



Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture¹

21 maggio 2007

Gian Luigi Albano, Laura Carpineti, Federico Dini, Luigi Giamboni, Federico Russo e Giancarlo Spagnolo

Executive summary

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici (Dlgs 163/2006), recependo la Direttiva Europea sugli acquisti (2004/18 CE), rende disponibili, per le Stazioni Appaltanti, nuovi istituti in grado di garantire una maggiore flessibilità negli acquisti pubblici. Flessibilità che, tuttavia, deve essere esercitata in modo appropriato.

Nel presente documento è stata condotta un'analisi economica esplorativa dei quattro principali nuovi strumenti: Accordi Quadro, Sistema Dinamico di Acquisizione, Dialogo Competitivo ed Asta Elettronica.

Si sono considerate le determinanti della scelta tra Accordi Quadro completi ed incompleti e di quella tra Accordi Quadro con un solo aggiudicatario e Accordi Quadro con più aggiudicatari.

¹ Ringraziamo tutti colleghi di Consip S.p.A. per gli utili spunti che ci hanno fornito. Particolarmente utili, poi, sono state le riflessioni condotte con la Direzione Legale e, in particolare, con Martina Beneventi, Alessandra de Luca, Valentina Lazzareschi, Annalisa Piasco, Silvia Pomes; e con i colleghi dell'Ufficio Studi. Un particolare ringraziamento, inoltre, è rivolto a Lorenza Ponzone (Autorità Lavori Pubblici) e a Marina Venzo. Siamo grati a Gustavo Piga per aver promosso la discussione nella sua fase iniziale.

L'analisi sul Dialogo Competitivo è ispirata ad una presentazione tenuta da Elisabetta Iossa presso l'Università di Roma "Tor Vergata" il 31 marzo 2006 e consultabile all'indirizzo internet:

<http://www.consip.it/on-line/Home/Studieprogetti/UfficioStudi/cardCatAttidiSeminarieConvegni.101.1.100.2.html>

Relativamente alla prima dimensione, gli Accordi Quadro incompleti sarebbero da preferirsi in casi di elevata incertezza ed eterogeneità della domanda, nel caso di un offerta parcellizzata, di beni o servizi ad alta obsolescenza tecnica imprevedibile nei tempi e nel caso in cui la *customer satisfaction* possa essere utilizzata come criterio di selezione tra i fornitori. Gli Accordi Quadro completi, invece, appaiono più adatti in casi di regime di non obbligatorietà della Pubblica Amministrazione e laddove esista un elevato rischio di corruzione della Stazione Appaltante. Relativamente alla seconda dimensione, poi, gli Accordi Quadro aggiudicati a più fornitori dovrebbero essere privilegiati in presenza di notevole eterogeneità ed incertezza della domanda, nel caso di offerta frammentata e qualora fosse possibile ridurre i requisiti minimi di partecipazione, in termini di fatturato, per promuovere una maggiore partecipazione (in particolar modo delle PMI). Viceversa, gli Accordi Quadro aggiudicati ad un solo fornitore dovrebbero essere utilizzati quando si voglia stimolare la concorrenza *ex ante*, in mercati caratterizzati dalla presenza di economie di scala e quando si prevede alto il rischio di collusione tra i fornitori.

Nella scelta del fornitore in Accordi Quadro con più aggiudicatari, la *fiche interpretativa* della Direttiva suggeriva l'utilizzo del criterio "a cascata" mentre il Codice privilegia quello "a rotazione". Il criterio a cascata risulta preferibile rispetto a quello della rotazione sotto il profilo della possibile collusione e della probabile concorrenza in gara, nonché del risparmio della Pubblica Amministrazione. Il criterio della rotazione, assicurando a tutti la possibilità di prestare opera, può invece portare ad una maggiore partecipazione in gara.

Nel caso di acquisti di un bene reiterati nel tempo, il Codice dei Contratti ha previsto la possibilità di approntare un Sistema Dinamico di Acquisizione, cioè un sistema elettronico nel quale i fornitori possano abilitarsi in ogni momento per partecipare alle gare bandite dalla Stazione Appaltante. Questo sistema permette di realizzare importanti risparmi in termini di processo e di costi di partecipazione. Il Sistema Dinamico di Acquisizione e l'Accordo Quadro sono strumenti simili, ma la natura aperta del primo, al quale è possibile accedere in qualsiasi momento previa l'accettazione di un'offerta indicativa, lo rende migliore nel contrastare il sorgere di cartelli collusivi. La pubblicazione dell'identità dei partecipanti e delle loro offerte indicative mitigano in parte le capacità anticollusive dello strumento.

Qualora una PA voglia appaltare un progetto particolarmente complesso, per il quale la Stazione Appaltante non disponga, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito, è possibile ricorrere all'istituto del Dialogo Competitivo. Per convincere i partecipanti ad investire a sufficienza in proposte/progetti innovativi (scopo primario dell'istituto), la Stazione Appaltante deve essere in grado di fornire incentivi ai singoli partecipanti, di garantire una

procedura trasparente e sistematicamente monitorata, e di adottare meccanismi di responsabilizzazione che garantiscano affidabilità del processo.

L'Asta Elettronica, infine, non si configura come un istituto a sé stante, ma è piuttosto una procedura con la quale è possibile attuare una gara e realizzare consistenti risparmi in termini di tempi e processi. Da qui la compatibilità con gli istituti precedentemente trattati. Affinché un'Asta Elettronica procuri i risultati attesi, la Stazione Appaltante dovrebbe fissarne alcuni essenziali meccanismi di funzionamento: il processo di apprendimento dei partecipanti può essere stimolato attraverso un'asta con un numero di round non prefissato con rilanci minimi obbligatori, ma mai con un numero di round prefissati e raggiungibili.

L'analisi ha anche portato in evidenza alcune questioni insolite.

Relativamente agli Accordi Quadro, ad esempio, non è chiaro se sia possibile ridurre i requisiti minimi di partecipazione in base al numero di aggiudicatari, quale sia il numero ottimale dei fornitori in diverse situazioni (e in particolar modo perché sia stato aprioristicamente escluso il *dual sourcing*, cioè la scelta di due aggiudicatari) e se sia possibile escludere uno o più fornitori aggiudicatari di un Accordo Quadro incompleto da una fase di rilancio/completamento, ad esempio a causa di una bassa performance passata (appropriatamente misurata, ad esempio, come *customer satisfaction*).

Nel Sistema Dinamico di Acquisizione, rimane dubbio se l'offerta indicativa possa essere esclusivamente tecnica.

La maggiore flessibilità, che i nuovi strumenti mettono a disposizione, potrà permettere alle amministrazioni preparate ad incanalarla in modo efficiente di usufruire più intensamente della sempre più rapida innovazione presente in molti mercati della fornitura (ad esempio quelli delle ICT), e potenzialmente di stimolarla ulteriormente. L'aumento di flessibilità appare però anche incompatibile con un sistema di controlli come quello attualmente vigente, rigido e basato sul rispetto delle procedure piuttosto che sulla valutazione dei risultati economici ottenuti. La maggiore flessibilità che permetterà di adeguare la domanda alla dinamicità propria dell'offerta può essere sfruttata male (o abusata), e si accompagna, quindi, alla necessità di sostituire i controlli procedurali con un monitoraggio economico sulla *performance* delle amministrazioni ("Value-for-Money Audit), capace di cogliere gli aspetti sostanziali e di formulare giudizi di merito sui risultati effettivi.

1. Introduzione

La Direttiva 2004/18 CE si propone di rispondere ad esigenze di semplificazione, coordinamento ed armonizzazione delle procedure di acquisto dei vari Stati membri. Realizza, inoltre, un programma di riordino delle norme comunitarie, in materia di appalti pubblici, attraverso la redazione di un vero e proprio testo unico che raccoglie, in un *corpus* unitario, le direttive precedenti: 92/50/CEE (procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi), 93/36/CEE (procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture), 93/37/CEE (procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori).

Contemporaneamente all'esigenza di riordino e semplificazione, la Direttiva ha provveduto ad aggiornare la normativa vigente tenendo conto dell'evoluzione tecnologica. L'adozione di strumenti sempre più marcatamente basati su sistemi informatici dovrebbe condurre a notevoli risparmi di processo per le amministrazioni e a minori costi di partecipazione dei fornitori.

Il Codice dei Contratti Pubblici, recependo, con parziali modifiche, il contenuto della Direttiva 2004/18 EC, ne ha anche mutuato le finalità di semplificazione, riunendo in un unico regolamento tutte le precedenti leggi riguardanti gli acquisti.

Oltre all'introduzione di innovazioni procedurali, i nuovi strumenti intendono rispondere all'esigenza delle pubbliche amministrazioni o delle centrali di committenza (tra le quali, per esempio, rientra Consip) di selezionare fornitori che siano *dinamici* e sufficientemente flessibili da permettere alle Stazioni Appaltanti di far fronte alle mutevoli esigenze di un mercato molto variegato come quello della Pubblica Amministrazione.

Nella selezione dei fornitori, infatti, si rende possibile il passaggio da un tradizionale processo statico (nel quale i fornitori presentano un'unica proposta definitiva e vincolante) ad un processo che si dipana nel tempo - tipicamente articolato in due fasi - in grado di consentire ai fornitori il rilancio su uno o più dimensioni dell'appalto. Così, l'Asta Elettronica è un meccanismo di rinegoziazione che segue ad una prima valutazione delle offerte; l'Accordo Quadro, a seguito della selezione di uno o più operatori, permette un successivo rilancio su alcuni o tutti gli aspetti dell'appalto, a seconda che sia completo o incompleto; il Sistema Dinamico di Acquisizione prevede la stessa procedura dell'Accordo Quadro, ma non la fissazione a priori del numero degli operatori coinvolti. Neppure il Dialogo Competitivo, previsto per appalti di una certa complessità, sfugge alla struttura bi-fasica: il confronto competitivo avviene solo tra i fornitori che hanno presentato le proposte migliori nella fase di dialogo con la Stazione Appaltante.

La scelta tra i diversi strumenti dei quali ci si può avvalere nell'organizzazione di una gara è un problema complesso. Una volta superato lo scoglio rappresentato dalla scelta dello strumento più

appropriato alla soddisfazione delle proprie esigenze peculiari, la Stazione Appaltante si troverà ad affrontare le questioni poste dall'applicazione.

Processi dinamici di questo tipo rispondono all'esigenza di assicurare alle parti coinvolte, tanto amministrazioni e/o centrali di committenza quanto fornitori, un adeguato margine di flessibilità tra una fase e l'altra del processo di aggiudicazione. La prima fase serve, sostanzialmente, a delineare una cornice chiara, all'interno della quale i fornitori avranno la possibilità di muoversi nella fase successiva, e, quindi, si prefigge di stimolare un processo competitivo sugli elementi fondamentali del contratto (ovvero su quegli aspetti - della fornitura e del fornitore - che la Stazione Appaltante consideri imprescindibili per la soddisfazione dei propri bisogni). Nella seconda fase, poi, la Stazione Appaltante avvia una procedura concorrenziale sugli aspetti che consentono il completamento del contratto. Si delinea, così, la possibilità di selezionare i migliori fornitori per soddisfare esigenze di acquisto ripetute nel tempo, consentendo a questi ultimi di riservarsi la possibilità di rinegoziazione, totale o parziale della prima proposta presentata.

Una delle scelte principali della Stazione Appaltante riguarda il grado di "completezza" del contratto, ovvero il numero e la tipologia di aspetti sui quali si svolgerà la competizione nella prima fase, che determinerà il grado di flessibilità disponibile nella fase successiva. Se è altamente probabile che un più alto livello di completezza comporti condizioni più vantaggiose nelle offerte iniziali è, invece, certo che ciò conduca ad un minor grado di flessibilità nella delineazione dell'appalto di fornitura specifico. Si determina, così, un rapporto di proporzionalità inversa tra il grado di rigidità della selezione e la flessibilità necessaria alla soddisfazione di bisogni eterogenei. Quanto maggiori sono i requisiti fondamentali ed imprescindibili della fornitura richiesti nella prima fase, tanto più rigida sarà la selezione dei fornitori. Nella seconda fase, di conseguenza, sarà minore il margine di flessibilità fruibile per il completamento del contratto, a causa del limitato numero di fornitori che sono stati in grado di soddisfare i requisiti inizialmente richiesti. Al contrario, un approccio più "morbido" sui requisiti imprescindibili comporta una minore selezione iniziale dei fornitori e lascia maggiori possibilità di scelta nella fase di completamento delle offerte, a fronte dell'organizzazione di una procedura di gara più complessa. Questo rapporto deve essere valutato, per ogni singola gara, sulla base del grado di complessità della fornitura e dell'incertezza circa le future esigenze.

L'utilizzo dei nuovi strumenti apre nuove possibilità alle Stazioni Appaltanti che, per essere colte pienamente, necessitano di agenti formati e preparati tanto dal punto di vista giuridico e di conoscenza del mercato al quale ci si rivolge (al fine di utilizzare al meglio i nuovi istituti), quanto - e soprattutto - da un punto di vista economico-strategico.

La decisione di dotarsi di strumenti flessibili e quindi di lasciare ampi margini alla discrezionalità delle Stazioni Appaltanti dovrebbe comportare necessariamente delle conseguenze sull'assetto normativo di riferimento. In particolar modo, maggiore discrezionalità dovrebbe essere affiancata da maggiore responsabilità e controllo di merito circa le scelte che si compiono. In quest'ottica ci sembra necessario sottolineare l'utilità di puntare ad un'evoluzione dell'attuale assetto legislativo per il quale l'*audit* sul risultato e sulla condotta di una gara è legato quasi esclusivamente alla presenza o meno di un vizio procedurale.

Il presente lavoro si articola in 6 paragrafi di cui questa Introduzione costituisce il primo. Nel secondo paragrafo verranno introdotti gli *Accordo Quadro* e verranno discussi gli aspetti legali ed economici ad esso connessi. Nei paragrafi 3, 4 e 5 viene seguito uno schema analogo per quanto riguarda l'*Asta Elettronica*, il *Sistema Dinamico di Acquisizione* ed il *Dialogo Competitivo*. Il paragrafo 6, infine, raccoglie le conclusioni.

2. Gli Accordi Quadro

L'articolo 1, par. 5 della Direttiva 2004/18 CE definisce l'Accordo Quadro (AQ) come “...un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici 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”. L'articolo 59 del Decreto Legislativo 163 dell'aprile 2006 (Codice dei Contratti Pubblici, CdC), recependo il contenuto dell'articolo 32 della Direttiva, ha statuito che le Stazioni Appaltanti (SA) possano concludere AQ per “*Servizi e Forniture*” e “*Lavori*”, qualora questi ultimi riguardino lavori di manutenzione e “...lavori connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate”². Gli AQ non si applicano, invece, per lavori di progettazione e per altri servizi di natura intellettuale, salvo il caso in cui siano connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate. La durata massima di un AQ è fissata a quattro anni.

Attraverso questo istituto, il legislatore offre alle SA (siano esse pubbliche amministrazioni o centrali di committenza) la possibilità di accorpate acquisti ripetuti di beni o servizi omogenei, riducendo così i costi procedurali collegati alla reiterata aggiudicazione di gare similari. Vi sono, poi, rilevanti aspetti innovativi: la possibilità di concludere l'appalto con più operatori economici (almeno tre) e/o di non prefissare tutte le condizioni della fornitura. L'amministrazione che intenda stipulare un AQ dovrà: i) pubblicare un bando di gara, ii) applicare i criteri di selezione di cui all'articolo 81 e seguenti e iii) stipulare un accordo con uno o diversi operatori. Nel caso di AQ incompleti, quindi, all'atto di perfezionare il contratto di appalto, l'amministrazione aggiudicatrice consulterà gli operatori economici parti dell'AQ che siano in grado di soddisfare le esigenze del caso concreto. Gli operatori, a questo punto, presenteranno offerte specifiche per completare l'offerta iniziale.

