti contemplati dal Codice, diretti, in maniera più o meno specifica e diretta, a conformare i principi in materia di appalti pubblici agli standard concorrenziali. Tra questi ricordiamo, ad esempio, l’introduzione di: 1) un maggiore rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa; 2) un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale; 3) il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti le prestazioni contrattuali, accompagnati dall’introduzione dei (nuovi) modelli organizzativi, delle tecnologie e dei processi descritti, orientati in chiave dinamica per creare un sistema amministrativo favorevole alla concorrenza.

Il recepimento delle due direttive da parte dei singoli Stati membri (e dunque, in Italia, l'adozione del nuovo Codice) rappresenta quindi un'importante occasione per rendere il mercato degli appalti pubblici effettivamente più aperto e competitivo, sia predisponendo strumenti in grado di garantire flessibilità, libertà di azione e di scelta dell'amministrazione aggiudicataria nel rivolgere la propria richiesta al mercato, sia assicurando il pieno rispetto dei principi di parità, trasparenza, non discriminazione e concorrenza.

In particolare, l'impiego su larga scala delle nuove tecnologie nel settore degli appalti pubblici porterà maggiore efficienza all'azione amministrativa e maggiore efficacia alla commessa pubblica, consentendo, in un clima di trasparenza ed economicità delle procedure, la più ampia partecipazione (soprattutto per le piccole e medie imprese) e competizione in sede di gara.

Ecco l'utilizzo delle nuove tecnologie, oltre ai benefici in termini di efficienza, può produrre un impatto positivo sulla concorrenza. Del resto la stessa Commissione europea nella sua comunicazione sull'e-government (26/9/2003), evidenziando la complessità delle procedure in materia di appalti e l'utilizzo dei nuovi sistemi elettronici ha ritenuto indispensabile un approccio comunitario che tenesse conto della dimensione legata al mercato interno.

Le nuove tecnologie sono inizialmente considerate come strumento per facilitare il rapporto tra pubbliche amministrazioni ed imprese, ma non anche come vero e proprio mezzo di gara per l'aggiudicazione di appalti pubblici (mercato elettronico). E' stato durante l'esame della nuova direttiva che dietro la spinta di alcuni Stati membri, si è andati molto oltre questa dimensione iniziale, per arrivare nella stesura definitiva procedure e sistemi sofisticati di acquisto elettronico (e – procurement) attraverso le aste elettroniche e i sistemi dinamici di acquisizione.

La gestione degli appalti all'interno di ambienti di mercato elettronico, come previsto dalle direttive comunitarie e dal Codice, dovrebbe dunque garantire una maggiore trasparenza, economicità, rapidità delle gare, ma anche la più ampia partecipazione e dinamicità del mercato. Ciò naturalmente a condizione che l'utilizzo di queste tecniche avvenga nel pieno rispetto dei principi comunitari in materia di appalti pubblici. Vi è, altresì l'esigenza, di garantire sul piano tecnologico la completa interoperabilità ed interconnessione tra i sistemi esistenti negli Stati membri per impedire eventuali distorsioni della concorrenza.

Sul piano concreto basti pensare all'impatto di un utilizzo intelligente di queste metodologie sul tessuto imprenditoriale delle piccole e medie imprese e per creare un mercato più aperto. Molte di esse (magari collocate anche in aree marginali del paese) potrebbero avere maggiori opportunità di competere e sostenere un costo minore per partecipare a gare pubbliche (molto spesso i costi di partecipazione rappresentano una insormontabile "barriera all'accesso").

Fondamentale perché le innovazioni del Codice non restino “sulla carta” ma possano tradursi in realtà concreta è pure il ruolo attribuito agli organi di garanzia, congiuntamente preposti allo svolgimento di un costante e attento monitoraggio sul settore degli appalti e sull’effettivo conformarsi dei modelli operativi, procedurali ed organizzativi accolti dal Codice ai principi fissati dalla normativa e dalla giurisprudenza europea.

