

INTRODUZIONE

Il presente scritto ha l'intento di analizzare, attraverso l'esame dei diversi interventi normativi, la preoccupazione del legislatore, recettore delle direttive europee, di introdurre norme che regolamentino la qualificazione delle stazioni appaltanti, che operano con la loro attività contrattuale pubblica nell'ambito della scelta del contraente, il tutto in considerazione della necessità che ogni attività della pubblica amministrazione rimanga finalizzata alla cura degli interessi della collettività.

Assume, allora, rilevanza il nuovo “codice dei contratti pubblici” entrato in vigore (art. 220) il 19 Aprile 2016 con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del D. Lgs n. 50 del 18 aprile 2016, decreto emanato per recepire le direttive del 2014 dell'Unione Europea nn. 23, 24 e 25.

Tale codice, infatti, dall'articolo 37 all'articolo 43 detta norme di fondamentale importanza in materia di stazioni appaltanti, introducendo statuizioni di razionalizzazione e qualificazione delle medesime.

Il nome molto lungo del predetto codice è il seguente, “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 204/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”. Tale nome si discosta tanto da quello richiesto dalla legge delega (codice degli appalti pubblici e delle concessioni) quanto da quello suggerito dal Consiglio di Stato (codice dei contratti pubblici). Il soprannome di “nuovo codice dei contratti pubblici” gli deriva dall’ art. 120 comma 2-bis del codice del processo amministrativo.

L'emanazione del nuovo codice è stato il risultato di un lungo e difficoltoso processo, durato quasi due anni, rivolto all'attuazione della legge delega

(11/2016) che richiedeva non soltanto il recepimento delle direttive europee, ma anche un intervento diretto a portare ordine nella disciplina della materia dei contratti pubblici, materia caratterizzata da numerose problematiche.

Molte sono le perplessità suscitate dal nuovo Codice, prima fra tutte il difficile e incerto tentativo di riuscire a conciliare le esigenze di semplificazione e flessibilità richieste o, più precisamente, imposte dal legislatore comunitario e anche dallo stesso mercato con l'introduzione di una disciplina normativa più incisiva di lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata, disciplina, tra l'altro, in contrasto e, in un certo senso, non rispettosa del divieto di "gold plating" introdotto dall'art. 1 della legge n. 11 del 28 gennaio 2016, divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee da recepire.

Altrettanto delicata è la scelta di sostituire il collaudato meccanismo regolamentare di attuazione con linee guida e altri provvedimenti (circa 50) di soft law, la cui efficacia vincolante e la cui tenuta giurisdizionale costituisce ancora un profilo tutto da valutare, anche se la ragione del ricorso a norme prive di efficacia vincolante diretta risiede nell'esigenza di creare una disciplina flessibile, in grado di essere plasmata e adattata alla rapida evoluzione che caratterizza certi settori, come quello dei contratti pubblici.

Il nuovo Codice entra in vigore abrogando il D.lgs. 163/2016, il Regolamento di attuazione n. 207/2010 nonché altre disposizioni incompatibili e, altresì, introducendo una disciplina innovativa del sistema, che, tuttavia, conserva alcuni elementi imprescindibili del precedente come, per esempio, il sistema già contemplato delle centrali di committenza. Ciò nonostante, il nuovo codice interviene direttamente su tale sistema con elementi innovativi indirizzati a razionalizzare quella grande platea di stazioni appaltanti presenti nel panorama nazionale non soltanto attraverso l'aggregazione ma anche mediante l'utilizzo di una delle previsioni più importanti del codice, **la**

qualificazione delle stazioni appaltanti, fulcro del codice degli appalti e materia di studio del presente lavoro.

Molte sono le novità introdotte, tra esse assume importanza il ruolo centrale assegnato all'ANAC (legge delega 11/2016) che, attraverso le *sue linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante*, dovrà perseguire l'ambizione codicistica consona all'adozioni di atti di soft law, sui quali, avrà il compito di vigilare dovendo anche occuparsi della qualificazione delle stazioni appaltanti. E' evidente l'intenzione del legislatore delegante di prevedere uno strumento più flessibile del regolamento, in relazione al procedimento di adozione, ma dotato di uguale efficacia vincolante, *fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*.