La SA ha la possibilità di scegliere tra quattro differenti tipologie di AQ riassunte nella tabella seguente:

² Sempre l'articolo 59, al comma 2, ricorda che le parti dell'AQ devono essere scelte applicando i criteri di aggiudicazione previsti dall'81 e seguenti. Nel secondo comma di quest'ultimo, poi, si esplicita che il criterio di selezione deve essere reso noto nel bando di gara. Di conseguenza, deve esserci una gara.

Tabella 1: Principali configurazioni dell'Accordo Quadro

	Un aggiudicatario	Tre o più aggiudicatari
Completi	<p><u>AQ completi con un solo operatore.</u></p> <p>Gli appalti sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'AQ. Quando l'AQ è aggiudicato da una Centrale di Committenza, questa tipologia corrisponde alle tradizionali Convenzioni Quadro ex articolo 26 della legge finanziaria per il 2000³.</p>	<p><u>AQ completi con più operatori.</u></p> <p>Gli appalti possono essere aggiudicati mediante applicazione delle condizioni stabilite nell'AQ senza dover procedere ad una nuova fase di confronto competitivo.⁴ L'aggiudicazione dell'AQ contiene l'ordine di priorità, privilegiando il criterio della rotazione, per la scelta dell'operatore cui affidare l'appalto⁵.</p>
Incompleti	<p><u>AQ incompleti con un solo operatore.</u></p> <p>Le Stazioni Appaltanti devono consultare per iscritto, in fase di aggiudicazione, l'operatore parte dell'AQ, chiedendogli di completare, se necessario, la sua offerta.</p>	<p><u>AQ incompleti con più operatori.</u></p> <p>Gli appalti possono essere affidati solo dopo aver rilanciato il confronto competitivo fra le parti in base alle medesime condizioni (se necessario precisandole) e, se del caso, ad altre condizioni indicate nel capitolato d'onori dell'AQ, secondo una determinata procedura.</p>

Precisiamo fin d'ora che l'interpretazione giuridica del termine "completare"⁶ non è da intendersi come rivisitazione, fosse anche in termini migliorativi, di offerte già complete.⁷ Anche nel caso di AQ incompleti, nella fase di completamento (appalto specifico), non potranno essere modificati gli aspetti definiti nella fase precedente.

Di seguito verranno discussi gli aspetti economici legati alle principali novità introdotte con l'adozione di un AQ: gli elementi che influenzano la scelta tra un AQ completo ed un AQ incompleto (sezione 2.1), le specifiche nella scelta tra AQ aggiudicato ad un unico fornitore rispetto a quello aggiudicato a più fornitori (sezione 2.2), l'analisi del criterio di selezione del fornitore tra quelli aggiudicatari dell'AQ completo con più aggiudicatari (sezione 2.3).

³ Il Ministero del Tesoro stipula convenzioni, in base alle quali le imprese fornitrici prescelte si impegnano ad accettare, alle condizioni ed ai prezzi ivi stabiliti, ordinativi di forniture deliberate dalle amministrazioni statali, sino ad un quantitativo complessivamente predeterminato.

⁴ In realtà, qualora si decida di stipulare un AQ completo con più aggiudicatari non è possibile procedere ad un ulteriore fase di rilancio competitivo.

⁵ Nel senso che l'aggiudicazione prevede una graduatoria delle offerte. Si può quindi procedere, per la selezione del fornitore, con un criterio di rotazione (preferito dal legislatore italiano) o con un criterio a cascata (preferito dal legislatore europeo).

⁶ "Gli appalti basati su Accordo Quadro sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'Accordo Quadro. Per l'aggiudicazione di tali appalti, le stazioni appaltanti possono consultare per iscritto l'operatore parte dell'Accordo Quadro, chiedendogli di completare, se necessario, la sua offerta" (art. 59, comma 4)

⁷ Il comma 3 dell'articolo 59, infatti, statuisce che "in sede di aggiudicazione degli appalti pubblici basati su un Accordo Quadro le parti non possono in nessun caso apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate in tale Accordo Quadro, in particolare nel caso di cui al comma 4".

2.1 Criteri guida nella scelta tra Accordi Quadro completi ed incompleti

In generale, è nella scelta tra AQ completo ed AQ incompleto che si manifesta in modo evidente il rapporto, già anticipato nell'introduzione, tra selettività e discrezionalità.

La scelta dell'AQ completo verrà generalmente preferita in tutte le situazioni in cui si abbia a che fare con un prodotto altamente standardizzato. L'AQ incompleto, infatti, produce una competizione minore *ex ante* che va a scapito delle condizioni economiche di aggiudicazione. D'altra parte, l'AQ incompleto permette di mantenere sufficiente flessibilità per far fronte a bisogni eterogenei della PA. La concorrenza in gara alla quale si rinuncia, quindi, rappresenta il costo opportunità di avere flessibilità per far fronte ad aspetti contingenti. Al riguardo, diviene di nuovo fondamentale l'interpretazione del termine completare. Una posizione limite a riguardo prevede che la prima fase dell'AQ sia costituita da un giudizio tecnico con il quale si valutino soltanto requisiti qualitativi ed oggettivamente misurabili. Le offerte economiche verrebbero, in tal caso, specificate nella seconda fase concorrenziale di completamento. La centrale di committenza, quindi, sarebbe responsabile della prima fase e si limiterebbe ad "abilitare" i fornitori, mentre la fase concorrenziale verrebbe interamente lasciata alle SA che si avvalgono dell'AQ. All'estremo opposto, abbiamo una situazione in cui nella prima fase vi sia un'offerta tecnica ed economica su tutti gli aspetti "essenziali" ed "irrinunciabili" della gara, e nella seconda si proceda alla definizione degli aspetti marginali di completamento. Ad esempio, nella seconda fase si decidono le modalità di consegna di un bene che è stato interamente identificato nelle sue caratteristiche e prezzo nella prima fase. In questa ipotesi alternativa, la centrale di committenza avrebbe ancora il ruolo principale e alle SA rimarrebbe il ruolo residuale di mettere a gara gli aspetti marginali.

Di seguito verranno analizzati una serie di problematiche da considerare nella scelta tra la stipula di un AQ completo ed un AQ incompleto.

2.1.1. Eterogeneità ed incertezza della domanda

Nella domanda espressa dalla SA possono confluire esigenze e bisogni specifici diversi, oppure essa può essere caratterizzata da incertezza (dovuta, ad esempio, al fatto che la SA sia in grado di identificare soltanto alcune caratteristiche, cioè gli aspetti fondamentali del contratto). Nel primo caso si parla di eterogeneità della domanda, nel secondo di incertezza della domanda.

Supponiamo che la SA debba acquistare un bene complesso per sé stessa o per un committente ben preciso. La domanda espressa è eterogenea, perché, ad esempio, il bene oggetto dell'AQ ha molteplici dimensioni apprezzabili e può assolvere diverse funzioni, ma non è necessariamente incerta, perché la SA conosce il fabbisogno proprio o del committente specifico. Se, invece, la SA dovesse pensare a stipulare, per lo stesso bene complesso, un AQ potenzialmente

valevole per tutta la Pubblica Amministrazione (PA), come nel caso delle centrali di committenza, ma senza certezza riguardo alla quantità effettivamente acquistata dalla stessa, allora avremmo incertezza.

In entrambi i casi la SA deve aumentare il grado di flessibilità al fine di soddisfare i propri bisogni, pertanto è preferibile optare per un AQ incompleto piuttosto che un AQ completo. Nel caso in cui, al contrario, la SA sia in grado di identificare precisamente le proprie necessità, e quindi la domanda sia omogenea, è allora consigliabile ricorrere ad un AQ completo.

2.1.2. Prodotti ad alta obsolescenza tecnica

In mercati di prodotti ad elevata obsolescenza, un modo efficiente per assicurarsi contro di essa può essere rintracciato nel ricorso a contratti flessibili. Con elevata innovazione, infatti, il prezzo di un bene (modello) e le sue caratteristiche ottimali cambiano velocemente nel tempo, ad un ritmo spesso difficile da prevedere. L'AQ incompleto è da preferirsi a quello completo per la sua capacità di offrire la flessibilità necessaria per sfruttare maggiormente gli effetti dell'innovazione. Il grado di obsolescenza tecnica dovrebbe essere preso in considerazione, inoltre, in fase di definizione della durata di un AQ: quest'ultima, infatti, dovrebbe essere inversamente proporzionale al grado di obsolescenza.

2.1.3. Facoltizzazione della Pubblica Amministrazione⁸

In caso di facoltizzazione delle pubbliche amministrazioni, cioè qualora esista una *opzione alternativa* (ovvero la possibilità per le SA di adire il mercato direttamente previa la dimostrazione che i beni o servizi oggetto dell'AQ non siano atti al soddisfacimento dei bisogni specifici, oppure previo il raggiungimento di condizioni economiche migliori di quelle prefissate nell'AQ), un AQ con condizioni non tutte prefissate garantisce concorrenza sia *ex ante* sia *ex post*.

Ipotizziamo che:

- i) vi siano N fornitori nel mercato in competizione tra loro;
- ii) non vi siano costi fissi di fornitura;
- iii) le PA si distinguano tra loro per l'efficienza.⁹

La stipula di un AQ, in presenza di *opzione alternativa*, crea una situazione di asimmetria tra l'aggiudicatario e le possibili SA: mentre queste ultime hanno la facoltà di scegliere tra approvvigionarsi tramite l'AQ e il rivolgersi direttamente al mercato, l'aggiudicatario ha l'obbligo

⁸ Queste argomentazioni fanno riferimento alle centrali di committenza. Nel caso della singola Pubblica Amministrazione la specifica reputazione dell'amministrazione influenzerà la partecipazione e la competizione in gara, a prescindere dal tipo di Accordo Quadro scelto.

⁹ In modo particolare il parametro che distingue le PA è l'efficienza nei pagamenti. Tale parametro è distribuito in modo continuo nella popolazione tra le due situazioni limite di pagatore inadempiente e pagatore puntuale.

di rifornire tutte le PA che lo richiedano, indipendentemente dal loro tipo (ovvero, dalla loro efficienza nei pagamenti). Un AQ completo costringe il fornitore a decidere *ex ante* il prezzo al quale si impegna a fornire il bene previsto dal bando, indipendentemente dalle caratteristiche della PA che si presenti come acquirente, quali lontananza e prontezza di pagamento. Ne risulterà un prezzo pari ad una qualche media basata sulla variegata tipologia delle PA. In assenza di obbligatorietà, le PA più facili da raggiungere e più virtuose nei pagamenti troveranno sconveniente il prezzo pattuito nell'AQ e preferiranno rivolgersi direttamente al mercato, mentre le PA inadempienti nei pagamenti o costose da rifornire troveranno conveniente aderire all'AQ (innestando così un processo di *selezione avversa*).¹⁰ Al contrario, un AQ incompleto, lasciato volutamente "aperto" sull'aspetto di eterogeneità, permette alle singole PA di personalizzare l'offerta chiedendone il completamento a seconda delle proprie caratteristiche specifiche.

Si presenta, quindi, il rischio che l'aggiudicatario dell'AQ completo, contrariamente a quello dell'AQ incompleto, rifornisca solo le PA di bassa qualità, con una conseguente disincentivazione dei fornitori più efficienti a partecipare alle gare future. In assenza di una *opzione alternativa*, invece, i potenziali fornitori sono incentivati a partecipare all'aggiudicazione di un AQ (perché tutte le PA sono obbligate a comprare) particolarmente se incompleto, poiché l'aggiudicatario (specialmente se singolo) potrebbe contare su un notevole potere discrezionale. La limitazione del quale avviene più agevolmente attraverso la stipula di AQ completi. E' opportuno ricordare che l'articolo 1, comma 449 della legge finanziaria per il 2007 ha previsto l'obbligatorietà per le amministrazioni pubbliche centrali e periferiche¹¹ di avvalersi del sistema di convenzioni gestito dalla centrale di committenza.

2.1.4. Corruzione

La flessibilità introdotta dai nuovi strumenti amplia il margine di discrezionalità della centrale di committenza o delle SA riguardo al disegno e alla conduzione di una gara. Discrezionalità che, se si configuri come flessibilità (quindi se esistano controlli efficaci), permette di soddisfare in maniera appropriata i bisogni della PA; ma che, in assenza di adeguati controlli, potrebbe costituire un viatico per la corruzione. Gli AQ completi sono da preferire a quelli incompleti, in virtù dei pochi margini di discrezionalità nella seconda fase che li caratterizzano, se il contesto nel quale si opera è ad alto rischio di corruzione. All'interno degli AQ completi con più fornitori, poi, è forse preferibile il criterio a cascata rispetto a quello di rotazione, come verrà evidenziato più dettagliatamente nel paragrafo 2.3.

¹⁰ La problematica appena discussa si riscontra anche nelle convenzioni poste in essere dalla centrale di acquisto nazionale.

¹¹ Ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie.

2.1.5. Customer Satisfaction

La discrezionalità della Pubblica Amministrazione, nella sua accezione positiva, può essere utilizzata per operare uno *screening* tra i fornitori. Se i fornitori anticipassero questo meccanismo, sarebbero più attenti a rispondere alle esigenze della PA offrendo un servizio di alta qualità e, quindi, cercherebbero di ottenere un responso in termini di *customer satisfaction* più elevato.

L'attuale panorama legislativo, tuttavia, non permette di prendere in considerazione la reputazione (basandosi, ad esempio, sulla *customer satisfaction* ottenuta in una convenzione o in una gara aggiudicata precedentemente) di un fornitore al fine di penalizzarlo o premiarlo in una gara. La possibilità di restringere il numero di partecipanti è, infatti, limitata al caso dell'esclusione del fornitore che, già stato aggiudicatario, sia stato riconosciuto colpevole in sede giudiziale di "errore grave" o "negligenza". Per ogni singolo appalto specifico, inoltre, è l'autorità giudiziaria a valutare se l'errore grave o la negligenza mostrata nella gestione di un appalto specifico precedente, siano rilevanti al fine dell'ammissibilità alla gara in essere.

Se la SA stipula un AQ incompleto con più aggiudicatari è obbligata ad ammettere anche un fornitore dalla scarsa reputazione alla prima fase e, se in possesso dei requisiti oggettivi, anche aggiudicargli l'AQ insieme ad altri concorrenti. Nella seconda fase però, la PA potrebbe usare i margini di flessibilità, di cui è dotata per completare l'AQ, per invitare i fornitori migliori ed incentivare, così, una più elevata qualità della fornitura. L'invito ai migliori fornitori potrebbe essere collegato ad una misura di *customer satisfaction*, meglio se raccolta da una società terza. Un appropriato utilizzo di questi strumenti richiederà, di conseguenza, la necessaria formazione degli operatori addetti.

Conclusioni Pratiche 2.1

- Se la domanda della PA è molto eterogenea, l'AQ incompleto è preferibile rispetto all'AQ completo. Viceversa, se il bene oggetto dell'accordo è altamente standardizzato, l'AQ completo è preferibile all'AQ incompleto.
- Nel caso di forniture ad elevata obsolescenza tecnica, l'AQ incompleto è preferibile rispetto all'AQ completo.
- In contesti di elevato rischio di corruzione, gli AQ completi sono da preferire agli AQ incompleti.
- Un AQ incompleto può garantire alla SA la flessibilità necessaria per effettuare uno *screening* dei fornitori sulla base della *customer satisfaction* ed ottenere maggiore qualità.