Primario, dunque, il compito assegnato dal nuovo Codice all’Autorità di vigilanza dei lavori, forniture e servizi pubblici (secondo la nozione “integrata” presentata dallo schema di decreto legislativo) ed il ruolo svolto sino ad oggi dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana, la quale in diverse occasioni si è pronunciata sul rapporto tra disciplina degli appalti pubblici e sviluppo della concorrenza, evidenziandone i nodi di maggiore problematicità.

Sul punto, tra gli aspetti più delicati - solo per citare qualche caso oggetto tanto di segnalazione agli organi di governo quanto di vera e propria sanzione – l’Autorità ha indicato il contenuto dei bandi di gara, il fenomeno del c.d. “bid rigging” (cioè la presenza di comportamenti collusivi da parte delle imprese partecipanti ad una gara d’appalto con riguardo alle modalità di presentazione delle offerte, ai prezzi ed alla spartizione concordata dei lotti disponibili) e il ricorso ai raggruppamenti temporanei d’imprese che, se sul piano economico svolgono una obiettiva funzione antimonopolistica, nella casistica dell’Autorità si presentano spesso piegati ad un uso di tipo collusivo da parte delle imprese aderenti.

L’Autorità ha, infatti, in più occasioni segnalato l’importanza che i bandi siano concepiti in modo tale da creare le “pre-condizioni” affinché il confronto tra imprese nell’ambito della gara possa essere informato a criteri di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza¹. Anche gli interventi svolti dall’Autorità in relazione a singoli bandi di gara sono numerosissimi, spesso sollecitati dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse tramite richieste di parere ex art. 22 della legge n. 287/90. Al riguardo un primo punto attiene alla individuazione dell’oggetto stesso della gara: ogni gara dovrebbe essere bandita in relazione ad una prestazione valutata nella sua interezza; occorre quindi evitare di allargare indebitamente l’oggetto del bando così da precludere, di fatto, la partecipazione ad imprese che in ipotesi potrebbero profittevolmente realizzare una sola prestazione, o di frazionare detto oggetto così da escludere le imprese estere.

Un secondo punto attiene all’individuazione dei requisiti di partecipazione alle gare: nell’individuare i requisiti di idoneità tecnica e di solidità economico-finanziaria, l’ente pubblico dovrebbe parametrarsi alle proprie oggettive esigenze e ai principi di ragionevolezza e imparzialità. Occorre cioè evitare prescrizioni che di fatto favoriscano taluni operatori rispetto ad altri quali, ad esempio, l’aver già fornito all’ente pubblico prestazioni analoghe a quelle oggetto della gara o aver

¹ Cfr. segnalazione sui Bandi di gara in materia di appalti pubblici, 28 settembre 1999 e segnalazione sui Bandi predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici – Consip S.p.A., 30 gennaio 2003).

realizzato il proprio fatturato in un mercato geografico specifico; è bene invece privilegiare criteri volti ad individuare le effettive capacità tecniche dei partecipanti.

Lo stesso dicasi per il criterio della soglia di fatturato realizzato dal partecipante che può ostacolare l'ingresso sul mercato soprattutto laddove sproporzionata rispetto all'ammontare della prestazione oggetto della gara. Quanto alle caratteristiche dei prodotti oggetto delle forniture, occorre evitare le limitazioni legate all'individuazione nei bandi di marchi o brevetti specifici.

Ulteriore punto estremamente rilevante attiene all'utilizzo degli strumenti associativi, quale i raggruppamenti temporanei di imprese (RTI). Questi possono prestarsi a strumentalizzazioni anticoncorrenziali laddove invece la loro ratio vorrebbe essere proprio quella di consentire una più ampia partecipazione alle gare. Al fine di evitare usi distorti dei RTI, l'Autorità ha espresso l'auspicio che i bandi tendano ad escludere la possibilità del ricorso alla partecipazione in RTI per quelle imprese che sarebbero già in grado di soddisfare singolarmente i requisiti tecnici e finanziari per partecipare alle gare. Occorrerebbe poi escludere la partecipazione alla stessa gara di imprese legate tra loro da rapporti di controllo o di collegamento.