Non di meno conto, oltre all'aggregazione delle committenze e alla qualificazione delle stazioni appaltanti, è l'introduzione, in nome dell'efficienza e della semplificazione, di determinati obblighi per le stazioni appaltanti contenute in disposizioni riguardanti la trasparenza, intesa come rimedio alla corruzione, la digitalizzazione dei processi, la tutela delle micro-piccole-medie imprese, che costituiscono, quale risorse da tutelare e valorizzare, la parte più importante del tessuto italiano ed europeo.

Lo strumento chiave, che ha rivoluzionato e razionalizzato l'intero sistema, è rappresentato proprio dalla qualificazione delle stazioni appaltanti. L'idea di fondo sulla quale si basa siffatta normativa è che l'inefficienza si annovera in maniera particolare nelle piccole stazioni appaltanti dislocate sul territorio e, tra l'altro, non adeguate a livello di strutture e non competenti in termini professionali. Per quanto circostanziato, la **qualificazione delle stazioni appaltanti** costituisce una delle più importanti innovazioni del d.lgs. n. 50/2016, dato che il possesso della qualificazione condiziona gli adempimenti

successivi delle stazioni appaltanti pubbliche.

La qualificazione è, dunque, volta ad introdurre una graduazione a livello di professionalità, eliminando le stazioni appaltanti inadeguate. Da uno studio del 2009 sugli sprechi che avvengono nell'acquisizione di beni e servizi per la Pubblica Amministrazione, dovuti a corruzione (cd. active waste) e a incompetenza (cd. passive waste), è emerso che l'82% degli sprechi è dovuto proprio all'incompetenza dei procurer. In particolare, se gli amministratori sono "benevolenti", un aumento della criminalità dovrebbe indurre ad optare per i canali centralizzati, al fine di limitare gli accresciuti rischi di inefficienza (passive waste) che altrimenti si configurerebbero; d'altra parte, ove un accresciuto livello di criminalità comporti la "cattura" delle scelte degli amministratori, potrebbe invece osservarsi una maggiore propensione a mantenere procedure di approvvigionamento decentralizzate, al fine di accaparrarsi parte dei benefici derivanti dall'estrazione delle relative rendite (activewaste).

Si tratta, in realtà, di un rivoluzionario strumento diretto a qualificare le stazioni appaltanti, modellato su quello degli operatori economici (art. 37 e 38). Per effetto dell'istituzione presso l'ANAC di un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza nonché per l'inserimento nel predetto elenco le stazioni appaltanti dovranno dimostrare di avere determinati requisiti di qualità, efficienza e professionalizzazione. Il sistema di **qualificazione**, in stretto collegamento con la tipologia e la complessità del contratto e con le fasce di importo, terrà conto di prestabiliti requisiti di base e altrettanti determinati requisiti premianti (art. 38, co. 4).

Lo scopo del presente lavoro, è cercare di capire se e come le diverse innovazioni apportate dal legislatore permetteranno concretamente di perseguire gli obiettivi preposti, attraverso l'analisi delle soluzioni normate.

CAPITOLO I

LE AGGREGAZIONI DELLE COMMITTENZE, CENNI STORICI: DALLE ORIGINI AL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo anteriore alla nascita del fenomeno – 2. Direttive 17/CE/04, 18/CE/04 e il codice del 2006 (D.Lgs 12 Aprile 2006, n. 163) – 3. Gli obiettivi principali delle direttive comunitarie 23,24,25/UE/2014: flessibilità, semplificazione ed efficienza, prevenzione dell'illegalità e *governance* – 4. La centralizzazione delle committenze nelle nuove Direttive sugli Appalti Pubblici – 5. La Legge Delega 11/2016: l'oggetto del disegno di legge di delega e i criteri direttivi – 6. Il D.Lgs 18 Aprile 2016, n. 50: “Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici” - 7. Decreto correttivo 19 aprile 2017, n. 56