2.2. Criteri guida nella scelta tra uno o più aggiudicatari

Tra le maggiori innovazioni della Direttiva 2004/18 CE e del Codice dei Contratti Pubblici, vi è la possibilità per la PA di dotarsi di strumenti di acquisizione flessibili, come l'AQ, che le permettono, quando utilizzati con cognizione di causa, di fare fronte ai bisogni eterogenei delle varie SA, o all'incertezza della domanda. La scelta tra uno o più aggiudicatari deve essere vista, pertanto, come uno degli aspetti del *trade-off* tra selettività e flessibilità della PA. Di seguito verranno messi in evidenza alcuni criteri che dovrebbero guidare la scelta tra l'aggiudicazione dell'AQ ad uno o più fornitori; conclusioni differenti per AQ completi ed AQ incompleti verranno messe in evidenza ove sussistano.

2.2.1. Eterogeneità ed incertezza della domanda

Fatto salvo quanto già esposto nel paragrafo 2.1.1., la possibilità di aggiudicare un AQ a tre o più fornitori è uno degli strumenti per fare fronte ad una domanda particolarmente eterogenea o ad un mercato caratterizzato da un'offerta particolarmente frammentata. In questo modo la SA si riserva la possibilità di aggiudicare l'appalto ad uno dei fornitori aggiudicatari dell'AQ, assumendo che gli aggiudicatari producano beni o servizi che non siano dei perfetti sostituti l'uno dell'altro. Qualora si sia in presenza di un bene la cui domanda sia molto eterogenea ed incerta, la decisione di aggiudicare un AQ incompleto con più aggiudicatari garantisce alla SA la discrezionalità massima necessaria per soddisfarla.

2.2.2. Partecipazione tramite requisiti di accesso per fatturato specifico

Tra i diversi fattori che possono intervenire per influenzare la partecipazione dei fornitori ad una gara d'appalto, una considerazione particolare spetta al valore monetario della fornitura: maggiore è la dimensione del contratto, infatti, maggiore è l'interesse dei fornitori a vincere la gara. Esiste, tuttavia, un importante *trade-off*: gare di grandi dimensioni rischiano di precludere la partecipazione di imprese - piccole e medie in particolare - che non abbiano i requisiti minimi, in termini di fatturato, richiesti per l'ammissione alle gare.¹² La dimensione della gara ed altri requisiti specifici, pertanto, possono agire nel mercato dei fornitori funzionando come delle vere e proprie barriere all'entrata.

Per minimizzare il rischio di una scarsa partecipazione, nell'eventualità in cui si decida di aggiudicare un AQ a più fornitori, dovrebbe essere possibile ridurre i requisiti di fatturato in funzione del numero di aggiudicatari previsti (la normativa, tuttavia, non fornisce alcuna indicazione a proposito). Le garanzie minime di fatturato sono commisurate alla domanda che il

¹² Questi requisiti fungono da garanzia contro il rischio che l'aggiudicatario risulti inadempiente in fase di esecuzione della fornitura nei confronti della PA.

fornitore selezionato dovrà soddisfare. Poiché in un AQ con più aggiudicatari ognuno degli aggiudicatari servirà solo una parte della domanda totale, sembrerebbe coerente ridurre anche l'entità del vincolo di partecipazione e così ammettere anche aziende più piccole che nel caso di un AQ con un singolo aggiudicatario che debba soddisfare l'intera domanda.

Se invece i requisiti di partecipazione non fossero modificabili rispetto al numero di aggiudicatari, la Stazione Appaltante non avrebbe strumenti per intervenire sulla riduzione della barriera all'entrata e, di conseguenza, non avrebbe modo di incentivare la partecipazione alla gara per l'assegnazione dell'AQ. La SA, quindi, si troverebbe in una posizione di indifferenza, per quanto riguarda la possibilità di partecipazione alla gara da parte dei fornitori più piccoli, tra un AQ con un solo aggiudicatario ed un AQ con più aggiudicatari.

Per concludere la delineazione della questione, è necessario ricordare che l'abbassamento del limite di fatturato minimo richiesto può aumentare la partecipazione, ma nel contempo conduce alla possibilità di aggiudicazione della fornitura ad imprese di più piccola dimensione che, per quanto valide in termini qualitativi, potrebbero non essere sempre in grado di soddisfare la domanda nei tempi richiesti.

2.2.3. Competizione per l'aggiudicazione dell'Accordo Quadro

Questo aspetto è strettamente collegato a quello concernente la fissazione dei requisiti minimi di partecipazione (e la conseguente presenza di barriere all'entrata) appena discusso. Come abbiamo sottolineato, un requisito minimo di partecipazione troppo stringente – in termini di fatturato specifico dell'azienda rispetto al valore della fornitura – può rappresentare una barriera all'entrata per le imprese che, seppur efficienti, abbiano capacità produttiva limitata (p.e. PMI).

Ipotizzando un mercato con un livello di partecipazione costante nel tempo - nel quale, cioè, non si verificano “nuove entrate” o “fusioni ed acquisizioni” - e costituito da imprese con capacità di fornitura illimitata, il livello di competizione nella fase di stipula di un AQ dovrebbe essere massimizzato in caso di aggiudicazione ad un unico fornitore: senza una seconda fase di rilancio competitivo, la concorrenza *ex ante* tende ad essere più elevata negli AQ con un singolo aggiudicatario.¹³ Aumentare il numero di aggiudicatari dell'AQ, infatti, significherebbe aumentare anche la probabilità di vincita dei concorrenti e allo stesso tempo ridurre il valore di tale vincita. Le offerte in AQ con più aggiudicatari risulteranno, di conseguenza, meno aggressive rispetto alle offerte che gli stessi fornitori avrebbero presentato in caso di AQ con un solo aggiudicatario.

Occorre tuttavia considerare che l'aggiudicazione di un AQ ad un solo fornitore massimizza la concorrenza *ex ante*, ma concorre ad attribuire, in fase di esecuzione della fornitura – ossia *ex*

¹³ Al riguardo si faccia riferimento a Moldovanu e Sela (2006, 2001), che analizzano quale sia il numero ottimale dei premi da mettere in palio in un torneo e l'effetto che questi hanno sull'azione degli agenti economici.

post – una posizione monopolistica all’aggiudicatario.¹⁴ A questo punto diviene cruciale la natura dell’AQ ed il contesto legale di riferimento.

AQ incompleto. Se l’AQ è incompleto e non esiste una *opzione alternativa*, cioè le imprese sono in regime di obbligatorietà, allora l’aggiudicatario ha un forte potere di mercato sulla parte di completamento dell’AQ. Può, cioè, formulare offerte del tipo “*prendere o lasciare*”. Se esiste una *opzione alternativa*, e quindi le PA possono organizzare una gara od una trattativa alternativa rispetto all’AQ, il potere negoziale dell’aggiudicatario nella fase di completamento dell’offerta viene ridotto.

AQ completo. Se l’AQ è completo, indipendentemente dall’esistenza dell’*opzione alternativa*, la concorrenza *ex ante*, in fase di aggiudicazione dell’AQ, dovrebbe garantire una soluzione simile a quella di un mercato competitivo e limitare fortemente la discrezionalità dell’aggiudicatario. Si deduce, quindi, che, qualora si decida di stipulare un AQ con un singolo aggiudicatario per un bene a domanda omogenea, la presenza di un’*opzione alternativa* sia desiderabile, e l’AQ completo tenda ad essere preferibile rispetto a quello incompleto.¹⁵

L’aggiudicazione dell’AQ a più fornitori determinerà, in fase di esecuzione della fornitura, una posizione di oligopolio degli aggiudicatari con conseguente aumento del potere contrattuale delle PA rispetto all’AQ con un solo fornitore.¹⁶ La definizione iniziale dei requisiti minimi diviene cruciale per l’esistenza di competizione a valle dell’aggiudicazione dell’AQ, indispensabile per l’AQ incompleto che preveda una fase di rilancio competitivo, ma potenzialmente utile anche per l’AQ completo con più aggiudicatari. Se il valore della fornitura, infatti, è stato semplicemente diviso per il numero degli aggiudicatari attesi e questi sono imprese di piccole dimensioni, la concorrenza nella fase di rilancio competitivo sarà scarsa: gli aggiudicatari hanno una elevata probabilità di venire chiamati a prestare la loro opera, quasi indipendentemente dalle offerte nel rilancio competitivo.

I requisiti minimi, quindi, dovrebbero sempre garantire un certo eccesso di capacità da parte degli aggiudicatari, soprattutto nel caso di AQ incompleti. Gli aggiudicatari, così, verrebbero indotti ad una maggiore competizione poiché esisterebbe una probabilità, tanto più elevata quanto più il requisito minimo si situasse vicino al valore totale della fornitura, di non prestare opera o di prestarla per quantità ed importi modesti.

2.2.4. Economie di scala

¹⁴ Se vi fossero richieste eterogenee e le amministrazioni fossero in grado di addurre giustificazioni convincenti, esse avrebbero di fatto un margine di discrezionalità in grado di alimentare un’eventuale concorrenza *ex post*.

¹⁵ Consultare par. 2.1.3..

¹⁶ Consultare par. 2.1.5..

In presenza di forti economie di scala, cioè in un mercato nel quale il costo di produzione per unità di prodotto decresca rapidamente al crescere della quantità prodotta, può essere preferibile, in assenza di preoccupazioni sulla partecipazione alla gara, non ripartire la fornitura tra più aggiudicatari, ma optare per un AQ aggiudicato ad un unico fornitore o per la riduzione dei lotti in gara. Poiché il costo medio di produzione decresce al crescere della quantità prodotta, la frammentazione della fornitura nel caso di più aggiudicatari può non essere efficiente, specialmente nel caso in cui i requisiti minimi di partecipazione vengano ridotti drasticamente e non ci siano problemi di numerosità dei partecipanti alla gara. Qualora il disegno di gara preveda l'aggiudicazione dell'intero lotto ad un unico fornitore, ed in presenza di economie di scala molto grandi, quest'ultimo, potendo sfruttare una scala di produzione in grado di portare ad un risparmio sui costi della stessa, dovrebbe essere indotto ad effettuare offerte migliori in termini di prezzo.

2.2.5 Collusione

In un mercato in cui sussista un elevato rischio che due o più fornitori si accordino per ottenere condizioni più favorevoli di quelle che scaturirebbero da un processo concorrenziale, ovvero nel quale esista un'alta probabilità che le imprese si organizzino in un cartello, risulta preferibile l'AQ aggiudicato ad un unico fornitore. La possibilità di essere unico aggiudicatario della fornitura potrebbe, infatti, incentivare ciascuno dei membri del cartello a deviare dall'accordo, per assumere una posizione monopolistica. Il fornitore che deviasse dal cartello in AQ con un solo aggiudicatario, avrebbe la certezza di escludere tutti gli altri membri. Al contrario, aggiudicare un AQ a più fornitori ridurrebbe l'incentivo a rompere un eventuale cartello.

AQ completi. Nel caso di AQ completi, esiste una vasta letteratura sul rischio di collusione riferita a gare simili alle attuali convenzioni quadro, cioè ad AQ completi con un solo aggiudicatario.¹⁷ In generale, per cercare di fronteggiare il rischio della formazione di cartelli si possono offrire contratti di lunga durata,¹⁸ limitare l'informazione diffusa in gara, limitare il numero dei lotti oggetto della competizione e renderli disomogenei, se le imprese del cartello hanno una struttura dei costi omogenea¹⁹. Nella procedura di gara può essere una buona regola quella di non rendere pubbliche le offerte, od una parte di esse, per rendere difficoltoso il coordinamento del cartello, limitare il valore dei rilanci e studiare regole di chiusura *ad hoc* per la singola gara. La possibilità che un AQ completo possa essere aggiudicato a più di un fornitore non ci sembra far venire meno le indicazioni appena effettuate, né necessita dell'adozione di ulteriori accorgimenti.

¹⁷ Al riguardo, si faccia riferimento a Dimitri, Piga e Spagnolo (a cura di) (2006), capitoli 14-16.

¹⁸ Si tenga comunque sempre presente il rischio di *lock in*.

¹⁹ Al contrario, è opportuno rendere i lotti omogenei se le imprese hanno strutture di costo eterogenee.

AQ incompleti. Aggiudicare un AQ incompleto a più fornitori, ampliando l'incertezza sull'esito della competizione, riduce l'incentivo a rompere un cartello collusivo. Un ulteriore elemento da considerare potrebbe essere rappresentato dai requisiti minimi per essere ammessi alla gara: con un requisito pari al valore monetario della gara diviso per il numero di aggiudicatari, infatti, tutti gli aggiudicatari saranno consapevoli di venire chiamati a fornire i loro prodotti e non avranno incentivo a deviare dal cartello.

In generale, la possibilità di accordi collusivi cresce al crescere degli stadi di cui la procedura competitiva si compone. In presenza di futuri rilanci competitivi, previsti per gli AQ incompleti con più aggiudicatari, la maggior frequenza di interazioni tra i partecipanti potrebbe favorire la coordinazione, l'insorgenza di comportamenti collusivi e la possibilità di punire (in un rilancio successivo) ogni eventuale deviazione dall'accordo.

In un mercato particolarmente numeroso, poi, i costi del mantenimento di un cartello possono essere molto elevati; sicché la probabilità di avere un accordo collusivo decresce al crescere del numero degli attori. In un mercato di questo tipo, l'adozione di un AQ incompleto con più aggiudicatari può, paradossalmente, ridurre i costi di coordinamento del cartello nella fase del rilancio competitivo. Le imprese che si sono aggiudicate un AQ incompleto e che, a causa dell'eccessiva numerosità degli attori presenti sul mercato, non erano riuscite a coordinarsi nella prima fase, possono trovare molto più semplice, data la minore numerosità degli attori, il raggiungimento di un accordo nella seconda fase. Naturalmente, poiché gli aspetti fondamentali ed irrinunciabili sono stati definiti nella prima fase, il cartello potrebbe avere degli effetti solo sugli aspetti residuali e di completamento delle offerte.

Nel caso di un cartello tra le imprese più efficienti nella prima fase, la deviazione dall'accordo di una di queste, nella seconda fase, non porta necessariamente ad una guerra dei prezzi, ma ad un nuovo cartello tra i membri rimasti. Un AQ incompleto con più aggiudicatari, quindi, non solo disincentiva la rottura dei cartelli, ma potrebbe anche rafforzarli.

Conclusioni Pratiche 2.2

- Gli AQ con più aggiudicatari sono preferibili sotto l'aspetto della partecipazione, specialmente delle PMI, se i requisiti minimi di essa possono essere modulati rispetto al numero stesso degli aggiudicatari.
- In termini di disincentivo alla collusione, l'AQ con un solo aggiudicatario, sia completo che incompleto, è da preferire a qualsiasi AQ con più aggiudicatari; tra gli AQ con più aggiudicatari quello completo fornisce un maggiore incentivo a rompere un cartello rispetto

all'AQ incompleto con più aggiudicatari.

