

ORGANIZZAZIONI SANITARIE E CONTRATTI PUBBLICI IN EUROPA: MODELLI ORGANIZZATIVI PER LA QUALITÀ IN UN SISTEMA DI CONCORRENZA

di GABRIELLA M. RACCA e ROBERTO CAVALLO PERIN

SOMMARIO: 1. I contratti pubblici per la sanità in Europa fra razionalizzazione dei costi e strategie d'acquisto. – 2. Nuovi modelli europei per l'organizzazione dei contratti pubblici in sanità. – 3. La costituzione di centrali di committenza per la sanità. – 3.1. Altre forme di collaborazione per favorire l'efficienza – 4. Prospettive future.

1. I contratti pubblici per la sanità in Europa fra razionalizzazione dei costi e strategie d'acquisto

L'analisi dei contratti pubblici destinati ai sistemi sanitari europei evidenzia profili che sono di grande interesse. Anzitutto la rilevanza economica del settore vale ad enuclearlo come mercato europeo di particolare rilievo, come area di disciplina europea che può assumere peculiarità proprie, la cui consistenza può legittimare la produzione di norme dedicate "alle transazioni economiche in sanità". Sotto altro profilo si può notare che le riflessioni in materia evidenziano l'esigenza di contenere e razionalizzare la spesa, giungendo alla valutazione dei possibili orientamenti strategici sul relativo potere d'acquisto di ciascun committente ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ G.M. RACCA, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G.M. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario, un primo bilancio*, Roma, Franco Angeli, 2008, 274; G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2010, 1375 ss.; J.M. KRUEITEN, F. RAUTENBERG, M. LIEFNER, *Future Relevance and Consequences of Hospital Purchasing Cooperative for Medical Technology Suppliers in Germany*, in http://www.bvmed.de/stepone/data/downloads/55/a5_100/study_purchasing.pdf; UK Government's, *Operational efficiency programme: collaborative procurement*

La necessità di mantenere o addirittura di migliorare la qualità del servizio erogato impone significativi interventi di razionalizzazione dell'organizzazione produttiva che sono l'occasione per riconsiderare anzitutto l'intero processo di approvvigionamento: dalla definizione dei fabbisogni sino alla distribuzione ed erogazione dei beni e servizi ⁽²⁾.

Attualmente l'ammontare della spesa connessa alle acquisizioni di beni (compresi i farmaci) e servizi supera la spesa per il personale e raggiunge il 35% della spesa sanitaria complessiva ⁽³⁾, sicché l'intervento sui costi assume immediatamente un carattere strategico nell'attività di riorganizzazione

report, maggio 2009; E. SCHNELLER, *The Value of Group Purchasing in the Health Care Supply Chain*, 2009, in https://gpo.n3a.org/PDF/Public/GPO/GroupPurchasing_review.pdf.

⁽²⁾ K. SYRETT, *Opening eyes to the reality of scarce health care resources?* in *Public Law*, 2006, 664; G.M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119 ss.; G.M. RACCA e G.L. ALBANO, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience*, di prossima pubblicazione.

⁽³⁾ Nuovo Patto per la Salute per gli anni 2010-2012, Rep. n. 243/CSR del 3 dicembre 2009 adottato dalla Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, confluito nella l. 23 dicembre 2009, n. 191, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria 2010, art. 1, commi 67 e ss.). Il Patto per la Salute è un accordo finanziario e programmatico tra il governo e le Regioni, di valenza triennale, in merito alla spesa e alla programmazione del Servizio Sanitario Nazionale, finalizzato a migliorare la qualità dei servizi, a promuovere l'appropriatezza delle prestazioni e a garantire l'unitarietà del sistema. Sono appunto le Regioni ad avere il compito di assicurare l'equilibrio economico finanziario della gestione sanitaria, in condizioni di efficienza ed appropriatezza. Da parte sua, lo Stato si impegna ad assicurare 104.614 milioni di euro per l'anno 2010 e 106.934 milioni di euro per l'anno 2011, un incremento del livello di finanziamento (rispetto al 2011) del 2,8% per l'anno 2012. Si veda anche Accordo Stato-Regioni, 23 ottobre 2009, Nuovo Patto per la salute: "Lo Stato si impegna ad assicurare in relazione al livello di finanziamento del SSN 106.000 milioni di euro per il 2010, 108.000 milioni di euro per il 2011, 112.000 per il 2012 con un minimo aumento della spesa" (mentre in passato, fra il 2001 e il 2010 l'aumento della spesa sanitaria è stato del 30%).

del sistema sanitario ove si pensi che interessanti ricerche di settore rivelano che la spesa per gli acquisti nel settore pubblico possa essere ridotta fino al 28% ⁽⁴⁾, mediante l'attuazione di politiche di aggregazione e razionalizzazione.

L'indicato ampio margine di inefficienza dei contratti pubblici richiede, anche per il settore della sanità, appropriati interventi capaci di superare i comportamenti generalmente riconosciuti come inadeguati, come quelli riscontrati nel nostro ordinamento in relazione alla spesa storica sempre crescente ed all'assenza o alla difficile definizione di differenti parametri di valutazione per l'assegnazione dei finanziamenti, quali ad esempio i costi standard, comparabili anche a livello europeo ⁽⁵⁾. Simili valutazioni potrebbero essere più utilmente riferite ai costi dei beni e servizi funzionali al servizio sanitario da erogare.

Il settore dei contratti pubblici per la sanità presenta inoltre peculiarità connesse alla necessaria considerazione delle preferenze cliniche che va affrontata con attenzione e delicatezza, ma che pare circoscritta ad una percentuale limitata dei presidi sanitari ⁽⁶⁾.

Dal punto di vista europeo il mercato degli appalti pubblici risulta ancora largamente frammentato, sia per la nume-

⁽⁴⁾ In particolare ci si riferisce a: C. HUSTED, N. REINECKE, *Improving public-sector purchasing*, McKinsey & Company, 2009.

⁽⁵⁾ L. 5 maggio 2009 n. 42, cit., art. 2, comma 2, lett. m), p.to 1 che impone "il superamento graduale della spesa storica a favore del fabbisogno standard per il finanziamento dei livelli essenziali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, e delle funzioni fondamentali di cui all' articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione". Si veda anche il contributo di R. CAVALLO PERIN e B. GAGLIARDI, *Le prestazioni riservate alle organizzazioni pubbliche e gli oggetti possibili dei contratti a terzi in sanità*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G.M. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario, un primo bilancio*, cit., 249 ss.