1. Il quadro normativo anteriore alla nascita del fenomeno

Le amministrazioni pubbliche, quali soggetti dell'ordinamento, godono di capacità giuridica generale e, quindi, possono stipulare qualunque tipo di contratto contemplato dal codice civile. La loro autonomia privata, tuttavia, nell'esercizio dell'attività contrattuale non può esplicarsi in senso pieno, essendo sotteso all'esercizio la tutela dei più disparati interessi della collettività.

L'istituto della centrale di committenza si colloca a pieno nell'ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, precisamente nell'ambito della scelta del contraente. Si tratta di un modulo organizzativo gestionale attraverso il quale l'amministrazione gestisce una pluralità di commesse nell'interesse e a vantaggio di più di stazioni appaltanti o altri enti aggiudicatori. Come il d.lgs. 163/2006 specifica, esse sono amministrazioni aggiudicatrici che *acquistano forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o ad altri enti aggiudicatori o aggiudicano appalti pubblici o concludono accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o ad altri enti aggiudicatori.*

Del resto, la funzione acquisti riveste un ruolo fondamentale cui dedicare particolare attenzione da parte degli Stati, poiché la spesa per beni, servizi e lavori interessa un considerevole quantitativo di risorse pubbliche, ed è spesso inclusa tra gli ambiti sottoposti a procedure di controllo sui costi degli apparati amministrativi.

La previsione del sistema della centrale di committenza, nell'ambito della disciplina comunitaria inizialmente e del Codice successivamente, rappresenta il recepimento a livello comunitario di una serie di esperienze avviate in vari Stati membri tra cui anche l'Italia.

Il fenomeno dell'aggregazione dei contratti pubblici, però, ha incominciato ad apparire nel nostro ordinamento già prima dell'avvento del "vecchio" codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ; già prima,

infatti, che il codice del 2006 recepisce la direttiva 18/CE/04, era prevista la possibilità per gli enti locali di riunirsi in consorzi o di stipulare accordi quadro, coordinando funzioni e servizi in uffici comuni.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore europeo prima e quello nazionale poi verso la scelta di porre in essere una concentrazione in capo ad un unico soggetto delle prerogative e dei compiti propri delle stazioni appaltanti sono molteplici, tra queste di sicuro assumono rilievo determinante non soltanto l'obiettivo di attuare un contenimento della spesa pubblica ma anche quello di porre in atto un incremento di efficienza ed economicità nella gestione delle commesse delle PP. AA.

Il risparmio di spesa atteso è da ricollegare alla circostanza che le centrali di committenza riescono in linea di principio, in quanto aggregatori della domanda dotati di un peso contrattuale più elevato rispetto a quello altrimenti spendibile dalle singole amministrazioni che vi ricorrono, a ridurre i costi di gestione delle gare ed ottenere prezzi unitari vantaggiosi. La logica è in sostanza quella di realizzare, in corrispondenza di un aumento del volume degli acquisti, economie di scala che consentirebbero di soddisfare esigenze e garantire prestazioni normalmente precluse dalla presenza di costi fissi elevati.¹

Si vuole, in questo modo, realizzare una migliore performance della pubblica amministrazione quale soggetto acquirente, *buyer pubblico*, attraverso la centralizzazione delle committenze e la sua spiccata professionalizzazione, così da garantire maggiori garanzie per i venditori offerenti, si tratta, a ben vedere, quanto richiesto dalla Commissione europea con la Raccomandazione 2017/1805 del 3 Ottobre 2017.