- Se si mantiene costante il numero dei partecipanti, gli AQ con un solo aggiudicatario portano ad una maggiore concorrenza *ex ante* rispetto agli AQ con più aggiudicatari.
- L'AQ con più aggiudicatari è da preferirsi all'AQ con un solo aggiudicatario sotto il profilo del potere di contrattazione lasciato alla PA nella fase di esecuzione del contratto. Il potere di contrattazione della PA diviene tanto più elevato quanto più i requisiti minimi di aggiudicazione in termini di fatturato specifico sono più vicini al valore monetario della fornitura (sotto l'ipotesi di discrezionalità).
- Se il rischio di collusione tra fornitori è elevato, l'AQ con un solo aggiudicatario fornisce un maggiore incentivo a deviare dal cartello rispetto agli AQ con più aggiudicatari.
- La presenza di forti economie di scala è maggiormente sfruttabile adottando un AQ con un solo aggiudicatario, specialmente se non sussistono problemi legati alla partecipazione alla gara. Tali economie non sono fruibili nel caso di più aggiudicatari, a causa della frammentazione della produzione.

2.3. Scelta del fornitore in Accordi Quadro completi con più aggiudicatari

In presenza di AQ completi aggiudicati a più fornitori è di cruciale importanza definire con quale criterio la PA selezionerà il fornitore nella rosa emersa dall'AQ.

2.3.1. Principio di rotazione

Al contrario della Direttiva Comunitaria, che non stabilisce alcun criterio di scelta tra i fornitori, la normativa nazionale di recepimento suggerisce di privilegiare il “principio di rotazione”, senza però specificarne il funzionamento. Quest'ultimo criterio, introdotto probabilmente con l'obiettivo di ridurre il rischio di corruzione della PA²⁰, ha due possibili interpretazioni applicative.

Quantità fissate. In questo caso, alle PA sarebbe imposto di acquistare una quantità equo distribuita tra i fornitori.²¹ Tale interpretazione della norma determina assenza di concorrenza *ex post* tra gli aggiudicatari, ma anche certezza della fornitura, con conseguente aumento della competizione in gara. Va, tuttavia, sottolineato che potrebbe venire rafforzata la formazione di cartelli (in presenza di imprese simmetriche e omogenee). Questa interpretazione rischia, inoltre, di aumentare l'onere per lo Stato (in contrapposizione con gli obiettivi del programma di

²⁰ Si rimanda alla sezione 2.3.3..

²¹ Per utilizzare i termini dell'esempio fino ad ora proposto: data la fornitura di 300 sedie e il numero di aggiudicatari dell'AQ pari ad 3, ogni fornitore fatturerebbe alla PA un quantitativo uguale a $300/3=100$

razionalizzazione della spesa pubblica), dal momento che si costringono le amministrazioni a rifornirsi anche da fornitori meno efficienti.

Se, poi, si prevedesse l'applicazione del principio con la specifica della divisione del contratto in parti uguali tra gli aggiudicatari, anche il requisito minimo di partecipazione dovrebbe essere fissato al livello corrispondente, essendo inutile richiedere una capacità produttiva superiore, con il rischio di limitare ingiustificatamente la concorrenza in gara. La riduzione del requisito minimo di partecipazione comporta dei risparmi sulla cauzione che gli aggiudicatari sono tenuti a versare e che, con la nuova Direttiva, cresce in maniera più che proporzionale rispetto allo sconto sulla base d'asta.

Per concludere, non bisogna dimenticare che l'utilizzo di quantità fissate, nel caso di aggiudicazione a fornitori di beni o servizi non perfettamente sostituiti, apre le porte alla possibilità che la domanda della PA non venga pienamente soddisfatta.²²

Quantità variabili. In questo caso, alle PA sarebbe imposto di rivolgersi a rotazione a ciascuno degli aggiudicatari dell'AQ, acquistando, però, quantità di fornitura variabili, a seconda delle esigenze del momento. Non si ravviserebbe, in tal caso, alcuna riduzione del rischio di corruzione della PA, perchè la norma risulterebbe applicata correttamente anche nel caso estremo in cui si acquistasse un'unità di prodotto da $N - 1$ fornitori e il restante quantitativo dal fornitore che abbia corrotto la PA.²³ Nel caso di adozione del criterio di quote variabili, la fissazione del criterio minimo di partecipazione torna ad essere una determinante della scelta della SA e dovrebbe essere improntata alle linee guida espresse nella sezione in proposito.

Indipendente dal criterio adottato per gestire la rotazione, rimane inoltre un'incertezza in capo alla PA che decidesse di aderire ad un AQ: l'impossibilità di prevedere perfettamente il prezzo e la qualità del bene o servizio che si appresta a comprare. Non è chiaro, inoltre, se la PA abbia, in questo caso, diritto a recedere dalla sua intenzione di aderire all'AQ qualora il fornitore che le venisse assegnato non fosse quello desiderato.

2.3.2. Principio a cascata.

Anche se la Direttiva lascia ai singoli Stati membri la scelta del criterio di selezione del fornitore in caso di AQ completi con più aggiudicatari, nella *fiche interpretativa*, la Commissione Europea suggerisce l'adozione del cosiddetto *metodo a cascata*: l'amministrazione si rivolge in

²² Si rimanda alla sezione 2.1.2.

²³ Immaginiamo, ad esempio, di essere in presenza di un AQ per sedie aggiudicato a 3 fornitori e di un funzionario pubblico che intenda rifornirsi presso il terzo aggiudicatario in graduatoria, (quindi il meno efficiente). Basterebbe, per rispettare il principio di rotazione, che il funzionario ordini una unità di prodotto al fornitore F1, una unità al fornitore F2 e la restante parte al fornitore F3. Pertanto questo criterio non è consigliabile qualora si temano problemi di corruzione.

primo luogo all'operatore risultato primo nella graduatoria dell'AQ, passando poi al secondo nel caso in cui il precedente non sia in grado²⁴ di soddisfare l'ordinativo di fornitura, ed eventualmente agli altri.

Il metodo a cascata risulterebbe efficiente da un punto di vista economico, se la quota di fornitura fosse funzionale alla graduatoria: potrebbe, ad esempio, accordare al primo aggiudicatario la certezza di rifornire fino al massimo della propria capacità produttiva. Questo dovrebbe indurre i fornitori a presentare offerte più aggressive nel tentativo di risultare primi in graduatoria, così aumentando la competizione tra i partecipanti e migliorando il risultato per la SA. Stimolando i fornitori membri di un eventuale cartello a deviare senza il rischio di dover affrontare una guerra dei prezzi durante la vita dell'AQ, il principio a cascata risulta anche fortemente anticollusivo.

Questo metodo può non essere ottimale se i diversi aggiudicatari producono beni o servizi tra loro non perfettamente sostituiti, dal momento che si può essere costretti a dover aspettare l'esaurimento della capacità produttiva del primo fornitore per poter acquistare il bene che si desidera e che viene prodotto dal secondo aggiudicatario. Nel caso di eterogeneità della domanda della PA, quindi, dovrebbe essere il fabbisogno della stessa il criterio di selezione tra i diversi aggiudicatari, piuttosto che la graduatoria risultante dalla gara. Quest'ultima appare, invece, da seguire quando l'oggetto dell'AQ sia un bene altamente standardizzato e, di conseguenza, l'unico criterio che rilevi nella scelta del fornitore sia il punteggio ottenuto in gara (che tiene conto di prezzo e qualità del bene oggetto dell'AQ).

2.3.2.1. Effetti della nuova normativa sulla cauzione

Il nuovo metodo di calcolo della cauzione prevede che, per sconti rispetto alla base d'asta superiori al 10%, la stessa cresca al crescere dello sconto. In particolar modo, l'entità della cauzione cresce in modo più che proporzionale rispetto allo sconto, per sconti superiori al 20%.

L'attuale panorama normativo non specifica se ogni singolo fornitore, in un AQ con più aggiudicatari, si debba impegnare a versare una cauzione basata sull'intero valore dell'appalto o se si possa rivedere il valore a seconda del numero degli aggiudicatari stessi.

E', inoltre, utile sottolineare che, specialmente se viene utilizzato il criterio a cascata, non vi è certezza che tutti gli aggiudicatari siano chiamati a fornire i loro prodotti o, in caso ciò avvenga, per quale importo saranno chiamati a prestare la loro opera. Questo, nel caso di requisiti minimi di partecipazione vicini al valore economico della gara, implica che i fornitori siano chiamati a versare una cauzione che potrebbe essere elevata a fronte di una probabilità, anch'essa molto consistente, di non dover fornire la prestazione, o di fornirla per importi molto modesti. L'immobilizzazione di una

²⁴ Il fornitore potrebbe aver esaurito la propria capacità produttiva.

quantità ingente di denaro con una probabilità elevata di non fornire il prodotto, pur risultando essere aggiudicatari dell'AQ, può scoraggiare la partecipazione alla gara - specialmente delle PMI o delle imprese con vincoli di liquidità - e avere effetti negativi sui prezzi di aggiudicazione.

Sarebbe, quindi, meno disincentivante per i partecipanti un criterio che calcolasse la cauzione in modo proporzionale agli ordini che questi siano effettivamente chiamati ad evadere. I fornitori potrebbero versare una cauzione proporzionale all'appalto di fornitura che venisse loro assegnato e vedersi liberata la stessa alla fine della prestazione. Per garantire la fornitura ad un livello più generale, poi, si potrebbe pensare di espandere la durata della garanzia provvisoria²⁵ all'intera durata dell'AQ. Un'alternativa meno onerosa per i fornitori potrebbe essere rintracciata nella stipula di un contratto che preveda penali legate alla mancata fornitura effettiva del servizio al momento della richiesta da parte della PA. Ipotesi, quest'ultima, che potrebbe contemplare la restituzione della cauzione provvisoria alla stipula del contratto.

Indipendentemente dal criterio di scelta adottato, sarebbe inoltre opportuno, al fine di assicurare la continuità del servizio, contemplare la possibilità di rivolgersi al fornitore successivo in graduatoria non solo nel caso di esaurimento della capacità totale del primo aggiudicatario, ma anche quando venga esaurita la capacità temporanea dello stesso.²⁶

Più in generale, poiché lo spirito della Direttiva e del Codice è aumentare la flessibilità negli acquisti, è importante considerare le osservazioni precedenti come dei suggerimenti e, quindi, ricordare che le SA possano adottare altri criteri qualora questi non siano, nel caso specifico, appropriati.

Conclusioni Pratiche 2.3

- Il criterio di selezione del fornitore a cascata è preferibile rispetto alla rotazione sotto il profilo della possibile collusione in gara, della concorrenza in gara, della corruzione e del risparmio della PA.
- Il criterio della rotazione, assicurando a tutti la possibilità di prestare opera, può portare ad una maggiore partecipazione in gara.
- Il nuovo metodo per il calcolo della cauzione è problematico per il criterio a cascata, ma può essere modificato in modo da minimizzare il suo impatto.

²⁵ Pari al 2% del valore dell'appalto.

²⁶ Nel sistema attuale delle convenzioni, oltre ad un vincolo sulla capacità totale di una impresa aggiudicataria, può essere previsto un vincolo mensile. Ad esempio un fornitore si può aggiudicarsi una convenzione semestrale per 30000 PC ed impegnarsi a consegnare mensilmente fino ad un massimo di 10000 prodotti. Se la domanda in un mese eccede il vincolo mensile può allora subentrare un fornitore alternativo per la parte eccedente il vincolo di capacità temporaneo.

3. Asta Elettronica

L'art. 54 della Direttiva 2004/18 CE e l'art. 85 del Codice dei Contratti Pubblici, stabiliscono che nelle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione del bando, le SA possano prevedere che l'aggiudicazione dell'appalto avvenga attraverso un'Asta Elettronica (AE). Questo strumento, *“per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/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”*, è praticabile quando le caratteristiche tecniche dell'appalto possano essere espresse in maniera precisa e la valutazione delle offerte sia effettuabile automaticamente, da un mezzo elettronico, sulla base di elementi perfettamente misurabili. Non è necessario, tuttavia, che tutti gli elementi dell'appalto siano valutabili in modo automatico: i criteri di aggiudicazione possono anche prevedere elementi discrezionali. Resta, comunque, indispensabile che, durante l'AE, i rilanci avvengano su elementi quantificabili.

Questo strumento, utilizzabile in appalti di servizi e forniture (ma anche di lavori, purché non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori)²⁷ e previsto per gare aggiudicate sia con il criterio del massimo ribasso sia all'offerta economicamente più vantaggiosa, è fruibile nelle gare ad evidenza pubblica, per gli acquisti sotto soglia e come fase di rilancio del confronto competitivo nell'ambito degli Accordi Quadro o del Sistema Dinamico di Acquisizione.

Per poter ricorrere all'AE è necessaria un'indicazione espressa in proposito nel bando di gara, all'interno del quale si deve fare riferimento agli elementi dell'offerta che saranno oggetto di rilancio nel corso della stessa.

Una procedura tipo di gara con AE comprende tre fasi:

- valutazione iniziale delle offerte ricevute;
- AE vera e propria, alla quale partecipano i fornitori che abbiano superato la prima fase, con rilanci;
- aggiudicazione dell'appalto al miglior classificato in base ai risultati dell'AE.

²⁷ Si veda l'art. 3, comma 15 del CdC.

Come vedremo nell'ultima sezione, alla Stazione Appaltante è consentita la scelta tra diverse modalità di realizzazione di una gara, compresa l'AE, che permettono di valutare elementi qualitativi non quantificabili nella prima fase. Prima di procedere all'AE, infatti, le SA devono effettuare una prima valutazione completa delle offerte pervenute, secondo le modalità stabilite nel bando di gara. I fornitori che abbiano presentato offerte ammissibili riceveranno, simultaneamente, un invito per via elettronica a presentare una nuova offerta sul prezzo e/o sugli aspetti tecnici. In tale invito, ad ogni fornitore, sarà indicata la sua posizione in classifica, nonché la data e l'ora di inizio dell'asta elettronica e la formula matematica che determinerà, durante la fase di AE, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi/valori presentati.

L'asta elettronica, che dovrà svolgersi in un'unica seduta, non può aver inizio prima di due giorni lavorativi a decorrere dalla data di invio degli inviti, il che, come vedremo in seguito, può essere un aspetto rilevante nella scelta del processo di gara nel quale inserire l'AE. La data e l'ora di chiusura dell'asta elettronica, poi, devono essere preventivamente fissate dalla SA, il che rende necessari alcuni accorgimenti affinché la regola di chiusura dell'asta sia calibrata in modo tale da permettere alla stessa di produrre gli effetti desiderati.

A differenza della Gara Telematica (ex DPR 101/2002), che non prevede una prima valutazione delle offerte, l'AE non costituisce una nuova procedura di gara; ma un mero strumento di rinegoziazione (o rilancio), che interviene dopo una valutazione delle prime offerte presentate. L'AE lascia alla SA sia la possibilità di valutare gli aspetti qualitativi "discrezionali" nella prima offerta, sia di automatizzare la sottomissione delle offerte e la valutazione su tutti gli aspetti tecnici. In breve, quindi, l'AE permetterebbe alle amministrazioni di valutare gli aspetti discrezionali nella prima fase e ammettere al rilancio nella seconda fase solo elementi valutabili automaticamente dal sistema elettronico.

Di seguito verranno discussi gli aspetti decisivi per il corretto espletamento di una AE: il formato d'asta; il ruolo dell'informazione; che tipo di informazioni è utile diffondere ai partecipanti durante lo svolgimento della gara, e in che modo; le regole di chiusura, il ruolo della prima fase dell'AE; la formula di aggiudicazione e, in fine, le procedure di gara.

3.1. Formato d'asta e ruolo dell'informazione

L'aspetto cruciale dell'AE, quello dinamico, si concretizza nella possibilità di rilanci successivi, permettendo ad ogni partecipante di osservare il comportamento dei propri avversari.

Ma a cosa serve osservare le offerte degli altri partecipanti? In un'asta dinamica, ad esempio per una *commode* Luigi XVI, un novizio del mercato dell'antiquariato potrebbe affinare la sua stima iniziale del probabile valore dell'oggetto osservando le offerte di un rinomato esperto del mercato.