⁽⁶⁾ E. SCHNELLER, K. MONTGOMERY, *The Hospitals' Strategies for Orchestrating Selection of Physician Preference Items*, in *Milbank Quarterly*, 2007, 307-335.

rosità delle amministrazioni aggiudicatrici ⁽⁷⁾ sia per le tradizionali modalità operative che all'interno degli Stati membri vedono un mercato dei fornitori e dei distributori chiuso a livello non solo nazionale ⁽⁸⁾, ma spesso regionale o locale ⁽⁹⁾. Il settore sanitario non si discosta da questa situazione, che spesso risulta accentuata per le questioni connesse alle preferenze cliniche, anche se i mercati di riferimento sono sovente di rilievo multinazionale.

Nell'esperienza italiana si era già osservato come l'adozione di modelli aziendali che avevano previsto che l'attività contrattuale, per i contratti di valore inferiore alla soglia europea, fosse sottoposta unicamente al diritto privato, aveva consolidato relazioni tradizionali con fornitori di fiducia ed ostacolato la concorrenza e le scelte a favore delle differenti forme di aggregazione ⁽¹⁰⁾. Simili prassi si rinvenivano anche in altri Stati europei ove ogni ospedale continua a procedere individualmente agli acquisti necessari allo svolgimento delle attività sanitarie. È significativa la scarsità degli appalti aggiudicati anche in questo settore ad imprese transfrontaliere o anche

⁽⁷⁾ Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2009 – Presentazione del presidente Luigi Giampaolino*, 22 giugno 2010, in cui si rileva che le amministrazioni aggiudicatrici in Italia risultavano 13.000, ma secondo i dati ricavati dall'applicazione del codice identificativo della gara l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture ne ha individuate circa 18.000.

⁽⁸⁾ Commissione UE, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 27 gennaio 2011, COM(2011) 15 def, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:IT:PDF>.

⁽⁹⁾ In Italia, secondo le stime dell'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici, *Relazione annuale 2009 – Presentazione del presidente Luigi Giampaolino*, cit., 8, nel 2009, si sono stipulati 51.000 appalti di importo superiore a 150.000 euro e 77.500 di importo inferiore a tale soglia. Cfr.: L. FIORENTINO, *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella repubblica federale* (a cura di L. FIORENTINO), in *Quaderni Astrid*, Bologna, 2011, 14.

⁽¹⁰⁾ G.M. RACCA, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, cit.

solo a distributori di prodotti di imprese transfrontaliere ⁽¹¹⁾.

Alla domanda frammentata delle organizzazioni sanitarie pubbliche corrisponde un sistema di fornitori e distributori spesso chiuso e strutturato in cartelli che tende a limitare la concorrenza ⁽¹²⁾.

Sembra dunque necessario un rafforzamento progressivo delle capacità e della qualità professionale delle stazioni appaltanti e della capacità delle imprese di collaborare tra loro, trasformando il settore degli appalti nella politica industriale nazionale del nuovo millennio, con misure capaci di raccogliere le sfide che le politiche europee propongono.

L'analisi delle principali esperienze europee in sanità ha evidenziato interessanti sperimentazioni di modelli organizzativi e strutture contrattuali innovative che indubbiamente costituiscono significativi esempi per la disciplina europea e nazionale anche degli altri contratti pubblici. La stessa attenzione per i c.d. obiettivi secondari di sostenibilità ambientale e sociale è meglio perseguita proprio dalle centrali di committenza che, mediante l'aggregazione della domanda pubblica, possono orientare i mercati di riferimento ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Commissione UE, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, cit., 4, ove si rileva che "soltanto l'1,6% degli appalti pubblici viene aggiudicato a operatori di altri Stati membri. La partecipazione transfrontaliera indiretta – attraverso controllate o partner situati nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice – è più frequente. Tuttavia, anche il tasso di aggiudicazione transfrontaliera indiretta rimane relativamente basso (11%)".

⁽¹²⁾ G.M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, cit.

⁽¹³⁾ Sulla capacità di influenzare il mercato dell'offerta nel perseguimento di politiche sociali o ambientali v. G.M. RACCA, *Aggregate models of public procurements and secondary considerations*, in *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, R. CARANTA, M. TRYBUS (a cura di), 2010, Copenhagen, Djøf Publishing, 2010, 165 ss.; COMMISSIONE UE, *Public procurement for a better environment*, COM(2008) 400 Final, 16 luglio 2008; S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Pro-*

2. Nuovi modelli europei per l'organizzazione dei contratti pubblici in sanità

L'analisi dei contratti pubblici connessi all'assistenza sanitaria in Europa si è rivelata molto ricca di sperimentazioni innovative nella individuazione di forme organizzative pubbliche e di partenariato con i privati ⁽¹⁴⁾. Analoga ricchezza si è rinvenuta nella definizione di differenti livelli di collaborazione per le attività necessarie alla stipulazione di contratti, e nei modelli contrattuali stessi (convenzioni, accordi quadro chiusi, aperti, con uno o più operatori) ⁽¹⁵⁾.

Tali modelli organizzativi e contrattuali si sono normalmente sviluppati a prescindere da ogni disciplina europea ed anche nazionale. Si tratta di forme di cooperazione che si è ritenuto potessero ridurre i costi di transazione, migliorare l'efficienza dei servizi di approvvigionamento nel settore sanitario e consentire significativi risparmi di spesa in relazione al consistente valore economico dei contratti del settore ⁽¹⁶⁾.

curement Law: New Directives and New Directions, 2009, Cambridge, Cambridge University Press; C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford, 2007, 114 ss.

⁽¹⁴⁾ Sulle forme di collaborazione tra pubblico e privato nei sistemi sanitari v. il contributo di B. PONTI, *Le declinazioni di "pubblico" e "privato": una analisi trasversale dei principali sistemi sanitari europei*, in questo volume.

⁽¹⁵⁾ G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G.L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, in *Quaderni Consip*, 2010, VI, in <http://www.consip.it/on-line/Home/Pressroom/QuaderniConsip/QuaderniConsip2010.html>; G.L. ALBANO, M. SPARRO, *Flexible Strategies for Centralized Public Procurement*, in *Review of Economics and Institutions*, 2010, <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/17>; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Centralised Purchasing Systems in the EU*, 11 gennaio 2011, in http://www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasing-systems-in-the-european-union_5kgkgqv703xw-en.