Inoltre, un altro aspetto delicato nel rapporto tra appalti e concorrenza è costituito dalle modalità prescelte dagli enti pubblici per l'affidamento di servizi, lavori e forniture. Qui, si conferma il favor del legislatore e del giudice comunitario verso le procedure aperte, soprattutto con riferimento dal regime applicabile all'"in-house". L'estensione di modelli organizzativi partecipati in modo totalitario o anche solo parziale da amministrazioni pubbliche pone l'esigenza di fare chiarezza su tale ambito. L'approccio deve essere duplice. Da un lato occorre invertire la tendenza di utilizzare strumenti privatistici solo formalmente (spa a totale partecipazione pubblica) per compiti che possono essere affidati a privati o svolti all'interno dell'amministrazione. Ciò molto spesso avviene per eludere le normative in materia di contenimento della spesa pubblica e, a volta, anche le regole comunitarie in materia di appalti pubblici. Da ultimo il giudice comunitario ha preso posizione in maniera netta sui limiti e le condizioni di legittimità degli affidamenti diretti². Allo stesso modo occorre approfittare dell'occasione costituita dal recepimento delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici per confermare ciò che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e Commissione europea dicono da tempo, cioè che benché alle concessioni non risulti astrattamente applicabile la normativa in materia di appalti pubblici, anche in relazioni alle stesse dovranno trovare applicazione i principi generali di non discriminazione, parità

² Corte di giustizia 11 giugno 2005, Causa C-26/03, Stadt Halle e RPL; 21 luglio 2005, Causa C-231/03, Coname; 13 ottobre 2005, Causa C-458/03, Parking Brixen. Si vedano anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale L.A. Geelhoed presentate il 12 gennaio 2006, nella Causa C-410/04 e le Conclusioni dell'Avvocato Generale C. Stix-Hackl presentate il 12 gennaio 2006, nella Causa C-340/04. Da ultimo, si veda la sentenza Corte Costituzionale n. 29/2006 del 1/02/2006.

di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Il ricorso alla gara deve pertanto ritenersi principio di carattere generale applicabile anche alle concessioni³.

Passando al secondo punto, le innovazioni normative introdotte dalle direttive comunitarie e dal Codice devono poi trovare concreta attuazione nella vita quotidiana delle pubbliche amministrazioni, in modo da potere realizzare in concreto quegli obiettivi di apertura e di maggiore competitività del mercato degli appalti pubblici tanto auspicati. Condizione necessaria per questo è l'adozione di adeguati strumenti di "governance".

Il *public procurement* rappresenta, infatti, un'area rilevante di spesa pubblica (complessivamente, oltre il 12% del PIL nel 2003). E' interesse nazionale ricavare dal suo "governo" effetti positivi in termini sistemici e non solo come strumento per il buon funzionamento delle pubbliche amministrazioni. Non è, quindi, indifferente la variabile organizzativa, anche in considerazione del livello *multilevel* del nostro ordinamento.

Le scelte compiute nelle ultime due legislature hanno consolidato il ruolo della Consip S.p.A., anche se una "legislazione ondulante" ha impedito il formarsi di una identità chiara sia in rapporto al dilemma "obbligatorietà-volontarietà" sia rispetto al mondo delle autonomie nelle sue varie articolazioni. Ne va, quindi, rafforzata l'identità nel senso di precisarne la missione, definendo il campo d'azione.