Nel nostro esempio, quindi, l'aspetto dinamico favorirebbe l'*apprendimento* del valore dell'oggetto, grazie all'osservazione dei comportamenti degli altri offerenti più informati, permettendo una migliore formulazione dell'offerta ai meno informati. Tale considerazione vale sia per un'asta di oggetti d'antiquariato (o altri oggetti) che per un contratto di appalto di una Pubblica Amministrazione. In appalti particolarmente complessi, in cui i costi di esecuzione della fornitura siano difficili da calcolare e i fornitori abbiano diverse stime di tali costi, l'apprendimento reciproco potrebbe aiutare ogni partecipante ad aggiornare, rilancio dopo rilancio, la sua stima e a fare un'offerta più precisa di quella che altrimenti avrebbe effettuato. Se l'apprendimento non fosse una componente importante del processo competitivo, sarebbe sufficiente adottare un formato di gara a busta chiusa (cartaceo o elettronico) a round unico. In questo modo, si eviterebbero i maggiori costi (in termini di tempo e risorse) di un'asta dinamica e l'aumento del rischio di comunicazione impropria tra concorrenti e di comportamenti collusivi o predatori (ad esempio, in una gara a lotti multipli, osservando le offerte degli altri, i concorrenti potrebbero inviarsi dei segnali e coordinarsi per spartirsi i lotti senza farsi troppa concorrenza)²⁸.

Come premesso, l'AE si inserisce nel contesto delle aste dinamiche (rappresenta la seconda fase, ad uno o più rilanci, di un processo a due fasi) e, quindi, presuppone che un certo livello di apprendimento in gara sia desiderabile, se non necessario. Tuttavia, affinché l'AE produca i suoi benefici in tal senso, è necessario porre attenzione agli elementi che influenzano il processo di apprendimento dei concorrenti. In particolare:

- la regola di chiusura dell'asta;
- il legame tra la valutazione delle offerte iniziali (prima fase) e l'AE (seconda fase).

3.1.1. La regola di chiusura

La Direttiva 2004/18 EC indicava tre diverse possibili modalità di chiusura dell'AE:

- i. data ed ora preventivamente fissati nell'invito;
- ii. quando non vengono più effettuati rilanci in linea con gli scarti minimi previsti;
- iii. quando è raggiunto il numero massimo di fasi previsto.

Il Codice dei Contratti, invece, ha recepito soltanto la prima (i) possibilità.

²⁸ Si noti, d'altra parte, che un formato di gara a round unico potrebbe essere preferibile ad uno a rilanci multipli anche se l'apprendimento è un fattore importante. Ad esempio, quando sono plausibili accordi collusivi tra fornitori. Il round unico, infatti, non permette ai partecipanti all'accordo di verificare in corso di gara (e quindi di reagire/punire) se qualche partecipante non sta rispettando l'accordo collusivo (ovvero si sta comportando in modo "competitivo"), e rende quindi meno stabili i patti tra i fornitori. Il round unico può essere preferibile anche quando è attesa la presenza in gara di un fornitore "dominante" (cd. asimmetria di costi). In una gara a round multipli, infatti, i fornitori più piccoli potrebbero abbandonare l'asta dopo pochi round, osservando che il loro sforzo competitivo è reso vano dall'offerta, sempre migliore, del fornitore dominante. Pertanto, nella scelta tra un formato d'asta (statico) a round unico ed uno (dinamico) a round multipli vanno tenuti presenti i costi e benefici associati a questi tre fattori: apprendimento (dovuta asimmetria di informazione), rischio di collusione e asimmetria di costo.

In che modo dovrebbe essere scelta la regola di chiusura affinché l'AE produca i benefici sperati, stimolando un processo d'apprendimento e una competizione sostenuta?

Un'AE che preveda la modalità di chiusura (i), presenta analogie con il meccanismo d'asta utilizzato da eBay, la più grande piattaforma di aste on-line del mondo. Proprio perché un'asta dinamica permette ai partecipanti di apprendere dagli altri concorrenti, è lecito aspettarsi che ognuno di loro, ed in particolare i concorrenti *più informati* sul valore del contratto (quelli in possesso di informazioni più precise sul costo di fornitura ad una PA), cercherà di non “scoprire le proprie carte” a vantaggio degli “avversari”, bensì di diminuire solo marginalmente la propria offerta fino ai minuti a ridosso della chiusura. Solo in questi ultimi momenti, quindi, si sviluppa un'autentica competizione, che ,però, è troppo rapida per permettere effettivo apprendimento e adattamento delle offerte da parte dei partecipanti *meno informati*. I partecipanti tenderanno a presentare un'offerta “seria” solo nei minuti finali, sperando che gli altri non abbiano il tempo di reagire. Questo fenomeno, ampiamente osservato nelle aste eBay²⁹, è conosciuto come “offerta dell'ultimo minuto” (*last minute bidding*).³⁰

La tentazione di nascondere le proprie carte, inficiando quindi il principale beneficio dell'asta dinamica, potrebbe sorgere anche se la chiusura dell'asta non fosse fissata preventivamente. Cosa succederebbe se, ad esempio, la regola di chiusura dell'asta fosse il raggiungimento di un numero prestabilito di round (seconda modalità di chiusura stabilita dalla Direttiva), conosciuto da tutti i partecipanti? Anche se una incerta durata temporale dei round può rendere incerto il momento esatto in cui l'asta sarà conclusa, è molto probabile che, ancora una volta, i partecipanti più informati siano disposti a sottomettere solo rilanci minimi da un round all'altro senza dissipare il loro patrimonio informativo. Va da sé che l'offerta “autentica” verrebbe sottomessa solo all'ultimo round impedendo agli altri partecipanti di reagire dopo averla osservata (i round di un'asta dinamica richiedono che tutti gli offerenti sottomettano la loro offerta simultaneamente). Il processo d'apprendimento sarebbe nullo, esattamente come quello di un'asta a round unico.

Se nel disegno dell'AE non vengono fissati né il numero dei round né il momento di chiusura, diventa impossibile adottare una strategia “attendistica” fino al round finale o all'ultimo momento: queste situazioni, infatti, non si concretizzano finché rimane in gara più d'un concorrente.

²⁹ Si veda Ockefels and Roth (2000).

³⁰ La strategia che lo sottointende – attendere immobile finché la situazione è matura - è nota come quella del “serpente nell'erba” (*snake in the grass*); e coloro che la mettono in pratica sono soprannominati “cecchini” (*snipers*).

Di conseguenza, tra le regole di chiusura previste dalla Direttiva, quella della assenza di ulteriori offerte migliorative, ovvero la modalità (ii), è la più coerente con lo spirito della aste dinamiche e quindi dell'AE stessa.

Il CdC (art. 85, comma10), invece, ha recepito soltanto la prima modalità di chiusura. La volontà del legislatore nazionale di fissare un limite alla durata dell'asta dinamica potrebbe rispondere all'esigenza di contenere i costi associati a tempi eccessivamente lunghi di aggiudicazione dell'appalto. Tuttavia, una chiusura fissata preventivamente non assicura che i partecipanti imparino gli uni dagli altri, né che si sviluppi un'accesa competizione. La regola di chiusura recepita dal CdC necessita, quindi, di un ulteriore accorgimento: l'asta dovrebbe essere strutturata in modo tale da consentire l'esaurimento "naturale" della competizione prima del termine di chiusura prefissato, impedendo, cioè, ai partecipanti di fare offerte all'ultimo minuto. La fissazione di questo termine, quindi, dovrebbe essere accompagnata da una "regola d'attività", ovvero dalla necessità di effettuare un incremento minimo nelle caratteristiche delle offerte presentate ad ogni opportunità di rilancio offerta dalla procedura quale condizione necessaria per poter rimanere in gara. Se opportunamente scelta, questa regola concilia l'esigenza di esaurimento della gara prima del termine fissato con l'incentivo per i partecipanti a scoprire (almeno in parte) le proprie carte fin dai primi round, pena l'esclusione dall'asta.

Vi sono altri accorgimenti che possono aiutare a ridurre la durata di un'asta dinamica senza comprometterne le funzionalità in termini di apprendimento e di perfezionamento delle offerte. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi di un'asta a round multipli illimitati (nella quale si avranno round fintanto che i partecipanti saranno disposti ad effettuare ulteriori rilanci), che preveda un round finale quando rimangano in gara solo due concorrenti (formato d'asta noto come *anglo-dutch*): questo meccanismo eliminerebbe il rischio di una gara eccessivamente lunga se i due concorrenti rimasti in gara rilanciassero solo il minimo consentito round dopo round.

3.1.2. Asta Elettronica e ruolo della prima fase

Secondo la Direttiva 2004/18 EC (art. 15, comma3) ed il CdC (art. 1, comma 7), l'AE è una fase di negoziazione on-line che interviene solo dopo una prima *valutazione completa delle offerte* presentate dai concorrenti. Ciò significa che ogni procedura di gara comprendente l'AE debba prevedere una prima fase (una sorta di pre-qualifica) durante la quale la commissione giudicatrice constati il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara (fatturato, certificazioni, ecc...) come stabiliti nel bando, ed effettui una valutazione delle prime offerte (tecnico/economiche) presentate.

La normativa prevede che tutti i concorrenti che abbiano presentato offerte *ammissibili* siano invitati all'AE, indipendentemente dalla classifica risultante dalla valutazione delle offerte. I

requisiti minimi per l'ammissibilità dell'offerta possono anche essere espressi in termini di punteggio tecnico/economico.

Nel quadro teorico appena delineato, un'AE che prevedesse un solo rilancio e che, quindi, si inserisse in un processo di gara a due round, sembrerebbe limitare l'apprendimento e rischierebbe di replicare una gara a round unico, nella quale i partecipanti inviano una sola offerta in busta chiusa senza possibilità di ulteriori rilanci. Per consentire all'AE di produrre i suoi potenziali benefici, essa deve essere strutturata in modo tale che i partecipanti siano incentivati a presentare offerte capaci di veicolare informazioni utili all'apprendimento degli altri concorrenti.

Conclusioni Pratiche 3.1

- Per facilitare il processo di apprendimento in gara, un'asta dovrebbe prevedere una regola di chiusura che non induca i partecipanti ad effettuare offerte serie soltanto alla fine della gara.
- Qualora la regola di chiusura sia basata su un numero prestabilito di round (cosa da evitare ovunque possibile), diventa indispensabile una regola di attività che imponga rilanci minimi, per cui la conclusione della gara si raggiunga naturalmente prima dell'esaurimento del numero di round prefissato.

3.2. Informazioni da diffondere durante l'Asta Elettronica

La Direttiva Europea ed il Codice dei Contratti stabiliscono che, nel corso di ogni fase dell'AE, le amministrazioni aggiudicatrici comunichino in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentono loro di conoscere, in ogni momento, la rispettiva posizione in classifica. Se previsto dagli atti, possono essere anche comunicate altre informazioni riguardanti prezzi o valori presentati e il numero di partecipanti alla fase dell'asta. In nessun caso, però, potrà essere diffusa l'identità degli offerenti.

La questione è: quante e quali informazioni è opportuno, nell'interesse dell'SA, diffondere? Essendo l'AE inserita in un contesto di gara dinamico, dove l'apprendimento è certamente il fattore cruciale, dare ai partecipanti informazioni utili alla calibrazione dell'offerta può essere certamente desiderabile. D'altra parte, però, bisogna tenere conto di possibili controindicazioni in termini di collusione. Verranno, di seguito, analizzati i due aspetti separatamente.

3.2.1. Diffusione dei prezzi

Nel caso della diffusione dei prezzi/valori, bisogna tenere conto dello scenario atteso dalla Stazione Appaltante sul comportamento dei concorrenti in gara. Consideriamo, per semplicità, una

gara con un solo lotto di fornitura al prezzo più basso. In uno scenario “competitivo”, ovvero in un contesto nel quale il rischio di collusione sia limitato, la diffusione dei prezzi, oltre che della graduatoria, aiuterebbe i partecipanti a fare offerte più consapevoli, senza compromettere la competizione in gara.

Ipotizziamo, ora, uno scenario potenzialmente “collusivo”³¹, nel quale ci si aspetta che anche solo alcuni dei potenziali partecipanti colludano e che l’accordo collusivo stabilisca esplicitamente il fornitore vincitore, il prezzo al quale (presumibilmente) si aggiudicherà il contratto ed il prezzo (fittizio) offerto dagli altri partecipanti al cartello. La diffusione dei prezzi, in questo contesto, potrebbe essere controproducente. Anche se la conoscenza della sola graduatoria sarebbe sufficiente al vincitore “pre-selezionato” per verificare se stia vincendo o meno, il meccanismo di contrasto dei comportamenti “anti-cartello” (cioè competitivi) sarebbe meno preciso che nel caso in cui venissero diffusi i prezzi. Se si comunicasse solo la graduatoria, infatti, un’eventuale deviazione dal cartello sarebbe osservata solo dall’ipotetico vincitore, che realizzerebbe di non essere primo in classifica,³² ma non avrebbe la possibilità di identificare chi avesse deviato (non conoscendo il prezzo offerto dagli altri concorrenti e non potendolo, quindi, confrontare con quello fittizio concordato). Per cui la sua “reazione”, caratterizzata da offerte “competitive” nei successivi rilanci, avverrebbe nei confronti dell’intero cartello e non solo nei confronti dello specifico partecipante deviante.

Se, invece, ciascun concorrente potesse conoscere il prezzo offerto dagli altri, il monitoraggio del cartello sarebbe più agevole dal momento che ogni deviazione dall’accordo sarebbe osservata da *tutti* i membri del cartello. Il potere di deterrenza contro eventuali deviatori, quindi, sarebbe maggiore.

Dalle considerazioni precedenti emerge un *trade-off* fra *apprendimento e collusione*.

Se, da un lato, la pubblicazione dei prezzi in gara è desiderabile nella misura in cui possa aiutare i concorrenti a migliorare la propria stima del valore del contratto in presenza di notevole incertezza sui costi di fornitura (incentivando, così, una sana competizione); dall’altro lato, proprio la diffusione dei prezzi potrebbe aumentare la sostenibilità di eventuali cartelli.³³

3.2.2. Diffusione del numero dei partecipanti rimasti in gara

³¹ Tale aspettativa può sorgere perché, ad esempio, nelle gare passate vi sono stati ripetuti comportamenti di questo tipo, o perché sono “note” in quel mercato pratiche anticoncorrenziali da parte degli operatori.

³² Nel caso in cui il cartello sia composto solo da un sottoinsieme dei partecipanti alla gara, allora la sola graduatoria non permette di sapere se il vincitore prescelto è stato scavalcato da un membro del cartello oppure da un altro concorrente, non appartenente al cartello, che si comporta in modo competitivo.

³³ Si veda Dimitri, Piga e Spagnolo (2006) capitolo 6 per approfondimenti.

Per quanto riguarda la diffusione del numero dei partecipanti in gara, il Codice dei Contratti e la Direttiva Europea specificano che la SA possa darne comunicazione in *qualunque momento* dell'AE. Anche qui ci chiediamo se sia o meno desiderabile diffondere tale informazione.