Non di meno conto è il contributo che una centrale di committenza di alta professione, cui fare riferimento, possa apportare a quegli enti locali e a quelle

¹L. R. PERFETTI. *Codice dei contratti pubblici commentato*. WoltersKluwer, II Edizione.

amministrazioni di ridotte dimensioni che non hanno personale competente o che presentano una carenza di personale, sì da non poter affidare ai propri funzionari il compito di dedicarsi alle particolari ed onerose procedure ad evidenza pubblica.²

Un'altra preoccupazione della richiamata Raccomandazione UE era quella di *“incentivare e promuovere lo sviluppo e l'adozione di strumenti informatici accessibili in grado di semplificare e migliorare il funzionamento dei sistemi di appalti pubblici”*; è solo con la centralizzazione delle committenze che può essere raggiunto un ottimale utilizzo delle tecnologie informatiche che garantiscano semplificazione e minore onerosità delle procedure (non a caso la Consip nasce proprio come società di servizi informatici).

Naturalmente non mancano i profili di criticità: vi è chi, ad esempio, evidenzia il rischio di ostacoli all'ingresso delle piccole e medie imprese, che spesso non sono attrezzate per fare fronte a domande di acquisto di ingenti dimensioni; ulteriore rischio è quello delle pressioni che possono essere esercitate indebitamente sulle centrali di committenza in virtù della loro capacità di influenzare grandi volumi d'acquisto di lavori beni e servizi, con conseguente pericolo di collusioni e influenze indebite e di monopolio o oligopolio dal lato dell'offerta e della domanda; infine, c'è chi paventa una standardizzazione delle qualità dei prodotti ed evidenzia la necessità di adottare misure che garantiscano comunque un ambiente competitivo tra le imprese offerenti.

In definitiva possiamo comunque affermare che i vantaggi della centralizzazione sembrano essere oggettivamente maggiori.³

Si vogliono ripercorrere, ora, brevemente le fasi che hanno caratterizzato

²CARANTA (2008). *Le centrali di committenza*, in *Trattato sui contratti pubblici*. A cura di Sandulli, De Nictolis, Garofoli, Milano.

³A. DI FEO. *Centrali di committenza, qualificazione delle stazioni appaltanti e tutela della concorrenza in Italia e nel Regno Unito*. *Urbanistica e appalti*, 1/2019, pag. 33 a 45.

tale settore in Italia al fine di poter comprendere l'attuale sistema del *procurement* delle amministrazioni pubbliche.

La prima forma più vicina al sistema delle centrali di committenza appare nel 1870, quando viene istituito, presso il Ministero dell'Industria, un Economato Generale⁴, quale unità organizzativa a carattere generale per l'intera amministrazione dello Stato cui attribuire la gestione e la regolamentazione di tutte le attività legate all'approvvigionamento di beni e servizi necessarie al funzionamento dell'apparato statale. Ma l'attività del predetto economato, a causa dell'eccessivo aumento delle forniture richieste, fu oggetto di frammentazione attraverso la costituzione di Ragionerie Centrali presso i diversi ministeri e la evasione delle mansioni identificate proprie dell'Economato presso le singole amministrazioni centrali.

L'amministrazione del dopoguerra, con il crollo del fascismo, rimase pressoché immutata soprattutto a livello centrale, nonostante la crescita in maniera consistente dell'apparato della pubblica amministrazione durante il regime di Mussolini.

Solo a partire dagli anni Ottanta, con il potenziamento delle strutture periferiche dello stato, il ruolo del Provveditorato Generale dello Stato, nato nel 1923 in sostituzione del sopra richiamato Economato Generale, cambiò. La sua funzione iniziale (competente per l'acquisto di beni e servizi per il funzionamento delle amministrazioni statali) regredì progressivamente, limitandosi sempre più a soddisfare esigenze di carattere generale e lasciando largo spazio all'autonomia delle singole amministrazioni.

Il primo effettivo tentativo di invertire le tendenze in atto nella Pubblica Amministrazione si ebbe soltanto negli anni Novanta, quando ci si rese conto che le esigenze di sviluppo del Paese richiedevano alle Amministrazioni Pubbliche, capaci di elaborare e attuare politiche efficaci, di migliorare la

⁴G. MELIS (1961). *Storia dell'amministrazione Italiana*, il Mulino, Bologna.

qualità dei servizi offerti e di conseguire un significativo recupero di efficienza.