⁽¹⁶⁾ M. ESSIG, *Purchasing consortia as symbiotic relationships: developing the concept of consortium sourcing*, in *European Journal of Purchasing & Supply Management*, 2000, 13-2; J. NOLLET, M. BAULIEU, *The development of group purchasing: an empirical study in the healthcare sector*, in *Journal of Purchasing and Supply Management*, 2003, 3 ss.; F. ŠCHOTANUS, J. TELGEN,

Sulla base delle esperienze di coordinamento maturate principalmente in sanità anche il legislatore europeo ha in seguito disciplinato alcune nuove forme, assicurandone così la tipicità e dunque la conformità agli obiettivi del Trattato, di cui talora si era dubitato ⁽¹⁷⁾.

Le vigenti direttive europee sugli appalti pubblici n. 17/04/CE e n. 18/04/CE hanno preso atto delle esperienze già maturate in alcuni Stati membri ed hanno disciplinato le centrali di committenza come forma organizzativa capace di svolgere il ruolo di stazioni appaltanti a favore di altre amministrazioni. Oltre a consentire una articolazione dei modelli di accordo quadro più efficienti per l'acquisizione di una pluralità di beni e servizi da una molteplicità di fornitori ⁽¹⁸⁾, la previsione normativa ha il vantaggio di consentire la concentrazione delle differenti professionalità necessarie non solo per la selezione dei contraenti, ma anche per la valutazione e

Developing a typology of organisational forms of cooperative purchasing in Journal of Purchasing and Supply Management, 2007, 53 ss.

⁽¹⁷⁾ C. YUKINS, *Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting*, in *Public Contract Law Journal*, 2008, 546 ss., ove si rilevano le contestazioni alla legittimità dell'accordo quadro nel Regno Unito, prima delle direttive CE n. 2004/18 e n. 2004/17; S. ARROWSMITH, *Framework Purchasing and Qualification Lists Under the European Procurement Directives: Part II*, in *Public Procurement Law Review*, 1999, 161 ss., ove si rileva che: "The basic advantages of [supplier] lists of this type are similar to the advantages of framework transactions: they save transaction costs for both purchasers and suppliers by allowing part of the award process for a number of contracts – in this case, the process of ascertaining some or all of the suppliers' qualifications – to be completed in a single stage". Si veda anche O. SOUDRY, *A Principal-Agent Analysis of Accountability in Public Procurement*, in *International Public Procurement Book*, 2008, 433 ss.; R.H. GARCIA (eds.) *International public procurement: a guide to best practice*, Londra, Globe Law and Business, 2009; J.J. VERDEAUX, *Public Procurement in the European Union and in the United States: a Comparative Study*, in *Public Contract Law Journal*, 2003, 713 ss; sugli appalti federali negli USA si v. il contributo di M. MATTALIA, *Il livello federale del public procurement negli Stati Uniti*, in questo volume.

⁽¹⁸⁾ R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 325 ss.

definizione dei fabbisogni, l'analisi dei mercati di riferimento ed, ove sia delegato loro, anche per una consistente attività di controllo dell'esecuzione contrattuale ⁽¹⁹⁾.

Certo i livelli e le modalità di coordinamento tra amministrazioni aventi esigenze di acquisto simili si sono sviluppati anche senza la creazione di una centrale d'acquisto. L'esperienza di *Collaborative Procurement Organizations* - e *Collaborative Procurement Hubs* fra strutture sanitarie inglesi si è dimostrata di grande interesse ⁽²⁰⁾. Così come le reti francesi di coordinamento con un ospedale capofila che acquista anche per gli altri attuando una ripartizione e specializzazione per tipologie di gare ⁽²¹⁾. In tutti i casi si assiste ad un consi-

⁽¹⁹⁾ G.L. ALBANO, L. CARPINETI, F. DINI, L. GIAMBONI, F. RUSSO, G. SPAGNOLO, *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Quaderni Consip, 2007, IV, in <http://www.consip.it/on-line/Home/Pressroom/QuaderniConsip/QuaderniConsip2007.html>; N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

⁽²⁰⁾ Sulle modalità organizzative dell'attività contrattuale delle strutture sanitarie nel Regno Unito v. il contributo di D. CASALINI, *Le forme di aggregazione degli acquisti sanitari in Gran Bretagna*, in questo volume. Sull'evoluzione e le peculiarità del sistema sanitario nel Regno Unito v. i contributi di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma del NHS inglese. Evoluzione o rivoluzione?*; A. PIOGGIA, *La riforma sanitaria e l'introduzione di elementi aziendalistici nelle organizzazioni sanitarie pubbliche* e M. D'ANGELOSANTE, *L'incidenza delle regole di organizzazione e di distribuzione delle competenze sulla conformazione del mercato dei servizi sanitari: sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto nello spazio comunitario*, in questo volume. Cfr. anche: R. WEST, *L'externalisation des achats de dispositifs médicaux à une entreprise privée: la gestion de la NHS Supply Chain à DHL*, *The 2ème Symposium international des acheteurs publics & privés de la Santé*, Parigi, 9 settembre 2010, in http://www.acheteurshospi-taliers.com/congres/docs_.

⁽²¹⁾ Per l'analisi dell'attività contrattuale delle reti di strutture sanitarie esistenti in Francia v. il contributo di S. PONZIO, *I modelli organizzativi di mutualisation degli acquisti nel settore sanitario e ospedaliero in Francia per la modernizzazione e professionalizzazione della fonction achat*, in questo volume. In particolare l'UNI.H.A., un GCS (*groupement de cooperation sanitaire*) che ha riunito tutti gli ospedali universitari e i grandi centri ospedalieri di Francia per un totale di 54 strutture per realizzare politiche comuni

stente sforzo rivolto alla rilevazione e standardizzazione dei fabbisogni per l'elaborazione di capitolati condivisi ⁽²²⁾ per raggiungere l'obiettivo di stipulare contratti per numerosi ospedali con significativi risparmi di spesa.

Anche in Germania, ove la frammentazione degli acquisti sanitari sembra ancora relativamente elevata, si riscontrano una settantina di modelli di cooperazione con strutture organizzative diverse, con la conseguenza che i 20 maggiori consorzi di acquisto e gruppi di ospedali influenzano già oltre il 50% del mercato dei fornitori degli ospedali tedeschi ⁽²³⁾. Da una iniziale collaborazione di confronto dei prezzi, utile per standardizzare i fabbisogni, si è giunti ad eleggere taluno tra i componenti, il consorzio cui assegnare con accordi vincolanti il compito dell'acquisto di beni o servizi per tutti gli associati. Altre volte si procede alla negoziazione con i fornitori dei ribassi sui prezzi di listino, senza rendere l'accordo vincolante per i partecipanti. L'esperienza tedesca mostra un'evoluzione che per ottenere le condizioni migliori porta i gestori della domanda aggregata a rivolgersi direttamente

di acquisto e che rappresenta il 45% della spesa ospedaliera in Francia, che realizza un volume di acquisti annuo di quasi 7 miliardi di euro. Cfr. anche: G.M. RACCA, S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in *Droit Administratif*, 2011, in corso di pubblicazione; D. LEGOUGE, *Fonction achat: une créatrice de valeur pour l'hôpital et le secteur médico-social*, in *Revue hospitalière de France*, 2010, n. 535 – juillet – août, 28 ss.; D. LEGOUGE, *Secteur hospitalier et médico-social public: vers de nouvelles stratégies d'achat de groupe*, in *Contrats Publics*, 2010, n. 101, – juillet – août, 43 ss.

⁽²²⁾ Si richiama i dati su: <https://www.uniha.org/>, che riporta una prospettiva di *mutualisation* degli acquisti per ciascun aderente che potrà raggiungere entro il 2012 il 70%. La rete di ospedali ha una struttura di riferimento a Lione e strutture distaccate logisticamente collocate in taluni ospedali del gruppo.

⁽²³⁾ J.M. KRUEITEN, F. RAUTENBERG, M. LIEFNER, *Future Relevance and Consequences of Hospital Purchasing Cooperative for Medical Technology Suppliers in Germany*, in http://www.bvmed.de/stepone/data/downloads/55/a5/00/study_purchasing.pdf, 2005. Si rinvia al contributo di M. PIGNATTI, *I contratti pubblici in sanità nelle altre esperienze europee*, in questo volume.

ai produttori, con la conseguente riduzione o esclusione del tradizionale assetto dei fornitori-distributori.

Più limitata ed in fase iniziale è l'esperienza spagnola, che vede la creazione di consorzi ⁽²⁴⁾ che forniscono su base volontaria anche il servizio relativo allo svolgimento di alcune procedure di appalto in forma aggregata.

Esperienze analoghe non sono sconosciute in Italia, ma, come già rilevato, l'importanza ne risulta notevolmente ridotta dal carattere sperimentale delle esperienze che non raggiungono ancora valori significativi. L'importanza di queste forme di coordinamento, che si affiancano alle centrali di acquisto, risiede infatti nell'ammontare del valore complessivo dei contratti che le rende rilevanti per il mercato di riferimento e per la valutazione e comparazione dell'efficienza e della qualità delle prestazioni ottenute.

Le imprese possono rispondere – ed hanno cominciato a farlo – all'evoluzione dettata dall'aggregazione degli acquisti mediante aggregazioni tra esse, volte ad assicurare agli ospedali prestazioni integrate che ricomprendano le quantità e le qualità di beni e servizi richieste secondo nuovi standard qualitativi e quantitativi imposti da una capacità negoziale raggiunta con l'aggregazione della domanda delle pubbliche amministrazioni ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Consorci de Salut i Social de Catalunya, *Propostes del Consorci de Salut i Social de Catalunya per al futur del model de salut català*, luglio 2010, in <http://www.consorci.org>. Sull'organizzazione dell'attività contrattuale nel sistema sanitario spagnolo v. il contributo di M. PIGNATTI, *I contratti pubblici in sanità nelle altre esperienze europee*, in questo volume, nonché più in generale, circa le riforme e l'organizzazione del sistema sanitario spagnolo, M. D'ANGELOSANTE, *L'incidenza delle regole di organizzazione e di distribuzione delle competenze sulla conformazione del mercato dei servizi sanitari: sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto nello spazio comunitario*, in questo volume.

⁽²⁵⁾ J.M. KRUEITEN, F. RAUTENBERG, M. LIEFNER, *Future Relevance and Consequences of Hospital Purchasing Cooperative for Medical Technology Suppliers in Germany*, cit.

3. La costituzione di centrali di committenza per la sanità

La centrale di committenza consente di strutturare le professionalità necessarie alla committenza pubblica sia nel senso di raggiungere livelli d'aggregazione della domanda sufficienti a garantire una dedizione di personale ad alta specializzazione, sia per la possibilità di pervenire a significative riorganizzazioni e innovazioni nell'attività contrattuale degli enti pubblici in relazione ai diversi settori merceologici o di servizi assicurati dalle imprese interessate agli appalti pubblici. L'analisi professionale dei mercati di riferimento, la conoscenza e valutazione delle innovazioni del settore, la rilevazione e razionalizzazione dei fabbisogni, il coordinamento della logistica e dell'esecuzione delle prestazioni, sono solo alcuni aspetti dei compiti che accompagnano la selezione professionale dei contraenti ⁽²⁶⁾.

Le centrali di acquisto in tutti i Paesi europei si caratterizzano per la presenza di differenti e articolati gruppi di esperti delle strutture dei mercati dei prodotti sanitari, delle caratteristiche tecniche che garantiscono un'elevata professionalità nell'attività di analisi dei mercati e di redazione dei documenti di gara, nello svolgimento delle gare europee e nel monitoraggio dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

La ricerca evidenzia che non vi è solo un modo di procedere all'aggregazione e l'analisi professionale consente di rilevare i differenti punti di vista: oltre quello che si fonda sul valore dei contratti aggregati si apre l'interessante spettro dei settori contrattuali ed inevitabilmente quello dei tipi contrattuali.

Accanto alle prime esperienze nazionali di centrali di committenza generaliste ⁽²⁷⁾, sorte prima che le norme euro-

⁽²⁶⁾ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Centralised Purchasing Systems in the EU*, cit., 34; G.M. RACCA, G.L. ALBANO, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience*, cit.

⁽²⁷⁾ *Buying.solutions, Supply2.gov.uk, Compete for Project* della London Development Agency.

pee le prevedessero, si sono avute le prime centrali regionali di settore relative a contratti che sono di interesse – anche non esclusivo – per enti che erogano servizi sanitari ⁽²⁸⁾. Si tratta infatti di centrali d'acquisto che stipulano accordi quadro per la fornitura di beni e servizi – sanitari o non sanitari – necessari al funzionamento e all'erogazione del servizio sanitario, in ordinamenti ove l'esperienza dell'aggregazione è in uno stato avanzato.

L'esperienza inglese di centralizzazione si caratterizza per l'elevato numero delle centrali di acquisto, che sono oltre quaranta ⁽²⁹⁾, fra cui appunto a livello nazionale una specificamente dedicata al settore sanitario in relazione alla rilevanza economica del settore. In questo caso l'opzione adottata è quella della piena libertà di adesione da parte degli enti sanitari agli accordi quadro della centrale d'acquisto, poiché si ritiene che l'adesione divenga in concreto "necessaria" quando le condizioni del contratto appaiano vantaggiose e difficilmente superabili con una contrattazione individuale o aggregata ad un livello inferiore.

Negli altri ordinamenti normalmente si rinvencono norme nazionali che impongono gradi differenti di vincolo nella utilizzazione degli accordi quadro delle centrali di acquisto. Si va dall'obbligo generalizzato al vincolo derivante da un giudizio di congruità ⁽³⁰⁾, cioè che una contrattazione sepa-

⁽²⁸⁾ In tema di centrali di committenza generaliste e centrali di committenza specificatamente dedicate al settore sanitario v. anche G.M. RACCA, S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, cit.

⁽²⁹⁾ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Centralised Purchasing Systems in the EU*, cit., 34. In relazione all'attività posta in essere specificatamente dalla NHS v. NHS Supply Chain, *NHS Supply Chain saves trusts more than £200 million*, june 25, 2010, in http://www.supply-chain.nhs.uk/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=5880632.PDF.

⁽³⁰⁾ In Italia: l. 23 dicembre 2009, n. 191, cit., art 2, c. 225. Si veda: S. PONZIO, *La verifica di congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip*

rata dimostri di raggiungere risultati migliori in termini di rapporto qualità/prezzo rispetto alle condizioni fissate negli accordi quadro ⁽³¹⁾.

L'obbligo di adesione agli accordi quadro è normalmente previsto per incentivare l'aggregazione ed assicurare una domanda certa alle centrali di acquisto, ma è recessiva in ragione dei crescenti livelli d'efficienza degli accordi quadro. Si assume frequentemente che elevati livelli di aggregazione siano raggiunti agevolmente imponendo l'obbligo di adesione agli accordi quadro delle centrali di committenza ⁽³²⁾, mentre in concreto si è accertato che gli accordi quadro coprono comunque una percentuale minima rispetto alle tipologie di beni e servizi necessarie.

La limitata operatività di talune centrali d'acquisto è legata piuttosto alle scelte degli Stati membri oppure all'insufficiente strutturazione delle centrali di committenza, non ancora dotate delle risorse necessarie per occuparsi in modo professionale di settori più vasti.

Non è il caso dell'esperienza inglese dell'*NHS Supply Chain* ⁽³³⁾, che con la stipulazione di più di 4.000 accordi qua-

s.p.a. negli appalti pubblici di forniture e servizi, in *Foro amm.*, C.d.S., 2010, 2.357 ss.

⁽³¹⁾ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Centralised Purchasing Systems in the EU*, cit., 48 ss.; G.M. RACCA, *Aggregate models of public procurements and secondary considerations*, cit.

⁽³²⁾ Commissione UE, *Smarter, Faster, Better eGovernment, 8th Benchmark Measurement*, novembre 2009, il documento contiene anche un'analisi dello sviluppo del benchmark dell'eProcurement nei Paesi dell'UE. Cfr.: G.M. RACCA, G.L. ALBANO, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience*, cit.

⁽³³⁾ NHS Supply Chain è un PPP costituito dall'NHS Business Services Authority (NHSBSA) con *DHL Logistics* con significativi obiettivi di risparmio di spesa a favore della migliore erogazione di prestazioni sanitarie: sul punto si v. <http://www.supplychain.nhs.uk/>. Cfr. anche: R. WEST, *L'externalisation des achats de dispositifs médicaux à une entreprise privée: la gestion de la NHS Supply Chain à DHL*, cit. Per un approfondimento sull'attività contrattuale nel sistema sanitario inglese v. il contributo di D. CASALINI, *Le forme di aggregazione degli acquisti sanitari in Gran Bretagna*, in questo volume.

dro ha consentito l'acquisto di circa 650.000 prodotti ⁽³⁴⁾ – sanitari e non sanitari – a favore del servizio sanitario inglese, composto di circa 600 enti. Si tratta in prevalenza di accordi quadro con più operatori, che non prevedono per gli enti del servizio sanitario alcun obbligo di adesione. Talora la centrale di committenza acquista i beni e li rivende agli *NHS Trusts* (ma anche a soggetti privati) altre volte si prevede l'instaurazione del rapporto contrattuale direttamente tra i fornitori selezionati e l'ente utilizzatore.

Le prassi sottese al vasto impiego di accordi quadro non sempre assicurano una piena e trasparente concorrenza a conferma della chiusura nazionale di tali mercati ⁽³⁵⁾. Di qui la necessità di rafforzare le procedure di ricorso per consentire alle imprese discriminate di impugnare efficacemente tali scelte operate in violazione del diritto dell'Unione europea ⁽³⁶⁾. Anche da questo punto di vista assume particolare interesse

⁽³⁴⁾ Le categorie merceologiche oggetto di fornitura/servizio attengono a tutte le principali tipologie di dispositivi medici per i settori odontoiatrico, ortopedico, oftalmico, cardiologico, malattie infettive, riabilitazione. Le categorie merceologiche non attengono unicamente al settore sanitario ma si riferiscono anche a beni e servizi non sanitari, quali ad esempio il servizio catering, il servizio mensa.

⁽³⁵⁾ C. giust. CE, *Uniplex (UK) Ltd v NHS Business Services Authority*, in C-406/08, pto 18, ove in riferimento ad un accordo quadro per la fornitura di emostatici, l'amministrazione aggiudicatrice comunicava all'impresa esclusa che essa "aveva ricevuto un punteggio pari a zero per il criterio del prezzo e degli altri fattori costo-benefici, poiché aveva indicato i suoi prezzi di listino, mentre tutti gli altri offerenti avevano proposto sconti rispetto ai loro prezzi di listino. Dall'altro, nell'ambito del criterio della puntualità e della capacità di consegna, tutti gli offerenti che non erano ancora attivi sul mercato degli emostatici nel Regno Unito hanno avuto un punteggio pari a zero nella sottocategoria relativa alla base di clientela nel Regno Unito".

⁽³⁶⁾ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, attuata in Italia mediante il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 che ha apportato modifiche al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Si veda anche d.lgs. 2 luglio 2010, avente ad oggetto l'attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

lo squilibrio tra il contenzioso italiano e quello significativamente più ridotto degli altri Paesi membri che sottolinea al tempo stesso l'importanza di una definizione uniforme del diritto obiettivo – sostanziale e processuale ⁽³⁷⁾ – sugli appalti e in genere sulla concorrenza e ancora prima – se ve ne fosse ancora bisogno – la rilevanza del diritto nella definizione del mercato comune. Le centrali d'acquisto dovrebbero, anche sotto questo punto di vista, assicurare la definizione e fruizione delle migliori pratiche come modello per altre amministrazioni aggiudicatrici ⁽³⁸⁾.

Le centrali di acquisto nei Paesi membri dell'Unione europea, si è detto, sono strutture professionali che proprio perciò possono attuare strategie di acquisto in grado di valutare anche i tempi e le modalità di gara delle concorrenti centrali d'acquisto europee, proprio al fine di ottenere i migliori risultati in termini di partecipazione e offerte ⁽³⁹⁾.

Le forma giuridica delle centrali d'acquisto è principalmente quella di ente pubblico o società integralmente o parzialmente pubblica, ma si rinvencono anche differenti forme di partenariato pubblico-privato. La forma giuridica condi-

⁽³⁷⁾ Sulla base di dati dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, infatti, dal 2000 al 2009 il 4,3% degli appalti si è chiuso con un contenzioso (nel periodo 2000-2007 il tasso di litigiosità era al 3,8% e in due anni si è aggravato di mezzo punto, che corrisponde a 805 nuove liti (in relazione ai soli appalti di lavori conclusi tra il 200 ed il 2009, su 76.560 gare, 3.267 sono state oggetto di contenzioso). Per il contenzioso in materia di contratti pubblici nel Regno Unito v. M. TRYBUS, *An Overview of the United Kingdom Public Procurement Review and Remedies System with an Emphasis on England and Wales*, in S. TREUMER, F. LICHERE (eds.), 2011, Copenhagen, Djøf Publishing, ove il contenzioso annuale viene individuato in una ventina di casi.

⁽³⁸⁾ G.M. RACCA, *Derogations from the standstill period, ineffectiveness and remedies in the new tendering procedures: efficiency gains vs. risks of increasing litigation*, in S. TREUMER, F. LICHERE, (eds.), 2011, Copenhagen, Djøf Publishing.

⁽³⁹⁾ G.M. RACCA, *The challenges of collaborative procurement in the healthcare sector*, in *World Hospitals and Health Services*, 2011, in corso di pubblicazione.

zione le scelte sulle modalità di finanziamento che sono a carico direttamente del bilancio pubblico oppure di percentuali sugli acquisti realizzati a favore di altre amministrazioni aggiudicatrici che si avvantaggiano del risparmio di propri costi di transazione ⁽⁴⁰⁾ e che in ogni caso rimangono al settore pubblico, ove sia tale la natura giuridica della centrale d'acquisto.

La presenza di simili *fees* conferma sul piano patrimoniale il carattere professionale delle attività svolte dalle centrali di committenza anche se la consistenza in Europa non supera generalmente il 2%, mentre il raffronto con l'esperienza americana rivela come i compensi alle organizzazioni private che svolgono tale servizio solo di recente siano stati ridotti entro il 3% ⁽⁴¹⁾. La struttura delle centrali di acquisto favorisce anche l'impiego di piattaforme per la realizzazione di acquisti elettronici, con l'impiego di strumenti che consentono l'archiviazione ed il confronto di dati significativi di qualità, prezzo, tempi di esecuzione e pagamenti ⁽⁴²⁾.

Lo sviluppo professionale negli appalti pubblici di fornitu-

⁽⁴⁰⁾ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Centralised Purchasing Systems in the EU*, cit., 11, le *fees*, basate sulla fatturazione generata nell'ambito di un accordo quadro, generalmente ammontano ad una percentuale compresa tra lo 0,6% ed il 2%.

⁽⁴¹⁾ Si veda il contributo di M. CONSITO, *I modelli di organizzazione e la disciplina delle forniture nel servizio sanitario statunitense*, in questo volume.

⁽⁴²⁾ Per un'analisi delle piattaforme e degli strumenti IT utilizzati nei principali Stati europei v. Commissione UE, Internal Market, *Study on the evaluation of the Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic procurement - Analysis, assessment and recommendations*, 9 luglio 2010, in http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/e-procurement/siem_ens-study_en.pdf. Commissione UE, *Modernising ICT Standardisation in the EU – The Way Forward*, libro bianco COM(2009) 324 final, 3 luglio 2009. Dichiarazione Ministeriale in occasione del *Ministerial eGovernment Conference “Transforming Public Services”*, Manchester, 24 novembre 2005, ove si afferma che: “by 2010 all public administrations across Europe will have the capability of carrying out 100% of their procurement electronically and at least 50% of public procurement above the EU public procurement threshold will be carried out electronically”.

re e servizi impone di considerare in sede europea la possibilità *ex lege* di consentire senz'altro l'adesione delle pubbliche amministrazioni agli accordi quadro definiti dalle centrali di committenza, con norme di favore a cominciare da una quota minima (15%) riservata all'adesione di terzi sino a un progressivo e serio superamento della limitazione della disciplina europea alla sola scelta del contraente ⁽⁴³⁾.

Ove si voglia pervenire ad una seria equiparazione delle offerte provenienti dalle imprese aventi sede nei vari Stati membri è necessario pervenire ad una disciplina europea sui contratti tipici, come disciplina *ex lege* delle ipotesi più frequenti di appalti con le pubbliche amministrazioni, cui affiancare una disciplina europea generale e speciale sull'esecuzione dei contratti con le pubbliche amministrazioni ⁽⁴⁴⁾.

La soluzione s'impone come elemento indispensabile per una comparazione delle gare e dunque tra centrali di committenza, cioè di una valutazione della selezione professionale delle offerte delle imprese che raggiungono le centrali di committenza nazionali, come punto di rilevazione delle migliori pratiche cui le altre amministrazioni possono riferirsi, per aderire o per cercare di superarle, in una competizione all'efficienza senza vincoli ed obblighi preconcati.

Sul piano teorico non si può non rilevare che la definizione della capacità giuridica dei partecipi alle gare – che nella disciplina europea sulle imprese si contorna di una capacità

⁽⁴³⁾ G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G.L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, cit.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto v. le domande n. 34 e 35 presenti nel *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, cit., in cui, all'interno della sezione dedicata agli strumenti adeguati per l'aggregazione della domanda e gli appalti comuni, si prospetta la possibilità di "appalti comuni". In altre sezioni del documento in oggetto sono presenti questioni che sono finalizzate a facilitare la realizzazione di una maggiore apertura del mercato europeo. Sugli aspetti connessi all'esecuzione del contratto pubblico, si v. G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G.L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, cit. e R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit.

tecnica e di una finanziaria in ragione delle prestazioni dedotte in contratto – non può più non involgere anche l'altra parte dello stipulando rapporto giuridico. Altra parte che si è detto – con simmetrica capacità – deve analizzare il mercato delle imprese, definire la prestazione e i capitoli, e non ultimo controllare l'esecuzione della prestazione, sia nell'interesse della amministrazione stipulante sia nell'interesse della concorrenza, che non può essere celebrata in gara ed elusa in concreto ⁽⁴⁵⁾.

Definizione della capacità giuridica delle stazioni appaltanti di procedere all'aggiudicazione ed eventualmente all'esecuzione contrattuale, che nel diritto italiano trova fondamento in principi istituzionali (art. 11, c.c.) che sono espressi nella Costituzione repubblicana (art. 118), in quel principio di adeguatezza che contorna e contribuisce alla definizione stessa del principio di sussidiarietà, che vale ora a definire non a caso la distribuzione delle competenze tra amministrazioni dello Stato ed enti territoriali, sicché si può dire che per derivazione involga ogni amministrazione o soggetto che da tali enti dipenda giuridicamente.

3.1. *Altre forme di collaborazione per favorire l'efficienza*

Di interesse risulta anche la scelta inglese di offrire servizi di consulenza, analisi di mercato e gestione degli acquisti, attraverso il *NHS Shared Business Services* (partenariato pubblico-privato) voluto dal Ministero della Salute. La predisposizione di strumenti per la condivisione e la diffusione di dati relativi ai mercati di riferimento dei beni e servizi necessari alle strutture sanitarie sembra migliorare la qualità della selezione dei contraenti pubblici. Tuttavia l'esperienza inglese sembra mostrare la necessità di coordinamento a livello nazionale di simili analisi e rilevazioni per una diffusione e

⁽⁴⁵⁾ R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss.

condivisione con gli altri livelli di aggregazione e cooperazione dell'attività contrattuale anche a favore degli enti che ancora vogliano procedere individualmente alla stipulazione di contratti.

Sembra quindi di grande interesse la scelta di realizzare una banca dati nazionale sui requisiti di qualificazione dei fornitori di beni e servizi sanitari (*SID4Health*). Come noto la fase di selezione dei requisiti di qualificazione dei concorrenti comporta un significativo impegno per le amministrazioni aggiudicatrici, ma anche per le imprese che vogliano partecipare ad una gara pubblica. Normalmente infatti ogni procedura selettiva deve verificare dapprima il possesso di tali requisiti per poi procedere alla valutazione delle offerte economiche. La realizzazione di banche dati che periodicamente verifichino e attestino il possesso dei requisiti di qualificazione delle imprese che intendano a partecipare alle gare pubbliche definendo le tipologie di gare per le quali risultano idonee costituirebbe una significativa semplificazione e riduzione dei costi e dei tempi per lo svolgimento della selezione. La possibile futura prospettiva di coordinare a livello europeo simili banche dati offrirebbe una importante semplificazione e favorirebbe la partecipazione transfrontaliera, ancora così limitata ⁽⁴⁶⁾.

Un quadro generale delle imprese che costituiscono il mercato dell'offerta di beni e servizi in ambito sanitario consentirebbe l'attuazione di modelli di gara che favoriscano la concorrenza e che contrastino i cartelli tra le imprese, i favoritismi e la corruzione. Anche il recente libro verde sulla modernizzazione degli appalti pubblici, propone fra le possibili innovazioni normative la previsione di forme di coordinamento della valutazione dei requisiti di qualificazione delle imprese, avendo rilevato come anche dal lato dell'offerta tali separate e ripetute valutazioni costituiscano un onere signifi-

⁽⁴⁶⁾ Commissione UE, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, cit.

cativo ⁽⁴⁷⁾. Ancora una volta le soluzioni organizzative inglesi costituiscono un modello che anticipa quelle che potranno divenire scelte europee per tutti gli Stati membri.

La tradizione inglese di un recepimento minimale delle direttive europee, che vengono trasposte senza nulla aggiungere, si affianca ad una forte capacità di elaborare e proporre *soft law* con una vastissima serie di *guidelines* operative, di modelli di atti e documenti di gara che assicurino la maggiore efficacia dell'azione contrattuale ⁽⁴⁸⁾.

Ma il coordinamento non si limita al lato soggettivo dei requisiti di qualificazione delle imprese, ma si estende al profilo oggettivo dei contratti con la previsione di un sistema nazionale di valutazione dei beni e servizi che assicuri progressivamente la standardizzazione e la condivisione delle specifiche tecniche comparabili in quanto equivalenti ⁽⁴⁹⁾. La classificazione unica dei prodotti specie in settori così delicati come quello sanitario è necessaria per poter attuare comparazioni corrette ed utili per la definizione dei fabbisogni. Molto spesso le carenze o l'assenza di simili classificazioni impediscono una corretta definizione delle specifiche tecniche e degli elementi da valutare nelle scelte, con conseguente possibile arbitrio da parte delle commissioni giudicatrici. La complessità di simili valutazioni, caso per caso, in occasione delle singole gare individuali comporta un impiego di risorse e di professionalità che ben potrebbero coordinarsi.

⁽⁴⁷⁾ Commissione UE, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, cit., 32 ss., sul punto si veda in particolare la domanda n. 56.

⁽⁴⁸⁾ Si vedano i documenti elaborati dall'OGC e in particolare in sanità da *SID4Health*. Sul punto cfr. il sito web dell'OGC, in http://www.ogc.gov.uk/procurement_-_the_bigger_picture_policy_and_standards_framework.asp; si rinvia ancora a D. CASALINI, *Le forme di aggregazione degli acquisti sanitari in Gran Bretagna*, in questo volume.

⁽⁴⁹⁾ C. Giust. CE, 14 giugno 2007, *Medipac-Kazantzidis AE v Venizeleio-Pananeio*, C-6/05. Fra i settori di acquisto che presentano significative affinità vi sono i principi attivi dei farmaci, specie ove non siano più soggetti a brevetti.

In tutti i casi si tratta di utili definizioni – testate da alcuni anni – che possono contribuire a definire un modello di riferimento per la disciplina europea dei contratti tipici, la quale come è noto è data nel diritto continentale (di derivazione napoleonica) sia da norme imperative che sono inderogabili, sia da norme “suppletive” che invece sono derogabili dalle parti e sulle quali assumerebbe un rilievo particolare svolgere un monitoraggio sul livello degli scostamenti operati dalle amministrazioni dei diversi Stati membri.

4. Prospettive future

Il quadro delineato pur nella sua differenziazione sembra favorire forme di confronto e collaborazione fra le differenti strutture e livelli di aggregazione contrattuale.

Non pare più possibile che in Europa con il progressivo utilizzo di strumenti elettronici nelle gare e nell’archiviazione dei relativi documenti, tali dati non vengano elaborati per definire confronti e parametri di qualità/prezzo. La trasparenza dei dati può consentire lo sviluppo di una piena concorrenza con favore anche per la partecipazione transfrontaliera alle gare pubbliche.

Questa possibilità è fortemente limitata dalla assenza di trasparenza sulla fase esecutiva, compresi i termini di pagamento che, proprio grazie agli strumenti elettronici potrebbe essere meglio definita e controllata. Modelli contrattuali tipici andrebbero individuati per favorire la concorrenza nella fase di selezione del contraente, ma anche per la correttezza nell’esecuzione, oggi richiesta anche in sede europea, che esclude e dichiara inefficaci i mutamenti sostanziali dei contratti in sede di esecuzione ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ Corte Giust. UE, sez. III, 19 giugno 2008, in C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich*; si veda anche: Corte Giust. UE, sez. III, 29 aprile 2010, in C-160/08, *Commissione europea v Repubblica federale di Germania*; Corte Giust. UE, sez. grande, 13 aprile

È chiaro che le strategie delle centrali di acquisto europee, nazionali e regionali possono porsi in concorrenza fra loro stesse, tuttavia la circolazione di informazioni e buone pratiche sembra potersi diffondere per rafforzare il rispettivo potere d'acquisto. Immaginare gare coordinate fra centrali d'acquisto ovvero anche la possibilità di aderire a gare europee svolte da una differente centrale d'acquisto consentirebbe una rapida circolazione delle migliori pratiche. Ovviamente questa possibilità apparirebbe agevolata, nel caso di accordi quadro non limitati al soddisfacimento di fabbisogni predefiniti e potrebbe favorire l'inserimento di clausole che consentano l'adesione di enti pubblici di altri Paesi europei definendo le condizioni dell'esecuzione secondo il modello europeo in corso di elaborazione per il progetto Peppol⁽⁵¹⁾. Le imprese che partecipano alle gare pubbliche accetterebbero questa possibile adesione di terzi che per il vincitore si tradurrebbe in un possibile e predeterminato incremento delle prestazioni. In tal modo si tenderebbe ad evitare che i medesimi operatori propongano condizioni significativamente diverse fra Stati membri, ovviamente distinguendo le condizioni contrattuali connesse alla logistica.

Le centrali d'acquisto, anche in coordinamento fra loro, sono chiamate a svolgere attività di analisi dei mercati di riferimento e della articolazione del sistema delle imprese pri-

2010, in C-91/08, *Stadt Frankfurt am Main*; Corte Giust. UE, sez. III, 25 marzo 10, in C-451/08, *Helmut Müller GmbH*. In dottrina: A. BROWN, *When Do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at Last in Presstext Nachrichtenagentur GmbH (Case C-454/06)*, in *Public Procurement Law Review*, NA 253 (2008); S. TREUMER, *The discretionary powers of contracting entities – towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice?*, in *Public Procurement Law Review*, NA 3 (2006).

⁽⁵¹⁾ Il progetto denominato Peppol promuove la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri, al fine di individuare e rendere interoperabili sistemi di *eProcurement* attinenti a tutte le fasi contrattuali, dalla gara all'esecuzione. Sul punto v. G.M. RACCA, *Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance*, cit., 7 ss.

vate coinvolte. Una strategia che non tenga conto di un'analisi di tali sistemi di accordi e catene distributive è destinata all'insuccesso.

Non pare possibile mantenere un sistema frammentato di contratti pubblici per rispondere alle aspettative delle imprese del settore, con caratteri di professionalità della committenza pubblica che è formalmente ritenuta indistinta. Il diritto positivo deve fare riemergere il concetto di capacità giuridica della pubblica amministrazione come presupposto dell'organizzazione professionale (adeguatezza), per potere ricevere la cura di determinati interessi e soprattutto per potere assolvere allo svolgimento delle funzioni che si intende assegnare.

La domanda pubblica pressata dalla riduzione dei finanziamenti deve stimolare la propria aggregazione e l'innovazione del sistema di imprese fornitrici verso l'innovazione e il coordinamento. L'articolazione in lotti anche di una domanda pubblica aggregata può mantenere sul mercato una pluralità di operatori, anzi può favorire anche l'ingresso di nuovi operatori (anche PMI), ma non può più conservare le rendite di posizione dei fornitori ed i relativi cartelli⁽⁵²⁾. In settori strategici come quello della salute si potrebbe immaginare addirittura una centrale d'acquisto europea come esito di un coordinamento fra quelle nazionali, che consenta di attuare strategie coordinate nei confronti delle multinazionali presenti nel settore per impedire che il diritto alla salute dei cittadini europei possa essere compromesso per ragioni finanziarie.

⁽⁵²⁾ G.M. RACCA, *Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance*, cit., 5; S. ARROWSMITH, *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Procurement Regulation for the 21st Century*, Eagan, West publishing, 2009; J. CHARD, G. DUHS, J. HOULDEN, *Body beautiful or vile bodies? Central purchasing in the UK*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, NA26.