L'incertezza sul numero dei concorrenti rimasti in gara potrebbe avere effetti pro-competitivi (ovvero stimolare offerte più aggressive) in momenti particolari della gara. Ad esempio, si potrebbe annunciare l'ammontare complessivo dei partecipanti all'inizio dell'AE, per poi non darne più comunicazione fino a quando non ne rimangano in gara meno di un certo numero (2 o 3). In questo modo, si dovrebbe stimolare la competizione nella fase finale dell'asta, evitando al tempo stesso una possibile durata eccessiva della gara qualora i migliori fornitori proseguissero la competizione ad oltranza, con rilanci pari al minimo richiesto. L'effetto pro-competitivo dell'incertezza sarebbe rafforzato, inoltre, dalle aspettative che i partecipanti rimasti avrebbero sui loro possibili rivali: ogni partecipante non sa esattamente con quanti rivali dovrà misurarsi (anche se dalla sua posizione in graduatoria potrà inferirne il numero minimo), ma sa che questi saranno i migliori e che, per batterli, dovrà fare offerte particolarmente vantaggiose. L'incertezza, sommata alla consapevolezza di dover competere con i fornitori più efficienti (cioè quelli in grado di fornire alle miglior condizioni di prezzo/qualità), dovrebbe stimolare una sana competizione.

Conclusioni Pratiche 3.2

- La diffusione di informazioni sulle offerte durante lo svolgimento della gara è auspicabile per facilitare il processo di apprendimento, ma può concorrere al mantenimento di un eventuale cartello collusivo.
- Pubblicare i prezzi, quando il rischio di collusione è alto, può essere rischioso; in tal caso, la SA potrebbe considerare la possibilità di passare da un formato d'asta dinamica ad uno a round singolo.
- Se, invece, il rischio di collusione non è elevato e si ritiene utile favorire l'apprendimento, si potrebbe optare per la pubblicazione del solo prezzo offerto dal miglior classificato. In tal caso si fornirebbe il minimo livello di informazione aggiuntiva rispetto alla graduatoria, forse sufficiente ad ogni concorrente per rivedere la propria offerta, evitando al tempo stesso di agevolare la sostenibilità di un eventuale cartello.
- L'incertezza sul numero di fornitori rimasti in gara ha effetti pro-competitivi, inducendo i partecipanti a fare offerte più aggressive.

3.3. La Formula di aggiudicazione

Terminata la prima fase di valutazione delle offerte, la commissione aggiudicatrice invia ai fornitori ammessi alla fase dell'AE un invito contenente, tra le altre cose, *“la formula matematica che determinerà, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi e/o dei nuovi valori presentati”* (art. 85, comma8) del CdC e art. 54, comma 5) della Direttiva 2004/18 EC). La formula *“integra la ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, quale indicata nel bando di gara o nel capitolato d'oneri; a tal fine le eventuali forcelle devono essere precedentemente espresse con un valore determinato.”*

Una interpretazione letterale della norma sembra suggerire la possibilità di esplicitare nel bando di gara i pesi che verranno utilizzati per la valutazione delle offerte e, solo nella successiva fase degli inviti, la formula matematica utilizzata. In particolar modo, tale lettura, sembrerebbe lasciare la possibilità di esplicitare la formula dopo aver assistito alle offerte effettuate. L'interpretazione letterale, tuttavia, non può essere secondo noi considerata adeguata. Il bando di gara deve contenere al suo interno sia i pesi adottati che la formula matematica, pertanto la dizione *“integra”* contenuta nel comma 8 dell'art.85 è da intendersi come ribadisce. Pertanto, a meno di elementi discrezionali presenti nella valutazione, i partecipanti alla gara dovrebbero essere in grado di valutare se la propria offerta rispetti la regola di attività.

Se la SA non fosse tenuta a specificare già nel bando di gara la formula matematica con cui intenda valutare le offerte durante l'AE e potesse specificarla successivamente nella lettera di invito, avrebbe la facoltà di decidere sul peso relativo di diversi aspetti da valutare tra la prima fase e l'AE. In una gara aggiudicata all'offerta economicamente più vantaggiosa, ad esempio, la Stazione Appaltante potrebbe far competere i fornitori sul prezzo nella prima fase e sugli aspetti qualitativi nell'AE, e viceversa. Come potrebbe anche decidere di far competere i fornitori sia sul prezzo che sulla qualità in entrambe le fasi. Alla SA, in sostanza, resterebbe la possibilità di decidere quanti e quali aspetti mettere a gara.

Più in generale le SA sarebbero incentivate a modificare la formula *“in corso d'opera”*, in tal modo potrebbero imparare qualcosa dalle offerte iniziali e modulare la formula di aggiudicazione dell'AE al fine di meglio soddisfare i propri bisogni. In prima approssimazione, per sfruttare questa opportunità, sarebbe ottimale per la SA specificare la formula nell'invito all'AE e non direttamente nel bando di gara.

Appare evidente non solo un problema di coerenza, ma anche un *trade-off* tra *discrezionalità* e *flessibilità*. Nell'aggiustamento della formula in *“corso d'opera”*, la Stazione Appaltante corre dei rischi in termini di discrezionalità per avere maggiore flessibilità. Se il

cambiamento della formula di aggiudicazione per l'AE comportasse dei vantaggi evidenti, allora i rischi potrebbero essere mitigati dai benefici di un miglioramento della competizione nella fase di AE. Tuttavia, in assenza di benefici in termini di flessibilità, si avrebbero solo i costi della discrezionalità: il mercato, infatti, potrebbe percepire l'aggiustamento della formula come un modo per favorire questo o quel concorrente.

3.4. Procedure di gara

L'AE, come meccanismo di negoziazione/rilancio delle offerte, può essere utilizzata nel contesto di altri importanti ambiti, come gli Accordi Quadro e il Sistema Dinamico di Acquisizione (art. 85, comma 2). Si tratta, quindi, di una "fase finale", estremamente flessibile, del confronto competitivo tra le imprese interessate all'aggiudicazione di un contratto.

In questa sezione ci concentreremo sul contesto forse più naturale nel quale collocare l'AE, ovvero la fase di negoziazione elettronica di un processo di gara ad evidenza pubblica tipico.

In questo contesto di riferimento, l'AE può essere utilizzata essenzialmente come:

- rilancio di una gara "cartacea", oppure
- come parte integrante di un processo di gara gestito interamente con mezzi elettronici.

Il legislatore, comunitario e nazionale, sembra lasciare alla SA la libertà di svolgere la prima fase di valutazione delle offerte in modo "tradizionale", cioè cartaceo (ricezione delle prime offerte in busta chiusa). Fermo restando che l'utilizzo dell'AE debba essere specificato nel bando, le stazioni appaltanti potrebbero, quindi, adottare una procedura di gara cartacea alla quale "aggiungere" una fase di AE, secondo le modalità fissate dal CdC. Tuttavia, tale opzione non è priva di rischi. Una volta ricevute le offerte in busta chiusa, infatti, la SA dovrebbe svolgere una seduta pubblica al fine di attestare l'integrità delle buste contenenti le offerte e la regolarità dell'intera procedura di gara. La seduta rivelerebbe a ciascun partecipante l'identità degli altri partecipanti, i fornitori si incontrerebbero in quella occasione ed avrebbero l'opportunità di coordinarsi per non farsi concorrenza nella fase successiva di AE. Opportunità che si potrebbe concretizzare nei giorni precedenti all'AE, dal momento che il CdC stabilisce che AE non possa svolgersi prima di 2 giorni lavorativi dal termine della prima fase (art. 85, comma 7).

Questo rischio può essere notevolmente mitigato, se non eliminato, inserendo l'AE in un processo di gara interamente telematico, dove la prima fase di valutazione delle offerte avverrebbe per via telematica ed il sistema elettronico fungerebbe da garante della regolarità della procedura. Oltre ad evitare i rischi di possibile collusione da parte dei fornitori in occasione della seduta pubblica, una procedura di gara di questo tipo avrebbe, probabilmente, dei vantaggi sia rispetto ad una gara gestita in modo cartaceo – in termini di processo e "smaterializzazione" della procedura –

sia rispetto ad una Gara Telematica – in termini di minori tempi di aggiudicazione (si eliminerebbero i tempi legati alla fase di abilitazione al bando) –.

3.4.1. Procedura di gara senza Asta Elettronica

L'articolo 85, ultimo comma, del Codice dei Contratti, recependo la Direttiva Europea, stabilisce che *“per l'acquisto di beni e servizi, alle condizioni di cui al comma 3, le stazioni appaltanti possono stabilire di ricorrere a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici ...”*. Pertanto, laddove non si ritenesse utile utilizzare l'AE, rimarrebbe comunque la possibilità, per la Stazione Appaltante, di adottare una procedura di gara “tradizionale” (unico round in busta chiusa) interamente gestita con sistemi telematici senza rinegoziazione dell'offerta (ovvero senza AE).

La SA avrà quindi due strumenti interamente elettronici a disposizione (oltre alla Gara Telematica): la procedura di gara con AE, interamente gestita con sistemi elettronici, con una prima fase di valutazione dell'offerta e AE con più rilanci, discussa nel paragrafo precedente; ed una procedura di gara senza AE, interamente gestita con sistemi elettronici, ad un solo round.

Come evidenziato nella sezione 3, se lo svolgimento della fornitura non è particolarmente complesso ed i costi sono facilmente stimabili da parte dei fornitori (si pensi, ad esempio, alle forniture di PC, cancelleria, autoveicoli, buoni pasto, ed in generale ai beni/servizi con altro grado di standardizzazione) allora la seconda opzione, senza AE, sembra essere preferibile. Al contrario, qualora la fornitura presentasse importanti elementi di incertezza, i rischi di collusione fossero limitati e nel mercato non fosse presente un operatore dominante, allora un formato di gara a rilanci multipli (illimitati, come suggerito nella sezione 3) e, quindi, una procedura di gara con AE, risulterebbe più appropriata. Se la complessità dell'appalto richiedesse l'inserimento di elementi discrezionali nella valutazione delle offerte (come evidenziato nella sezione 2), tali elementi andrebbero valutati nella prima fase, ma non pregiudicherebbero il ricorso ad una procedura di gara interamente elettronica.

Conclusione Pratica 3.3

- Un processo di gara gestito interamente con mezzi elettronici è preferibile per disincentivare la collusione e avrebbe dei vantaggi in termini di processo e materializzazione della procedura sia rispetto ad una gara cartacea che ad una gara telematica;
- Nell'ambito di gare interamente gestite con sistemi elettronici, è preferibile avere una prima fase di valutazione dell'offerta e poi una AE con rilanci multipli quando la fornitura presenta rilevanti aspetti di incertezza. Se lo svolgimento della fornitura non è

particolarmente complesso ed i costi sono facilmente stimabili da parte dei fornitori, allora una gara senza AE ed ad un solo round è preferibile;

4. Il Sistema Dinamico d'Acquisizione

Un Sistema Dinamico di Acquisizione (SDA) è un processo di acquisizione interamente elettronico, il cui utilizzo è previsto per le forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati di uso corrente.³⁴ Limitato nel tempo, rimane 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 capitolato d'onori all'uopo determinato. L'istituzione del sistema e l'aggiudicazione degli appalti nell'ambito del SDA stesso viene effettuata dalle SA prettamente per via elettronica e conformemente all'articolo 77, commi 5 e 6. Il funzionamento di un SDA si snoda su due fasi:

1. istituzione del sistema;
2. aggiudicazione di appalti specifici.

Per quel che concerne la prima fase, le SA seguono le norme della procedura aperta, sino all'attribuzione degli appalti da aggiudicare. Al fine di istituire un SDA, le SA pubblicano un bando *“indicando che si tratta di un Sistema Dinamico di Acquisizione”* (art. 60, comma 6, a) e precisano nel relativo capitolato d'onori, *“[...] la natura degli acquisti che sono oggetto di detto sistema, [...] le informazioni necessarie riguardanti il sistema di acquisizione, l'attrezzatura elettronica utilizzata nonché i dettagli pratici e le specifiche tecniche di connessione”* (art. 60, comma 6, b). Dalla pubblicazione del bando, e sino alla conclusione dell'intera procedura, le SA forniscono, per via elettronica, accesso libero e diretto a tutta la documentazione necessaria rendendo noto l'indirizzo Internet presso il quale gli operatori possono consultare gli eventuali documenti complementari. L'entrata di un operatore economico nel sistema avviene: in qualsiasi momento durante il periodo di sussistenza del SDA e sulla base della valutazione di una offerta indicativa (OI) che può essere migliorata *“in qualsiasi momento, a condizione che”* resti conforme *“al capitolato d'onori”* (art. 60, comma 4). Le SA hanno facoltà di valutare l'OI nei quindici giorni successivi alla presentazione per poi informare, nel minor tempo possibile, l'offerente circa l'esito della specifica. Il termine di quindici giorni può essere esteso ulteriormente, purché nessun appalto sia messo in concorrenza nel frattempo. Con l'accettazione della OI da parte delle SA, l'offerente diviene un fornitore abilitato a partecipare a tutti gli appalti futuri pubblicati sul SDA.

³⁴ *“Le stazioni appaltanti possono ricorrere a sistemi dinamici di acquisizione. Tali sistemi sono utilizzati esclusivamente nel caso di forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati, di uso corrente, esclusi gli appalti di forniture o servizi da realizzare in base a specifiche tecniche del committente che, per la loro complessità, non possano essere valutate tramite il Sistema Dinamico di Acquisizione (art. 60, comma 1)”*

La seconda fase, ovvero l'aggiudicazione di un appalto specifico, si svolge sulla base d'un confronto concorrenziale. Attraverso un bando semplificato, le SA invitano nuovi soggetti economici a presentare una OI conforme al capitolato d'oneri del sistema entro quindici giorni dalla data di invio dello stesso. In seguito, dopo aver concluso la valutazione delle OI, *“invitano tutti gli offerenti ammessi a presentare un'offerta per ogni appalto specifico”* (art. 60, comma 11). A tal fine, viene fissato un termine temporale sufficiente alla presentazione delle offerte, necessariamente migliorative rispetto alla OI, e che possono anche essere ripetute da parte del singolo offerente. Si procede, quindi, alla valutazione delle offerte sulla base dei *“[...]criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del Sistema Dinamico di Acquisizione. Detti criteri possono, all'occorrenza, essere precisati[...]”* (art. 60, comma 12) nell'invito ad offrire per l'appalto specifico.

In generale, la durata di un SDA non può essere superiore ai quattro anni, salvo in casi debitamente giustificati, e lo strumento, che non può essere applicato per appalti di forniture e servizi particolarmente complessi, non deve, in nessun modo, ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza (art. 60, comma 14). È opportuno ricordare, infine, che *“non possono essere posti a carico degli operatori economici interessati o dei partecipanti al sistema contributi di carattere amministrativo”* (art. 60, comma 15).

4.1. Sistema Dinamico di Acquisizione e Accordi Quadro

La struttura bifasica del SDA presenta dei tratti comuni agli Accordi Quadro. Ad una prima lettura dei due istituti, si potrebbe considerare il SDA come un AQ interamente elettronico. Esistono, tuttavia, degli aspetti istitutivi di differenziazione sostanziale.

1. Mentre il SDA è concepito per le forniture di beni e servizi completamente tipizzati e standardizzati, un AQ può essere strutturato per l'acquisizione di forniture moderatamente più complesse.
2. Il numero di operatori che accedono ad un AQ è stabilito *ex ante* dalla SA, mentre lo stesso numero è endogeno in un SDA, ovvero risulta pari al numero degli operatori economici le cui OI sono considerate conformi al capitolato d'oneri.
3. L'esistenza di un aspetto “dinamico”, che si sostanzia nel fatto che, mentre le offerte degli operatori ammessi a un SDA possono essere modificate (nel senso migliorativo) in modo continuo, le imprese che fanno parte di un AQ presentano le proprie offerte solo in coincidenza dei singoli appalti banditi dalle amministrazioni aggiudicatrici.
4. Il SDA è un istituto intrinsecamente “aperto”, dal momento che qualsivoglia operatore economico, la cui offerta indicativa soddisfa i criteri stabiliti nel capitolato d'oneri, è

ammesso in qualunque momento durante la vita del sistema. Al contrario, le stazioni appaltanti concludono AQ con un certo numero di imprese che rimane fisso durante tutta la durata dell'istituto.