Nel caso del *procurement*, come nel caso degli appalti pubblici in genere, occorre garantire, quindi, una *governance*, alla luce del nuovo assetto dello Stato. Quale procurement per un sistema federale: questo è il tema. E' questo uno snodo importante, è una decisione fondamentale che ha un impatto sul ruolo di Consip, sulle sue funzioni, sul rapporto tra questa ed il sistema delle autonomie. Consip deve sempre di più esaltare il proprio ruolo di struttura di coordinamento intelligente del sistema, di struttura di snodo, deve cioè configurarsi sempre meno come un "moderno provveditorato". Ma deve essere una centrale che organizza il mercato elettronico, che garantisce la interoperabilità dei sistemi di e-procurement, che aiuta le regioni e le autonomie a costruire sistemi coerenti, che permette l'utilizzo della piattaforma e favorisce la creazione di mercati elettronici territoriali. In una parola sola: deve essere motore dell'innovazione.

Per fare ciò non occorrono nuove leggi. Anzi occorre una moratoria normativa. Occorre abbandonare il mito dell'obbligatorietà, nelle sue diverse forme (soprattutto per le "autonomie"). Occorre sviluppare quelle potenzialità che anche oggi sono presenti all'interno della Consip. E'

³ Da ultimo, si rinvia alla segnalazione congiunta Autorità garante della concorrenza e del mercato e Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici "relativa alle modalità di affidamento di lavori nell'ambito di concessioni pubbliche", dove, tra l'altro, si evidenzia che la scelta dei concessionari dei lavori pubblici è stata affidata a trattativa privata per una percentuale pari all'80%, mentre la licitazione privata ha interessato solo il restante 20%.

necessario porsi nella logica del budget, della responsabilizzazione delle classi dirigenti, ben sapendo che un sistema diverso (cioè la centralizzazione per tutto il sistema pubblico) può portare alla paralisi, all'inefficienza e può creare problemi e a tensioni con il tessuto economico locale.

Occorre, in altri termini, pensare ad un “Piano strategico per l'e-procurement”, cioè ad un piano complessivo e coordinato tra i diversi livelli di governo di azioni e progetti da realizzare in tempi brevi per la concreta attuazione e implementazione di un sistema elettronico di appalti pubblici. Le autorità pubbliche devono così investire in infrastrutture tecniche adeguate e devono riconsiderare l'assetto istituzionale e organizzativo, mentre si devono adeguare le procedure e i sistemi amministrativi ristrutturando e modernizzando la gestione degli acquisti di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni. Il contesto normativo e soprattutto operativo dovrebbe così offrire agli acquirenti e ai fornitori i giusti incentivi per passare dagli appalti in modalità cartacea a quelli in modalità elettronica.

Per l'attuazione concreta, Consip deve organizzare e implementare il mercato elettronico e gli altri sistemi dinamici di acquisto. Essa, inoltre, nei rapporti con le autonomie, deve configurarsi quale agenzia o struttura di governance di un moderno “sistema a rete”, promuovendo e sostenendo la costruzione di una “rete” di piattaforme interoperabili guidate da un insieme di regole condivise sui diversi profili, in modo da eliminare il sorgere di “barriere elettroniche”. Si viene così a delineare in prospettiva un nuovo disegno per un “Sistema di procurement nazionale” caratterizzato dalla presenza di più soggetti ai diversi livelli di governo e complessivamente vincolato dalla presenza di procedure cogenti atte a garantire una ampia pubblicità riguardo alle decisioni di procurement delle amministrazioni e ai loro effetti.

Sotto questo profilo l'espansione dell'utilizzo degli strumenti elettronici per l'acquisizione di beni e servizi (e-procurement) e, più in generale, il buon funzionamento del sistema degli appalti pubblici può rappresentare, anche in raccordo con strutture locali, non solo uno strumento tecnico ma anche l'occasione per modernizzare e riorganizzare i processi di acquisto e per implementare un nuovo e più proficuo sistema di relazioni tra imprese e pubbliche amministrazioni, in ultima analisi per rafforzare la competitività complessiva del sistema Paese.