È proprio per queste ragioni che in occasione della Legge Finanziaria del 2000 (488/1999) si sviluppò l'esigenza di mettere a punto un meccanismo in grado di garantire un uso oculato delle risorse, attraverso un nuovo sistema per l'acquisto di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni. E' quanto viene statuito nell'art. 26, che attribuisce al Ministero dell'Economia e delle Finanze, anche attraverso strutture dedicate, quali ad esempio Consip S.p.A. ("modello Consip"), la funzione di stipulare convezioni in base alle quali le imprese fornitrici prescelte si sarebbero impegnate ad accettare ordinativi di fornitura sino alla concorrenza di un quantitativo di beni o servizi predeterminato.⁵

Con il Decreto ministeriale del 24 febbraio 2000 il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), attuando la Legge finanziaria per il 2000, affida alla Consip, Concessionaria Servizi Informativi Pubblici, l'attuazione del Programma per la razionalizzazione degli acquisti nella P.A.

In questo modo le Pubbliche Amministrazioni, sulla base delle convezioni stipulate, potevano emettere ordinativi di forniture attraverso tali strutture dedicate e la Consip divenne in questo modo la prima centrale di committenza del panorama italiano, dato che le veniva demandata la gestione del processo d'acquisto mediante aggregazione della domanda della Pubblica Amministrazione, in modo da ridurre le tempistiche e i costi.

L'individuazione della Consip non fu casuale, la società, per la sua funzione iniziale, permetteva, oltre al riordino degli assetti amministrativi, l'utilizzo delle nuove tecnologie, gestendo così in maniera efficiente e innovativa il processo di spesa.

Il modello Consip rappresentò una novità assoluta nel panorama della

⁵ ACOCELLA (2017). *Aggregazione e centralizzazione delle committenze*. In *Codice dei contratti pubblici commentato*. A cura di L. Perfetti, WoltersKluwer, II edizione.

Pubblica Amministrazione italiana. L'azienda si occupava, infatti, della fase di ideazione strategica dei progetti che le erano affidati, in accordo con MEF che le forniva strategie e indirizzi, attraverso un sistema di risorse umane che vantava competenze di alto livello sull'organizzazione, i processi e i sistemi informativi della P.A.. Le fasi attuative dei progetti erano svolte, invece, ricercando sul mercato le soluzioni più idonee a garantire la massima efficacia ed economicità delle attività. Consip rappresentava, dunque, anche un'"amministrazione aggiudicatrice", che definiva, realizzava e aggiudicava gare d'appalto per conto delle amministrazioni.

Le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato erano tenute ad utilizzare le convezioni stipulate dalla Consip ex art. 26, mentre le restanti amministrazioni avevano solo la facoltà di aderirvi; qualora però decidessero di non usufruirne erano tenute a utilizzare i parametri di qualità e prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto delle convezioni.

Il sistema ebbe particolare successo, per questo motivo il legislatore, prima con la Legge Finanziaria 2001 (388/2000) poi con la Legge Finanziaria 2002 (448/2001), ampliò progressivamente l'utilizzo dello strumento delle convezioni quadro.

La logica di fondo era quella di diffondere il modello alle altre amministrazioni pubbliche, promuovendo l'aggregazione di centri d'acquisto specializzati su categorie merceologiche settoriali.

Il massimo sviluppo di tale sistema si raggiunse con la Legge Finanziaria 2003 (289/2002). Tale legge prevedeva all'art. 24 l'obbligo per tutte le amministrazioni di effettuare acquisti esclusivamente mediante le convezioni Consip; i soli enti locali potevano procedere ad acquisti in maniera autonoma, ma in ogni caso adottando i prezzi delle convezioni Consip come base d'asta al ribasso.

Nell'art. 24 venne abbassata la soglia, a 50.000 euro, al di sopra della quale

le amministrazioni dovevano applicare *le modalità previste dalla normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria* in materia di acquisizione di beni e servizi e si rafforzò il ruolo di Consip S.p.A.