5. Malgrado il SDA sia un sistema aperto con determinazione endogena dei partecipanti, un AQ può essere aggiudicato a più fornitori (occorre poi un criterio per scegliere tra i fornitori, es. rotazione o cascata), mentre l'appalto specifico in un SDA viene sempre aggiudicato ad un solo fornitore.

L'elevata similitudine tra l'istituto dell'AQ ed il SDA fa sì che le considerazioni svolte nel paragrafo 2 siano in larga parte valide anche nel caso dello strumento in esame. Pertanto, si procederà a descrivere i casi in cui le peculiarità del SDA, come il fatto di essere un sistema aperto e con determinazione endogena dei partecipanti, portano a conclusioni in termini di partecipazione, concorrenza, capacità di soddisfare la domanda della PA, collusione, corruzione, ecc. che siano differenti rispetto a quelle esposte in precedenza. A tal fine sarà però necessario un approfondimento circa le peculiarità che distinguono un SDA da un AQ.

4.2. La Natura della Offerta Indicativa

Veniamo, ora, al caso in cui una centrale di committenza decida di istituire il SDA per appalti specifici banditi da altre amministrazioni.

L'ammissione al SDA sulla base di una offerta indicativa rappresenta, a nostro avviso, l'aspetto più problematico dell'intero istituto. Dal momento che un'offerta contiene sia aspetti tecnici che economici, discuteremo di seguito due scenari:

1. offerta indicativa esclusivamente tecnica;
2. offerta indicativa sia tecnica che economica.

4.2.1. Offerta Indicativa esclusivamente tecnica

Questo scenario configura l'interpretazione più restrittiva del concetto di "offerta indicativa": la definizione inglese di OI, ovvero *indicative bid*, esprime, infatti, chiaramente una componente economica. L'adozione di una OI puramente tecnica implica una selezione degli operatori economici sulla base di caratteristiche intrinseche all'impresa (ad es. certificazioni dei processi di produzione) o di aspetti tecnici delle forniture. Le imprese ammesse al sistema (e tutte quelle che entrano successivamente all'istituzione) sono poi invitate ad un confronto concorrenziale per gli appalti specifici. Tale struttura bifasica renderebbe un SDA simile al Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA - Art. 11, DPR101/2002), che è, di fatto, un insieme di cataloghi elettronici di fornitori selezionati sulla base di requisiti inerenti all'impresa e al prodotto.

Il MEPA prevede due modalità d'acquisto. La prima è un Ordine Diretto da catalogo; la seconda è una Richiesta di Offerta che implica un confronto (automatico) tra le offerte dei fornitori abilitati e una conseguente graduatoria automatica. Di conseguenza, un SDA con OI meramente tecnica e il MEPA con acquisto tramite richiesta di offerta rappresenterebbero due mezzi molto simili, anche se il SDA permette acquisti sotto e sopra soglia comunitaria mentre il MEPA può essere utilizzato esclusivamente per acquisti sotto soglia.

4.2.2. Offerta Indicativa con componenti economica e tecnica

Questa seconda opzione, pur essendo decisamente più in linea con le brevi simulazioni fornite dalla Commissione Europea a scopo esplicativo e con il concetto di offerta (che deve necessariamente contenere una componente economica), non può certo configurarsi come la più semplice da realizzare in concreto.

Nell'ambito di questo scenario, è possibile distinguere due ulteriori fattispecie distinte:

- a. componente tecnica completa;
- b. componente tecnica incompleta.

4.2.2.1. Offerta tecnica completa

Se ci trovassimo di fronte ad una OI strutturata su una componente tecnica *completa* e una economica, l'oggetto del SDA dovrebbe essere una classe di prodotti/servizi alquanto limitata: le caratteristiche tecniche risulterebbero, infatti, già dettagliate nel capitolato istitutivo. La componente economica risulterebbe, di conseguenza, molto informativa sull'efficienza dei fornitori. Dal momento che le offerte economiche non potrebbero essere soggette ad alcun peggioramento, infatti, la componente economica della OI rappresenterebbe il *prezzo massimo* che un fornitore sarebbe disposto a chiedere per una certa fornitura le cui condizioni, tuttavia, verranno completamente identificate negli appalti specifici.

Quanto più dettagliata è la componente tecnica della OI, quindi, tanto minore è la flessibilità lasciata all'amministrazione aggiudicatrice. Se la flessibilità del sistema (ovvero la possibilità di bandire appalti specifici che meglio si adeguino alle particolari esigenze delle singole amministrazioni aggiudicatrici) rappresenta uno degli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario e nazionale, una componente tecnica sufficientemente completa già nel momento dell'OI sembrerebbe andare in una direzione contraria. *Quanto minore è la flessibilità del sistema nel rispondere ai bisogni specifici delle amministrazioni aggiudicatrici, inoltre, tanto maggiore è l'informazione fornita dalla componente economica della OI sull'efficienza degli operatori economici ammessi al sistema.*

Deve essere, poi, considerato un ulteriore aspetto relativo alla scelta di una OI con componente economica completa: la possibile generazione di un problema di coerenza tra i criteri di ammissione al sistema e quelli di aggiudicazione dei singoli appalti. Supponiamo, infatti, che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (MEAT – *Most Economically Advantageous Tender*) venga utilizzato per un appalto specifico. Ciò implica che l'aggiudicazione avviene sulla base d'un punteggio ottenuto trasformando le offerte economiche e quelle tecniche di ogni fornitore attraverso una formula di aggiudicazione. A questo punto si verrebbe a determinare un possibile problema di coerenza: le singole offerte economiche e tecniche dei fornitori rispetto al contenuto dell'OI potrebbero essere sottoposte a vincoli di sorta, oppure le OI potrebbero rappresentare un benchmark acquisito? Se, infatti, il contenuto delle OI non può essere peggiorato durante tutta la vita del sistema (ovvero, gli aspetti tecnici non possono che migliorare mentre i prezzi non possono che diminuire), allora si dovrebbe ritenere la componente tecnica della OI come limite inferiore e la componente economica come limite superiore ai livelli qualità-prezzo che gli operatori economici possono presentare in sede di appalti specifici.

4.2.2.2. Offerta tecnica incompleta

Consideriamo, ora, il caso di una OI strutturata su una componente tecnica *incompleta* e una economica. Dal momento che non esiste, in pratica, una maniera univoca di definire una componente tecnica incompleta, ci limiteremo al caso in cui questa ultima individui una macrocategoria di prodotti/servizi (ad esempio, computer portatili con schermi di almeno 13 pollici, dal peso inferiore a 3kg etc). All'interno di questa classe merceologica, si possono configurare appalti specifici di computer portatili le cui caratteristiche verranno completate nel bando semplificato. Quanto più ampia è la classe definita nel bando istitutivo, tanto maggiore risulterà essere la flessibilità lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici. Una macrocategoria poco dettagliata, d'altra parte, obbliga gli operatori economici a formulare una componente economica della OI necessariamente meno informativa sui costi di produzione (efficienza dell'operatore) di quella con componente tecnica completa. Le conclusioni tratte dall'esame dello scenario precedentemente menzionato vengono, di conseguenza, ribaltate. *Quanto maggiore è la flessibilità del sistema nel rispondere ai bisogni specifici delle amministrazioni aggiudicatrici tanto minore è l'informazione fornita dalla componente economica della OI sull'efficienza degli operatori economici ammessi al sistema.*

Occorre sottolineare che l'OI con la quale un fornitore si registri nel SDA deve sempre essere basata sul capitolato d'onere istitutivo del SDA, anche quando questo riguardava un'offerta tecnica non completa. Ad esempio un nuovo entrante in un SDA per un prodotto generico, come i

PC, si registra con un'OI generica sui PC anche se lo fa in occasione di un bando specifico per l'acquisto di un computer che abbia delle caratteristiche specifiche (ad esempio: pentium 4, con HD da 80Gb, schermo da 14", ecc.). In caso contrario, il nuovo entrante rimarrebbe vincolato ad un'offerta specifica, che lo costringerebbe anche nel caso di appalti futuri per PC con caratteristiche specifiche differenti.

4.3. Collusione in un Sistema Dinamico di Acquisizione

Le caratteristiche salienti del SDA descrivono, in breve, un "mercato elettronico" in cui i processi di acquisizione da parte di amministrazioni avvengono in seguito a confronti concorrenziali tra gli operatori ammessi al sistema. Un confronto concorrenziale, tuttavia, non esclude di per sé la possibilità che gli operatori possano adottare strategie di coordinamento tacito per ridurre la competizione sui prezzi. La teoria economica, identificando una vasta gamma di fattori che facilitano una varietà di forme di "collusione tacita" tra imprese, può tornare decisamente utile anche nell'esame di un DSP.

Pubblicazione delle identità degli operatori ammessi al sistema. Né la Direttiva 2004/18 EC, né il suo recepimento nell'art. 60 del CdC, menzionano la possibilità che la Stazione Appaltante pubblichi le identità degli operatori ammessi al sistema. Se è vero, infatti, che la conoscenza delle identità degli operatori da parte delle singole amministrazioni permette a queste ultime di avere un quadro completo del mercato; è altrettanto vero che rendere nota tale informazione a *tutti* gli operatori economici presenti nel sistema potrebbe facilitare le strategie di coordinamento tacito. Se, infatti, un cartello di imprese fosse già esistente ed in attività, la conoscenza delle identità dei concorrenti favorirebbe l'identificazione dei più aggressivi facilitando la scelta della migliore strategia collusiva. Se, invece, un cartello non esistesse al momento dell'istituzione del sistema, la pubblicità delle identità favorirebbe i tentativi di identificare quegli operatori disposti ad aderire ad un accordo collusivo.

Barriere all'entrata. Dal momento che il SDA è aperto durante tutta la sua durata a qualsivoglia operatore la cui offerta indicativa soddisfi i criteri previsti dal capitolato istitutivo, il sistema sembra essere stato concepito con ridotte barriere all'entrata. L'intero Codice, inoltre, prevede l'utilizzo di mezzi di comunicazione comunemente disponibili in modo "*da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedure di aggiudicazione*" (art. 77, comma 5). Semplificare le forme di comunicazione, infatti, contribuisce a ridurre ulteriormente le barriere "tecnologiche" all'entrata nel SDA. La letteratura economica fornisce, a questo proposito, indicazioni robuste: ridotte barriere all'entrata in un mercato riducono la stabilità di accordi collusivi tra le imprese già attive e hanno, quindi, un effetto procompetitivo.

Visibilità della componente economica nell'offerta indicativa. I legislatori comunitario e nazionale non specificano in quale misura rendere pubblica la componente economica dell'OI. Tale prezzo, proprio perché può essere modificato durante la vita del sistema, rappresenta un utile strumento di coordinamento tra le imprese, ovvero un efficace canale di comunicazione per implementare una data strategia collusiva. Rendere nota la componente economica dell'OI alle amministrazioni e non agli operatori ammessi fornisce, quindi, informazioni utili agli acquirenti e, allo stesso tempo, riduce il rischio di comportamenti anticompetitivi.

Omogeneità dei beni/servizi. L'ampiezza della classe di beni/servizi oggetto del SDA determina il grado di omogeneità dei singoli beni/servizi che vengono forniti alle singole amministrazioni in seguito alle aggiudicazioni dei singoli appalti specifici. Come già evidenziato in precedenza, l'ampiezza della classe di beni/prodotti descritta dal capitolato istitutivo del SDA dipende sostanzialmente dal grado di completezza dell'offerta tecnica nell'OI. Una componente tecnica completa, infatti, definisce una classe di beni/servizi abbastanza simili, quindi l'intero valore degli appalti specifici può costituire la "torta" che un cartello mira a spartirsi. Lo scenario diventa ancor più favorevole ad accordi collusivi (taciti) se, oltre ad un elevato grado di omogeneità dei beni/servizi, gli operatori economici ammessi risultano simili in termini di efficienza. Una conclusione opposta, invece, potrebbe essere tratta nel caso di offerta tecnica incompleta e operatori molto diversi tra loro per strutture di costi di produzione.

Conclusioni Pratiche 4.1

- La pubblicazione dell'identità degli utenti registrati nel SDA facilita la formazione ed il mantenimento di cartelli collusivi.
- Il SDA, essendo, per sua natura, un sistema aperto, riduce le barriere all'entrata e, quindi, limita le capacità di mantenere un cartello collusivo.
- La pubblicazione dei prezzi di un'OI facilita la formazione ed il mantenimento di un cartello collusivo.
- L'utilizzo di un'offerta tecnica completa su un prodotto omogeneo facilita la formazione ed il mantenimento di un cartello collusivo.

5. Il Dialogo Competitivo

Il Dialogo Competitivo (DC) è descritto dall'articolo 58 del Codice dei Contratti, che recepisce l'articolo 29 della Direttiva 2004/18/EC. L'istituto è concepito per consentire alle stazioni appaltanti di selezionare aggiudicatari di "appalti particolarmente complessi", qualora tale aggiudicazione non venga considerata possibile facendo ricorso alla procedura aperta o ristretta.

L'essenza del nuovo sistema è quella di porre a base della gara un capitolato tecnico i cui contenuti prestazionali, contrariamente a quanto può accadere per le altre procedure di selezione, non sono posti dall'amministrazione appaltante, bensì, per la loro "particolare complessità", sono negoziati con le stesse imprese che partecipano alla gara. Il codice considera "particolarmente complesso" un appalto pubblico per il quale la Stazione Appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito:

- alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni;
- alle caratteristiche funzionali, tecniche (ex articolo 68, comma 3, lettere b), c) e d)), gestionali ed economico-finanziarie degli stessi;
- all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche."

L'esempio è quello di una SA intenzionata a fornire un appalto per progetti informatici particolarmente complessi che richiedono ingenti investimenti in soluzioni innovative.

L'intero processo del Dialogo Competitivo si articola in tre fasi:

1. la pubblicazione del bando e l'ammissione dei concorrenti;
2. il dialogo con i concorrenti ammessi;
3. la fase di aggiudicazione.

Il bando di gara, o il documento descrittivo, contiene la descrizione delle necessità o obiettivi, i requisiti di ammissione al Dialogo Competitivo, il numero delle fasi nelle quali si articolerà il DC, la possibilità per la SA di escludere progressivamente delle soluzioni, il criterio di valutazione delle offerte (da intendersi come pesi da attribuire agli elementi pertinenti a natura, oggetto e caratteristiche del contratto al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa) e il termine entro il quale gli interessati possono presentare istanza di partecipazione alla procedura. Durante la fase del dialogo le stazioni appaltanti richiedono a tutti i partecipanti ammessi delle soluzioni finalizzate *"all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le loro necessità o obiettivi"* (art. 58, comma 6). Per evitare che la SA combini singoli profili delle diverse proposte, sfruttando l'inventiva dei candidati, oltre che per preservare la riservatezza delle proposte stesse, il dialogo è condotto individualmente con ciascuno dei partecipanti: le stazioni appaltanti *"non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri"* (art. 58, comma 7). La procedura può evolversi per fasi successive in modo da operare una progressiva riduzione del numero di soluzioni da discutere durante il dialogo. L'offerta economicamente più vantaggiosa è il criterio che si applica

anche per l'esclusione di soluzioni proposte nel passaggio da una fase all'altra del DC. Il DC si protrae finché le stazioni appaltanti non siano nelle condizioni adeguate per individuare, se del caso dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni che possono soddisfare le loro necessità o obiettivi. A questo punto la SA può richiedere alle imprese partecipanti le loro offerte finali circa la propria proposta come progressivamente sviluppata all'interno del DC. Qualora le stazioni appaltanti abbiano una motivazione valida per ritenere che nessuna delle soluzioni sia soddisfacente, esse hanno la facoltà di non aggiudicare la gara. I partecipanti vengono immediatamente informati di tale decisione e ad essi *“non spetta alcun indennizzo o risarcimento”* (art. 58, comma 11) anche se le stazioni appaltanti *“possono prevedere premi o incentivi per i partecipanti al dialogo”* (art. 58, comma 17).

La breve descrizione dell'istituto, così come previsto dall'art. 58 del Codice degli appalti pubblici, mette in luce la peculiarità del Dialogo Competitivo, ovvero un processo estremamente flessibile e dinamico di selezione graduale di un contraente per progetti di estrema complessità rispetto ai quali la Stazione Appaltante richiede al mercato di fornire delle opzioni tali da definire l'oggetto specifico delle sue necessità.

Il Dialogo Competitivo è chiaramente diretto a permettere alle amministrazioni di usufruire di tecnologie di frontiera per risolvere problemi nuovi e complessi, e allo stesso tempo a stimolare innovazione dal lato dei potenziali fornitori. Una analisi delle forze economiche in gioco e delle possibilità di implementare con successo questo strumento per raggiungere obiettivi così importanti deve rispondere almeno alle seguenti domande. Quali sono gli incentivi perché le imprese (i) considerino conveniente partecipare a un tale processo potenzialmente lungo e costoso, e (ii) investano risorse in un progetto innovativo; Quali gli incentivi perché le amministrazioni (iii) scelgano con criteri di efficienza il ricorso a tale istituto, e (iv) sfruttino la flessibilità di quest'ultimo senza correre il rischio di sconfinare nella discrezionalità?

5.1. Incentivi per i partecipanti al Dialogo Competitivo

La condizione necessaria per il ricorso al Dialogo Competitivo, come già evidenziato, è la complessità di un progetto rispetto al quale la Pubblica Amministrazione non riesce ad individuare ed a definire i mezzi più idonei a soddisfare i propri obiettivi. In primo luogo, bisogna tener presente che la natura complessa dei progetti e l'investimento in idee innovative sono caratterizzati da elevati costi di partecipazione che potrebbero scoraggiare particolarmente le imprese di piccole dimensioni. L'investimento in risorse progettuali realizzato dai partecipanti, inoltre, può trovare un ostacolo nell'assenza ex post di premi/ricompense per tali sforzi.

5.1.1. Appropriabilità delle soluzioni innovative

L'incentivo a investire in soluzioni innovative (e quindi rischiose) è tanto più forte quanto maggiore è il grado di appropriabilità del risultato ottenuto da parte del singolo partecipante. Sappiamo della riservatezza nel corso del DC, ma potrebbe anche accadere che la SA trasmetta, anche involontariamente, spunti o idee particolarmente interessanti da un concorrente ad un altro. Ora, se da un lato non è possibile definire in astratto il grado di appropriabilità, visto che la norma del Codice fornisce solo delle linee di massima per l'intero processo, è possibile dall'altro individuare gli aspetti della procedura che influiscono positivamente o negativamente su tale livello di appropriabilità. Nell'ipotesi di massimo grado di appropriabilità, alla fine della procedura, quindi *ex post*, l'aggiudicatario rimane proprietario delle soluzioni innovative selezionate dall'amministrazione. All'inizio della procedura, tuttavia, e durante le fasi del dialogo ogni singolo partecipante è incerto rispetto all'eventualità di essere selezionato. Le risorse investite potrebbero aumentare le *chances* per ogni singola impresa di arrivare allo stadio finale della procedura, ma potrebbero essere anche sfruttate dall'amministrazione per "trasferire" soluzioni da un'impresa ad un'altra al fine di assemblare il progetto "ottimale."

Un semplice esempio può aiutare a chiarire tale rischio. Supponiamo che un progetto presenti due dimensioni di complessità: design e contenuto tecnologico. Tre imprese partecipano al Dialogo Competitivo. L'impresa A gode di un'alta reputazione per il design dei propri progetti, l'impresa B è molto conosciuta per l'innovazione tecnologica, infine l'impresa C non si distingue né nell'una né nell'altra dimensione. Immaginiamo che dopo una prima fase di dialogo l'amministrazione scopra che la soluzione di design offerta da A si componga perfettamente con i contenuti tecnologici proposti da B. Anche se l'amministrazione interagisce con i singoli partecipanti su base individuale, essa potrebbe sempre suggerire a B di inglobare le soluzioni proposte da A o viceversa. Dopo la prima fase l'amministrazione potrebbe procedere alla fase finale di competizione tra B e C, o A e C, sapendo di aver già ottenuto il progetto più appropriato. *Ex ante*, tale scenario potrebbe indurre A e B a non investire sapendo che una delle due potrebbe essere eliminata dal processo prima della fase finale. Al fine di non disincentivare l'investimento diventa quindi cruciale la possibilità di ricompensare in una qualche misura, *tutti* i partecipanti che investano e non solo l'impresa che sarà l'aggiudicataria dell'appalto. L'articolo 58, al comma 17, prevede che si possano stabilire premi per i partecipanti, e quindi fornisce lo strumento giuridico per disegnare appropriati incentivi per tutti i partecipanti. Rimane, tuttavia, forte il dubbio che un'amministrazione pubblica sia in grado di allocare una frazione, potenzialmente consistente, del budget per ricompensare le imprese che vengono escluse dal dialogo prima della fase finale. Un'altra soluzione per incrementare la probabilità di vittoria e quindi incentivare l'investimento

potrebbe consistere nel restringere il numero delle imprese invitate a partecipare alla gara e il contenimento del numero delle fasi del Dialogo Competitivo (un numero alto di fasi rende potenzialmente più complesso il progetto ed aumenta i costi di partecipazione).

5.1.2. Incertezza procedurale e di aggiudicazione

Due ulteriori aspetti del Dialogo Competitivo possono ridurre gli incentivi dei partecipanti a investire in soluzioni innovative per un progetto complesso. In primo luogo, la mancanza di responsabilità della Pubblica Amministrazione in caso di mancata aggiudicazione dell'appalto. Tale aspetto protegge l'amministrazione dall'eventualità di dover aggiudicare un appalto anche quando la migliore soluzione proposta non sia interamente soddisfacente, ma aumenta il rischio che l'investimento delle imprese non venga remunerato riducendo di conseguenza gli incentivi ad investire. In secondo luogo, la precisazione dei criteri di valutazione solo in una fase avanzata della procedura aggiunge un ulteriore elemento di incertezza sugli aspetti del progetto che verranno maggiormente premiati nella formula di aggiudicazione e potrebbe quindi ridurre gli incentivi dei partecipanti a investire risorse prima di apprendere come saranno valutati i singoli aspetti. In particolar modo può sorgere il timore che i criteri di valutazione vengano confezionati per favorire un'impresa piuttosto che un'altra.

Conclusione Pratica 5.1

- Stabilire premi per i partecipanti fissati ex ante, al fine di ridurre l'effetto disincentivante sull'investimento dovuto alla possibilità di non aggiudicazione e alla possibilità dell'espropriabilità dell'idea innovativa.
- Trasparenza e reputazione. Le SA devono cercare di trasmettere in modo credibile ai potenziali fornitori la loro affidabilità e correttezza prima della gara. Ad esempio la SA può comunicare nel bando che la procedura sarà monitorizzata e seguita passo passo da esperti indipendenti.
- Raccolta dati gare. L'analisi dello storico delle gare organizzate da una SA può aiutare a valutarne la "debolezza" (es. numero di ricorsi, numero delle gare non assegnate, ecc.).
- Vigilanza ex ante and ex post. Il legislatore ha previsto, al fine di evitare un abuso dell'utilizzo dello strumento, che il provvedimento con cui la Stazione Appaltante decide di ricorrere al Dialogo Competitivo debba contenere specifica motivazione in merito ai presupposti ex comma 2 art. 58; tuttavia non è del tutto chiaro a chi spetti la verifica della sussistenza di tali presupposti. La presenza di anomalie come un elevato numero di ricorsi, potrebbe essere uno dei criteri per non approvare il procedimento ad una SA.

- Training e responsabilizzazione PA

5.2. Incentivi per la Pubblica Amministrazione

Le diverse fasi del Dialogo Competitivo sembrano essere ispirate dall'esigenza di garantire alle amministrazioni pubbliche il più alto grado di flessibilità per ottenere dal mercato soluzioni innovative per appalti complessi. Le potenzialità di uno strumento così flessibile, se utilizzato appropriatamente, sono quindi elevate. E' necessario però chiedersi se le norme del codice siano di per sé sufficienti perché le amministrazioni utilizzino efficacemente un istituto così complesso per massimizzare il benessere pubblico. In altri termini, quanto è plausibile che la flessibilità dell'istituto si trasformi in favoritismo per una singola impresa?

La segretezza del dialogo, la possibilità di precisare i criteri di valutazione in una fase avanzata del dialogo, e la mancanza di responsabilità dell'Amministrazione per la mancata aggiudicazione potrebbero produrre, in assenza di preparazione e monitoraggio adeguate, un rischio elevato (o una paura da parte dei fornitori) di (i) appropriazione di idee progressivamente fornite dai partecipanti; (ii) trasferimento delle stesse ad un partecipante "vicino" all'Amministrazione; e infine (iii) definizione di criteri di aggiudicazione che favoriscano proprio il progetto di quest'ultimo partecipante. Come abbiamo visto nella sezione precedente, il rischio che emerga un tale scenario influenza negativamente l'incentivo delle imprese a investire in progetti innovativi. Diventa quindi essenziale strutturare l'intero processo perché tale rischio venga minimizzato.

Conclusione Pratica 5.2

- E' importante raccogliere e diffondere i dati riguardanti la fase competitiva del processo, oltre alla registrazione dell'intero dialogo. Questo potrebbe assicurare la tracciabilità delle informazioni riservate fornite dai partecipanti all'Amministrazione, in modo da garantire che quest'ultima non trasferisca soluzioni da un'impresa ad un'altra.
- Selezione iniziale e crescita dei premi ai partecipanti (fissati ex ante). Al fine di evitare l'effetto perverso di avere la partecipazione di soggetti che non abbiano i requisiti necessari e che non siano realmente interessati all'aggiudicazione della gara, la stessa dovrebbe prevedere più fasi di selezione e premi progressivamente crescenti a partire dalla fase successiva alla selezione preliminare.
- Una efficace vigilanza sulle scelte dell'Amministrazione prima dell'inizio del dialogo e alla fine dello stesso appare indispensabile per il successo dello strumento. In particolare, appare indispensabile un controllo rigoroso sulle nomine delle commissioni aggiudicatrici.

6. Conclusioni

L'analisi effettuata rivela il duplice connotato della flessibilità che il Codice dei Contratti Pubblici e la Direttiva 2004/18 EC introducono: a seconda dell'uso che se ne faccia essa può rivelarsi un rischio oppure un'opportunità. La Direttiva ed il Codice mettono a disposizione innovazioni procedurali per consentire alle pubbliche amministrazioni ed alle centrali di committenza di dotarsi di strumenti di selezione dei fornitori più flessibili, più adatti a far fronte ai sempre più rapidi mutamenti nei mercati all'interno dei quali si trovano ad operare. L'Accordo Quadro, il Sistema Dinamico di Acquisizione, il Dialogo Competitivo e l'Asta Elettronica sono accomunati da elementi di maggiore dinamicità e flessibilità accordati agli utilizzatori rispetto alle gare tradizionali.

Tra i vantaggi offerti da questi strumenti possiamo sicuramente annoverare la possibilità di soddisfare con maggiore accuratezza i bisogni eterogenei delle differenti pubbliche amministrazioni. Viceversa, la maggiore discrezionalità accordata alle stazioni appaltanti potrebbe rappresentare un rischio qualora possa configurarsi come un viatico per il favoritismo.

Nel corso del lavoro sono state messe in evidenza le criticità di ogni singolo strumento. In questa fase conclusiva ci soffermiamo invece su un aspetto di natura metodologica e sostanziale che abbraccia l'intera implementazione della Direttiva e del Codice dei Contratti Pubblici. Proveniamo da un sistema rigido in cui quasi tutte le procedure erano previste da norme apposite e stringenti. I meccanismi di controllo implementati in passato, i giudizi sulla gare di procurement espressi dagli organismi di controllo competenti, hanno soprattutto riguardato la correttezza formale, ovvero la corrispondenza della procedura seguita alla norma. Sorge quindi il dubbio che, in tale situazione, vi possa essere un effetto potenzialmente dirompente di una normativa in grado di offrire ampi spazi di discrezionalità, anche da un punto di vista procedurale. Alle SA, infatti, viene ora consentito di organizzare, al fine di soddisfare lo stesso bisogno, gare molto diverse e in grado di condurre a risultati radicalmente dissimili in termini di numero di aggiudicatari, qualità del prodotto e dei servizi annessi e di prezzo di aggiudicazione. E' allora evidente che il giudizio su una gara non possa più essere basato sull'aderenza della procedura alla norma, ma debba piuttosto essere un giudizio di merito legato all'analisi del risultato ottenuto. Pertanto, pur in assenza di un danno per l'erario si palesa la necessità di un sistema di monitoraggio assai più sofisticato, un "*Value-for-Money Audit*", per dirla all'inglese, che vigili sull'efficacia dell'azione di tutte le SA, per indirizzare in senso positivo la discrezionalità che viene loro concessa. Per questo tipo di *audit* occorrono la raccolta di banche dati e sviluppo di competenze per l'analisi economico-statistica delle stesse.

Infine, per sfruttare appieno la flessibilità propria dei nuovi istituti è auspicabile investire nella formazione strategico-economica - oltre che giuridica e merceologica - del personale addetto alle mansioni legate alla progettazione e allo svolgimento delle gare.

Bibliografia

Albano, G. L., Buccirosi, P., Spagnolo, G., e Zanza, M., (2006) Preventing Collusion in Procurement, (N. Dimitri, G. Piga e G. Spagnolo editori), Handbook of Procurement, Cambridge University Press.

Albano, G., L., Dimitri, N., Pacini, R. e Spagnolo, G., (2006) Information and Competitive Tendering, (N. Dimitri, G. Piga e G. Spagnolo editori), Handbook of Procurement, Cambridge University Press.

Decreto Legislativo 12 Aprile 2006, n. 163 (2006), Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”

Dimitri, N., Piga G. e G. Spagnolo (a cura di), (2006), Handbook of Procurement, Cambridge University Press

Official Journal L 134 , 30/04/2004 P. 0114 – 024 (2004), Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

Lengwiler, Y., e Wolfstetter E., (2006) Corruption in Procurement Actions, (N. Dimitri, G. Piga e G. Spagnolo editori), Handbook of Procurement, Cambridge University Press.

*Moldovanu, B., e Sela, A., (2006), Contest Architecture, *Journal of Economic Theory*, Vol. 126, No. 1, January 2006, 70-97.*

*Moldovanu, B., e Sela, A., (2001), The Optimal Allocation of Prizes in Contests, *American Economic Review*, Vol 91(3), 542-558.*

Roth A.E. & Ockefels A. (2000), Last Minute Bidding and The Rules for Ending Second-Price Auctions: Theory & Evidence from a Natural Experiment on the Internet, NBER Working Paper #7729.