Non poche furono le polemiche suscitate dalla disposizione contenuta nell'art. 24, soprattutto in relazione alla necessità di garantire l'autonomia gestionale delle amministrazioni, autonomia, invece, inesistente di fronte all'estensione dell'obbligo di utilizzo delle convenzioni Consip.

Del resto un tale sistema non comportò benefici per tutti gli operatori economici. L'obbligo di ricorrere alle convenzioni causò forti tensioni con il tessuto economico locale ed in particolare con le piccole e medie imprese, che difficilmente riuscivano ad aggiudicarsi le gare bandite da Consip.⁶

Gli interventi normativi susseguitesì nel corso del 2003 e del 2004 hanno fatto registrare rispettivamente una decisa attenuazione della cogenza, e un successivo rilancio del modello.

Nell'estate del 2003 si ritenne opportuno intervenire modificando l'art. 24 della finanziaria del 2003, in modo da consentire agli enti pubblici, alle società pubbliche, ai concessionari di pubblici servizi, nonché alle amministrazioni pubbliche (ad eccezioni di quelle statali) di stipulare ogni tipo di contratto senza dover necessariamente utilizzare le convenzioni definite da Consip, qualora il valore dei costi e delle prestazioni dedotte in contratto fosse stato uguale o inferiore a quello previsto dalle stesse convenzioni definite da Consip.

Tale tendenza venne ribadita con la Legge Finanziaria 2004 (350/2003), la quale limitò l'oggetto delle convenzioni stipulate da Consip al solo acquisto di beni e servizi con "rilevanza nazionale", sottolineando, peraltro, che le amministrazioni statali non avevano più l'obbligo di aderire alle convenzioni, ma solamente la facoltà di ricorrervi o di utilizzare i parametri di prezzo-

⁶ZUCCOLOTTO, MINGANTI (2007). *Evoluzione storica del processo di acquisto delle pubbliche amministrazioni*, in *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. A cura di Fiorentino, Bologna.

qualità relativamente all'approvvigionamento dei medesimi prodotti.

La modulazione, come si è visto, instabile, del ricorso alle convenzioni Consip in termini di obbligo o semplice facoltà⁷ involge la delicata questione dell'imposizione di limitazioni all'autonomia di spesa di enti diversi da quelli statali. L'estensione a questi ultimi di “modelli di contratto centralizzati” e lo stesso vincolo di adozione del prezzo ivi stabilito come base d'asta per gli acquisti autonomi, ha determinato, per esplicita ammissione della Corte dei Conti, un riassorbimento al centro di una serie di aspetti che, nel quadro competenziale ridisegnato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, sarebbe spettato alle Regioni ed enti locali regolare.⁸

Questo era il panorama prima della nascita della centrale di committenza, per cui può affermarsi che la centrale di committenza fosse una figura già contemplata dall'ordinamento italiano, la Consip infatti, ancor prima del recepimento delle direttive europee emanate nel 2004.

2. Direttive 17/CE/2004, 18/CE/2004 e il codice del 2006 (D.Lgs. 12 Aprile 2006, n. 163)

Il settore del procurement pubblico riceve un forte rinnovamento a livello gestionale dal modello Consip attraverso l'introduzione delle “convenzioni quadro”, un rinnovamento tale da far assumere il ruolo di leader europeo

⁷B. G. MATTARELLA (2016). *La centralizzazione delle committenze*. Giornale di diritto amministrativo, pag. 613 a 620.

⁸In particolare la l. 23.12.2005, n. 266 disponeva che le aggregazioni di enti locali e di enti decentrati di spesa espletassero le funzioni di centrali di committenza in favore di amministrazioni ed enti regionali o locali aventi sede nel medesimo ambito territoriale, e fossero chiamate ad operare una valutazione di opportunità riguardo all'alternativa tra aderire alle convenzioni Consip o procedere in via autonoma nel rispetto di parametri di qualità prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento.