

La disciplina dell'accordo quadro tra efficienza dell'attività contrattuale e il principio di concorrenza nell'ordinamento giuridico europeo

di Matteo Pignatti

Title: The framework agreement between flexibility of contractual activity and the competition principle in the European legal order

Keywords: Competition; Framework agreement; Internal Market.

1. – Il costante incremento della spesa pubblica, la crisi economica e gli indirizzi provenienti dall'Unione Europea hanno portato gli Stati Membri all'adozione di politiche volte all'utilizzo innovativo e strategico dei contratti pubblici nel Mercato Interno (Commissione UE, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, C(2021) 4320 final, 18 giugno 2021 unitamente alla versione pubblicata il 15 maggio 2018, C(2018) 3051 final. In dottrina: M. Pignatti, *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in *DPCE Online*, 2021, v. 47; G. M. Racca – C. R. Yukins, *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruxelles, 2019) al fine di rendere maggiormente efficiente la spesa pubblica senza incidere sulla qualità dei servizi erogati ai cittadini (cfr. lo studio realizzato dalla PWC per la Commissione UE, *Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies*, 2015, in ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en).

La professionalizzazione, la cooperazione e la digitalizzazione nei contratti pubblici sono individuati quali elementi essenziali per l'attuazione pratica e intelligente della disciplina europea e la crescita economica (Commissione UE, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, COM(2017) 572 final, 3 ottobre 2017, in ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-572-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF). La loro implementazione può semplificare e favorire il corretto utilizzo di strumenti contrattuali e tecniche di acquisto quali l'accordo quadro ed il sistema dinamico di acquisizione (direttiva 2014/24/UE, considerando n. 60; G. L. Albano – F. Dini – G. Spagnolo, *Strumenti a Sostegno della Qualità negli Acquisti Pubblici*, in *Quaderni Consip*, 2008, I; M. Pignatti, *The use of e-procurement and contractual terms and conditions for the risk assessment and risk management in the public procurement cycle*, in *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, a cura di V. Cantino - P. Devinciis - G. M. Racca, Londra, Mc Graw Hill, 2016, 927 e s.). Tali tecniche di acquisto erano già disciplinate dalle Direttive CE in materia di appalti pubblici del 2004 (una prima disciplina era già prevista per i soli settori speciali nella direttiva 1993/38/CEE, art. 1, p.to 5 e art. 5) al fine di semplificare le procedure di scelta del contraente ed evitare un loro utilizzo distorto (Commissione CE, *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, 14 giugno 1993, 8).

Tuttavia gli accordi quadro hanno trovato un limite applicativo soprattutto negli ordinamenti giuridici in cui si era consolidato l'uso di strumenti "tradizionali".

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea contribuisce a fornire utili indicazioni per il corretto utilizzo dello strumento contrattuale dell'accordo quadro e delle forme di tutela previste dalla disciplina europea al fine di evitare distorsioni al principio di libera concorrenza nel Mercato Interno (CGUE 17 giugno 2021, *Simonsen & Weel A/S c. Region Nordjylland og Region Syddanmark*, in C-23/20).

La controversia ha ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Klagenævnet for Udbud* (commissione di ricorso in materia di appalti pubblici, Danimarca) relativa all'interpretazione della disciplina europea in materia di accordi quadro (direttiva 2014/24/UE, art. 18, par. 1, artt. 33 e 49 p.to 7 e dell'allegato V, parte C, lett. a, p.to 10; cfr. anche direttiva 2014/25/UE; la pronuncia prende in considerazione anche alcuni profili relativi alle sanzioni applicabili *ex* direttiva 2007/66/CEE, art. 2 *quinquies*, par. 1, lett. a) nell'ambito della decisione della *Region Nordjylland* (regione dello Jutland settentrionale, Danimarca) e della *Region Syddanmark* (regione della Danimarca meridionale) di concludere un accordo quadro con la Nutricia A/S.

Il bando di gara (pubblicato dalla regione dello Jutland settentrionale il 30 aprile 2019), volto alla conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico della durata di quattro anni (per la fornitura di apparecchiature per la nutrizione enterale destinate a pazienti domiciliari e a istituti), prevedeva la partecipazione della regione della Danimarca meridionale solo "per opzione" e l'obbligo per gli offerenti di presentare offerte per "tutte le voci dell'appalto" (cfr. CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.to 33). Il bando tuttavia non riportava indicazioni circa il valore dell'accordo quadro per la regione dello Jutland settentrionale e dell'opzione per la regione della Danimarca meridionale, né ulteriori riferimenti circa la quantità stimata o massima dei prodotti il cui acquisto era previsto nell'ambito dell'accordo quadro (cfr. CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.to 35, ove si indica che una stima era riportata unicamente all'interno del capitolato d'onere e si richiama anche una clausola di non esclusività che conferiva all'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di acquisire prodotti simili da altri fornitori previa procedura ad evidenza pubblica).

A seguito dell'aggiudicazione in favore della Nutricia A/S (decisione del 9 agosto 2019), un altro operatore economico (*Simonsen & Weel*) proponeva ricorso per l'annullamento di tale decisione (il 19 agosto 2019).

Il ricorso censurava l'assenza di indicazioni, nel bando di gara, della quantità stimata/massima o il valore stimato/massimo dei prodotti da fornire nell'ambito dell'accordo quadro in violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza (distorcendo quindi la libera concorrenza nel Mercato Interno).

L'amministrazione aggiudicatrice, nel resistere al ricorso, proponeva un'interpretazione restrittiva della definizione di accordo quadro per cui l'indicazione delle quantità risulterebbe meramente facoltativa (direttiva UE 2014/24, art. 33, par. I, in cui lo scopo dell'accordo quadro è rappresentato dalla definizione delle clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo "e, se del caso, le quantità previste"). La tesi dell'amministrazione danese si discostava anche dalla precedente giurisprudenza europea (CGUE 19 dicembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Coopservice c. ASST della Vallecamonica*, in C-216/17; *A Brown, May a contracting authority make use of a framework agreement which it has not signed and is it mandatory to state the total quantity of service that may be called off under that agreement? The Court of Justice ruling in Case C216/17*, in *P.P.L.R.*, 2020, 89-94) ritenendo quest'ultima applicabile solo alle situazioni nelle quali un'amministrazione aggiudicatrice agisce per conto di altre senza essere direttamente parte dell'accordo quadro.

La commissione di ricorso in materia di appalti pubblici danese non disponeva la sospensione dell'aggiudicazione (consentendo in tale modo la conclusione dell'accordo quadro tra la regione dello Jutland settentrionale con la Nutricia A/S; la regione della Danimarca meridionale sceglieva di non esercitare l'opzione prevista nei documenti di gara), e si interrogava sul dovere dell'amministrazione aggiudicatrice di comunicare al mercato le quantità e i valori (sia stimati, sia massimi) dei prodotti oggetto di fornitura nell'ambito dell'accordo quadro e se tale limite massimo debba essere fissato *ab origine* nel bando di gara (cfr. CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.to 44, le questioni pregiudiziali si compongono di più quesiti volti a verificare la portata dell'eventuale dovere).

Ulteriore quesito che si poneva il giudice del rinvio concerneva la possibile assimilazione degli effetti giuridici derivanti dalla mancata corretta indicazione del limite massimo dell'accordo quadro con la mancata pubblicazione del bando di gara, in cui si prevede la privazione degli effetti dell'eventuale contratto stipulato (direttiva 2007/66/CEE, art. 2 *quinquies*, par. 1, lett. a).

2. – La Corte di Giustizia UE analizza le informazioni che devono figurare nel bando di gara di un accordo quadro ai sensi della disciplina europea (direttiva 2014/24/UE, art. 18, par. 1, artt. 33 e 49 p.to 7 e dell' allegato V, parte C, lett. a), p.to 10; Regolamento di esecuzione UE, 11 novembre 2015, n. 1986/2015, che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di bandi e avvisi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione UE n. 842/2011, all. II) rilevando come le previsioni europee non prevedano espressamente un obbligo di indicare la quantità o il valore stimato/massimo della prestazione dedotta nell'ambito di un accordo quadro (cfr. CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.to 53, ove si prende in considerazione l'interpretazione letterale della disciplina europea) lasciando intendere l'esistenza di un margine di discrezionalità in capo alla amministrazione aggiudicatrice.

Tuttavia, i principi europei (direttiva 2014/24/UE, art. 18, in particolare i principi di parità di trattamento e trasparenza) e la più generale *ratio* e della disciplina europea in materia di contratti pubblici paiono escludere la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di non comunicare al mercato il valore massimo dell'accordo quadro che si intende concludere (si v. la necessità per l'amministrazione aggiudicatrice di stimare il valore del contratto di appalto che si intende concludere - direttiva 2014/24/UE, art. 5 - o di indicare la quantità o il valore delle forniture che saranno coperte dall'accordo quadro considerato nel suo complesso - direttiva 2014/24/UE, all. V, parte C, p.to 7; Regolamento di esecuzione UE, 11 novembre 2015, n. 1986/2015, all. II, II.2.6).

In tale contesto, pur qualificando come un'obbligazione di mezzi l'indicazione del valore e la frequenza di ognuno dei contratti di appalto specifico, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe precisare (in maniera imperativa) il valore stimato e massimo dei successivi contratti che potranno essere stipulati nell'ambito di un accordo quadro (CGUE 19 dicembre 2018, in C-216/17, p.to 60).

La necessità di portare a conoscenza il mercato di riferimento dei criteri che saranno utilizzati per i contratti di appalto che verranno stipulati nell'ambito di un accordo quadro e della loro portata (in termini quantitativi) consente infatti agli operatori economici di valutare l'opportunità di rispondere all'invito ad offrire dell'amministrazione aggiudicatrice.

Ove il valore o la quantità massima di un accordo quadro non fossero indicati fin dall'origine (o se tale indicazione non fosse giuridicamente vincolante) si potrebbero produrre delle distorsioni alla libera concorrenza per entrambe le parti.

Dal lato dell'offerta risulterebbe impossibile determinare gli obblighi a cui ci si assoggetta con la conclusione dell'accordo quadro e le conseguenti responsabilità per inadempimento (ove l'operatore economico non riesca a fornire la prestazione

nei tempi e modi richiesti dalle amministrazioni con cui verranno stipulati i contratti di appalto specifico).

L'amministrazione aggiudicatrice potrebbe altresì modificare il quantitativo massimo sulla base delle proprie necessità alterando l'equilibrio e la natura dell'originario accordo quadro ponendo in essere una modifica sostanziale (direttiva 2014/24/UE, art. 72, in cui si descrivono i limiti entro i quali può essere apportata una modifica legittima all'originario accordo quadro/contratto).

L'interpretazione data dalla *Region Nordjylland* nel caso di specie consentirebbe ulteriori elusioni della disciplina europea ove fosse applicata in via estensiva alla durata dell'accordo quadro.

La Corte, conformemente ai propri precedenti, ritiene quindi che l'amministrazione aggiudicatrice, inizialmente parte dell'accordo quadro, possa assumere impegni, per se stessa e per le potenziali amministrazioni aggiudicatrici che siano "chiaramente individuate in tale accordo", solo entro una quantità e/o un valore massimo e, una volta raggiunto tale limite, detto accordo avrà esaurito i suoi effetti (v., per analogia, CGUE 19 dicembre 2018, in C-216/17, p.to 61).

Il Collegio, in considerazione degli obblighi (per le amministrazioni aggiudicatrici) di pubblicare i bandi e gli avvisi mediante i formulari realizzati a livello europeo, di trasmettere gli stessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea (direttiva 2014/24/UE, art. 51, par. III, in cui, per superare le barriere linguistiche, si prevede la pubblicazione integrale dei bandi e degli avvisi di cui agli artt. 48, 49 e 50 nelle lingue scelte dall'amministrazione aggiudicatrice ed una sintesi degli elementi importanti di ciascun bando o avviso nelle altre lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione) e della necessità di rendere disponibile l'accesso gratuito, illimitato e diretto dell'intera documentazione di gara in modalità elettronica (direttiva 2014/24/UE, art. 53), ritiene indifferente che l'indicazione della quantità o del valore massimo della prestazione sia realizzata nel bando di gara o nel capitolato d'onori (cfr. CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.to. 71). Sul punto pare necessario evidenziare come l'indicazione già all'interno del bando di gara si debba considerare maggiormente opportuna. Tale adempimento consente al mercato di reperire l'informazione in maniera semplificata e garantisce un maggiore rispetto della parità di trattamento transfrontaliero degli operatori economici che possono reperire l'informazione in tutte le lingue dell'UE.

In tale contesto, se risultano non conformi alla disciplina europea le "informazioni parziali" relative all'oggetto di un accordo quadro (cfr. CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.to 76), ulteriori specificazioni possono essere riportate nella documentazione di gara (ad es. la specificazione circa l'indicazione del valore delle forniture delle singole amministrazioni che aderiscono all'accordo quadro o l'indicazione dei luoghi di possibile esecuzione della prestazione).

La decisione della Corte chiarisce anche le possibili conseguenze giuridiche derivanti dal caso di specie. L'applicazione della sanzione della privazione di effetti, prevista dall'ordinamento europeo per i contratti pubblici conclusi in assenza della pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'UE nelle ipotesi in cui sia previsto tale regime di pubblicità (direttiva 2007/66/CEE, art. 2 *quinquies*, par. 1, lett. a), è valutata dalla Corte sulla base del parametro della proporzionalità. La particolare gravità della sanzione, originariamente introdotta per contrastare fenomeni di grave violazione della disciplina europea (quali la conclusione di affidamenti diretti volti a eludere il principio di libera concorrenza. Cfr. direttiva 2007/66/CEE, considerando n.ro 14, in cui la privazione degli effetti del contratto è indicata quale "il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere"), è considerata nel caso di specie sproporzionata (cfr. CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.ti 87 e 88) anche in considerazione della possibilità di identificare la

manca di informazioni essenziali già a seguito della pubblicazione del bando e della documentazione di gara.

3. - La pronuncia della Corte di Giustizia fornisce lo spunto per analizzare l'evoluzione dell'utilizzo dell'accordo quadro a livello internazionale ed europeo, approfondendo la disciplina europea, gli effetti che possono essere prodotti sul mercato e le principali criticità connesse al suo utilizzo.

Istituti con effetti giuridici simili all'accordo quadro e denominati in vario modo, erano già presenti in alcuni ordinamenti giuridici prima della loro espressa previsione nelle direttive CE del 2004 (PwC, *Public procurement in Europe. Cost and effectiveness*, 2011, in cui si rileva anche come dal 2006 l'utilizzo dell'accordo quadro fosse in crescita con una media del 18% all'anno).

Nel Regno Unito il loro uso era già esteso al settore dei lavori all'inizio degli anni '90 anche se prime applicazioni possono essere rinvenute durante le guerre napoleoniche e nel XVII secolo nell'ambito degli appalti navali (M. Bowsher – L. E. John, *The use (and abuse?) of framework agreements in the United Kingdom*, in *International Public Procurement. A guide to best practice*, a cura di R. Hernandez Garcia, Londra, 2009, 349 e s.). Tale strumento contrattuale era sovente utilizzato come una lista di fornitori "chiusa". Questa connotazione, unitamente ai termini di durata lunghi, era percepita come un limite alla concorrenza che richiedeva una disciplina a livello europeo per evitare possibili abusi (S. Arrowsmith, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?*, in *P.C.L.J.*, 2006, 337-348. Più recentemente circa l'utilizzo dell'accordo quadro nel Regno Unito si v.: (OGC, *Framework Agreements*, 2008, webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100503135839/http://www.ogc.gov.uk/document/s/OGC_Guidance_on_Framework_AgreementsSept_08.pdf; Crown Commercial Service, *Guidance on Framework Agreements*, 2016, in www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/430313/public-contracts-regulations-guidance.pdf).

In Francia i *marchés à commande* e i *marchés de clientele* erano disciplinati già negli anni '50 (L. Folliot-Lalliot, *The French Approach to Regulating Frameworks under the New EC Directives*, in *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, a cura di S. Arrowsmith, Thomas Reuters/West, Danvers, 2009, 198 e s.).

I paesi scandinavi presentano una lunga tradizione circa il ricorso dell'accordo quadro e ricorrevano a strumenti contrattuali simili già dagli anni '70 (PwC, *Public procurement in Europe. Cost and effectiveness*, 2011).

In Italia, la previsione della possibilità (per l'allora Ministero del Tesoro, oggi Consip S.p.A.) di concludere convezioni in forma centralizzata per l'acquisto di beni e servizi per le altre amministrazioni pubbliche (istituto simile per effetti giuridici prodotti ad un accordo quadro concluso con un unico operatore economico e con le condizioni contrattuali stabilite) era contenuta nella legge finanziaria per l'anno 2000 (l. 23 dicembre 1999, n. 488, art. 26). La qualificazione giuridica dell'accordo quadro come "contratto normativo" volto a definire preventivamente il contenuto di contratti eventuali e futuri consentiva di non fare sorgere immediatamente diritti ed obblighi per i contraenti (ANAC, delibera 13 novembre 2019, n. 1051, TAR Puglia, Bari, III, 25 febbraio 2021, n. 333; Corte dei Conti per la Campania, deliberazione 6 giugno 2018, n. 77. Sul rapporto tra accordo quadro e contratti ad oggetto multiplo: Cons. St., III, 15 febbraio 2018, n. 982, TAR Milano, 24 gennaio 2020 n. 174) superando problematiche connesse alla predeterminazione dei fabbisogni ed alla programmazione dell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti (Cons. St., V, 6 agosto 2021, n. 5785).

In Spagna e in Germania l'applicazione era originariamente limitata e connessa alle prime forme di aggregazione della domanda pubblica (M. Pignatti, I

contratti pubblici in sanità in altre esperienze europee, in *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Milano 2011, 271 e s.).

Negli Stati Uniti, i cosiddetti “*call contracts*” e gli “*umbrella contracts*” (il nome dato a suo tempo ai contratti “*task and delivery order*”, ai “*indefinite delivery/indefinite quantity contracts*” IDIQ, ai *Government-Wide Acquisition Contracts – GWAC* – ed ai *Multiple Award Schedules – MAS* -) erano individuati già negli anni cinquanta (C. R. Yukins, *Are IDIQs Inefficient? Sharing Lessons with the European Framework Contracting*, in *P.C.L.J.*, 2008, 545-568; J. Kaufman, *Cooperative Purchasing: A US Perspective*, in *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, a cura di G. M. Racca - C. R. Yukins, Bruxelles, 2019, 65-91; G.L. Albano - A. Ballarin - M. Sparro, *Framework Agreements and Repeated Purchases: The Basic Economics and A Case Study on the Acquisition of IT Services*, in *Quaderni Consip*, IV/2010). Il loro utilizzo è andato accentuandosi con il *Federal Acquisition Streamlining Act* (FASA) del 1994 (C. R. Yukins, *Assessing Framework Agreements Under the WTO's Government Procurement Agreement: A Comparative Review of the U.S. Experience*, *Federal Procurement Reports for Fiscal Years 2000-2003*, in docs.law.wu.edu/facweb/sschooner/GWU%20Frameworks%20Program%20MaterialsFinal.pdf; J. C. Kunz, *Pre-Disaster Contracting. The Use of Indefinite-Delivery/Indefinite Quantity Contracts*, in *Andrews Gov't Cont. Litig. Rep.*, 2006; K. DaPonte Thornton, *Fine Tuning Acquisition Reform's Favorite Procurement Vehicle, the Indefinite Delivery Contract*, in *P.C.L.J.*, 2002, 383; M. J. Benjamin, *Multiple Award Task and Delivery Order Contracts: Expanding Protest Grounds and Other Heresies*, in *P.C.L.J.*, 2002, 429) e le problematiche connesse alle possibili restrizioni della concorrenza sono state risolte lasciando aperte le liste fornitori e ammettendo l'ingresso di nuovi operatori economici in qualsiasi momento (M. Mattalia, *Il livello federale del public procurement negli Stati Uniti*, in *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Milano 2011, 293 e s.).

In Cina gli accordi quadro sono ampiamente utilizzati da tempo. L'evoluzione del loro utilizzo e la regolamentazione sconta la difficile riforma degli appalti pubblici avviata dal governo cinese. L'assenza di una disciplina espressa e le questioni giuridiche sorte dall'uso pratico degli accordi quadro hanno suscitato critiche sulle modalità di utilizzo dell'istituto (Ke Ren, *The use and regulation of framework agreements under the Chinese Government procurement system*, in *P.P.L.R.*, 2019, 42-58).

A livello internazionale, esperienze più recenti sono quella della Korea e del Cile che hanno prodotto efficienti risultati ricorrendo all'accordo quadro unitamente a progressive politiche di digitalizzazione del procedimento di scelta del contraente (si v. OECD, *Report on the implementation of the recommendation of the Council on public procurement*, 2019, in [one.oecd.org/document/C\(2019\)94/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C(2019)94/FINAL/en/pdf), 51, 66-67 e 80; con particolare riferimento all'esperienza della Korea cfr.: OECD, *The Korean Public Procurement Service: Innovating for Effectiveness*, 2016, in dx.doi.org/10.1787/9789264249431-en, e con riferimento all'esperienza del Cile cfr.: OECD, *Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements*, 2017, in dx.doi.org/10.1787/9789264275188-en).

Gli effetti della globalizzazione e l'incremento nell'utilizzo di questo strumento contrattuale in ambito internazionale ha comportato l'esigenza di una armonizzazione della disciplina e la realizzazione di linee guida volte a indicare e suggerire parametri comuni per l'utilizzo di questo strumento contrattuale nei differenti ordinamenti giuridici (cfr. World Bank Group, *Guidebook for Setting-up and Operating Framework Agreements*, 2021, in documents1.worldbank.org/curated/en/958921624026529503/pdf/Guidebook-for-Setting-up-and-Operating-Framework-Agreements.pdf; OECD, *Manual for Framework Agreements*, 2014, in www.oecd.org/gov/ethics/manual-framework-agreements.pdf;

OECD, *Sigma Public Procurement Brief 10- What are the Public Procurement Procedures and When Can They be Used?*, 2011, in www.oecd-ilibrary.org/governance/what-are-the-public-procurement-procedures-and-when-can-they-be-used_5js4wzv53043-en; UNCITRAL Model Law on Public Procurement, 2011, in uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement).

4. - Gli accordi quadro sono oggi considerati uno strumento contrattuale particolarmente flessibile (Consiglio europeo, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente*, novembre 2020, in cui sono descritti come “uno strumento importante e ampiamente utilizzato in materia di appalti che consente di includere, grazie alla sua opportuna flessibilità, diversi acquirenti pubblici e le loro esigenze in materia di appalti), utile per le *policies* di aggregazione della domanda (si v. C. Nicholas, *Framework agreements and the UNCITRAL model law*, in *P.P.L.R.*, 2008, NA220-230; G. L. Albano – M. Sparro, *Flexible Strategies for Centralised Public Procurement*, in *Review of Economics and Institutions*, 2010; C. Risvig Hamer, *Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies*, in *P.P.L.R.*, 2014, 201-210; G. L. Albano – C. Nicholas, *The law and economics of framework agreements – Designing flexible solutions for public procurement*, 2016, Cambridge University Press; A Sanchez Graells - Herrera Anchustegui, *Impact of Public Procurement Aggregation on Competition: Risks, Rational and Justification to the Rules in Directive 2014/24*, 2016, in research-information.bris.ac.uk/ws/portalfiles/portal/47837809/Aggregated_purchasing_ASG_IHA_merged_version_final_.pdf; G. M. Racca, C. R. Yukins, *Introduction. The Promise and Perils of Innovation*, in *Cross-Border Procurement*, in *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 1-27; BBG – SKI, *Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, 2017, in ec.europa.eu/docsroom/documents/22102/, 19 e s.) che trova una sempre maggiore applicazione.

Ove correttamente utilizzato consente, senza limitare l'accesso delle PMI nel settore dei contratti pubblici (ad es. prevedendo più lotti e limitando il numero dei lotti che possono essere aggiudicati al medesimo operatore economico. Si v. I. Locatelli, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 31-63), di contemperare l'esigenza di efficientamento dell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche e il rispetto della concorrenza in Europa (cfr. l'esperienza dell'accordo quadro a carattere transfrontaliero concluso nell'ambito del progetto *Healthy Ageing – Public Procurement of Innovation* descritto in BBG – SKI, *Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, cit., 33).

L'accordo quadro si limita a definire “le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo” (direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. I; cfr. S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, 2005, par. 1.04) generando una sorta di “sinallagma funzionale” che vincola le parti ai termini ed alle clausole in esso contenuti solo in caso di stipulazione (nel suo ambito) di un contratto di appalto specifico (CGCE, 11 giugno 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik c AOK Rheinland/Hamburg*, in C-300/07, in cui viene considerato come “accordo quadro”, ai sensi della direttiva 2004/18 *rationae temporis* vigente, un accordo concluso tra una cassa pubblica di assicurazione malattia ed un operatore economico, nel quale sono definite le remunerazioni delle diverse forme di assistenza offerte da tale operatore nonché la durata di applicazione dell'accordo, in cui l'operatore

economico risulta il soggetto obbligato ad adoprarsi in favore degli assicurati che ne facciano richiesta e la cassa malattia risulta l'unica debitrice della remunerazione degli interventi di tale stesso operatore).

La circostanza che non nasca una obbligazione circa la stipulazione di contratti di appalto nell'ambito di un accordo quadro distingue tale strumento contrattuale da altri istituti giuridici (ad es. nel caso di un contratto preliminare, la fissazione del contenuto minimo del contratto è finalizzata ad una obbligazione di stipulazione dello stesso). Tale connotazione comporta ulteriori conseguenze giuridiche, quale l'impossibilità di agire in giudizio per ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, che ne consentono solo una parziale soggezione alla disciplina giuridico-civilistica del contratto in senso proprio (le parti che ne dispongono si limitano infatti a definire la predisposizione anticipata di uno schema contrattuale per eventuali e futuri contratti, consentendo di anticipare alcuni adempimenti connessi all'evidenza pubblica).

Per tali motivi risulta particolarmente idoneo per acquisti ripetuti di beni o servizi relativamente standard (forniture per ufficio e semplici tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e servizi semplici come contratti di manutenzione), per l'acquisto di beni o servizi soggetti ad oscillazioni dei valori di mercato o nel caso in cui la stazione appaltante non sia in grado di predeterminare, in maniera precisa e circostanziata, i quantitativi dei beni da acquistare o per prevenire possibili situazioni che giustificerebbero procedure di scelta del contraente in cui la concorrenza risulta limitata (come nel caso della procedura negoziata senza previa pubblicazione motivate da ragioni di urgenza. In dottrina: G. L. Albano, *Homo homini lupus: on the consequences of buyers' miscoordination in emergency procurement for the COVID-19 crisis in Italy*, in *P.P.L.R.*, 2020, 213-219; G. M. Racca, *The Risks of Emergencies in Public Procurement*, in *Journal of Public Finance and Public Choice*, 2013, 105-120).

L'efficienza derivante dal suo utilizzo comporta vantaggi diretti ed indiretti.

I primi possono essere rinvenuti in termini di programmazione e nella riduzione delle tempistiche procedurali e delle risorse impiegate dalle amministrazioni aggiudicatrici che vi aderiscono (soprattutto ove svolte mediante forme di centralizzazione delle committenze). Tali benefici semplificano alcuni adempimenti del procedimento di scelta del contraente (come l'adempimento agli obblighi di pubblicità, la valutazione dei requisiti di partecipazione e dei criteri di aggiudicazione previsti per la conclusione dell'accordo quadro) che sono condotti una sola volta anche per le altre amministrazioni pubbliche che aderiscono all'accordo quadro (evitando che la medesima procedura sia svolta singolarmente per ogni acquisto. Si v. l'accordo quadro concluso dalla centrale di committenza austriaca – BBG – e danese – SKI – per l'acquisto di licenze del software Citrix descritto in BBG – SKI, *Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, cit., 47 e s.) riducendo i costi del procedimento amministrativo.

L'accordo quadro consente anche un margine di flessibilità in relazione all'oggetto della prestazione contrattuale. Permette infatti di disciplinare tutte le condizioni contrattuali e/o prevedere l'eventuale e ulteriore negoziazione su alcune di esse per adattare la prestazione a specifici fabbisogni della singola stazione appaltante.

I vantaggi indiretti sono connessi alle professionalità interdisciplinari utili per la definizione della strategia di gara. La migliore definizione di quest'ultima consente una riduzione dei costi transazione e limita l'eventuale contenzioso connesso allo svolgimento della procedura per la conclusione dell'accordo quadro ed alla sua gestione.

A livello europeo sono previsti cinque differenti modelli di accordo quadro (con uno o più operatori economici; con tutti i termini/condizioni della prestazione

contrattuale già definiti - detto anche accordo quadro “chiuso” -; o senza che sia definiti tutti i termini/condizioni della prestazione contrattuale - detto anche accordo quadro “aperto” -. A tali quattro modelli le Direttive UE del 2014 hanno espressamente introdotto un quinto modello –misto o ibrido – in cui le condizioni ed i termini sono già interamente previsti nell’accordo quadro, pur potendo riaprire il confronto competitivo su alcuni di essi. Cfr. Direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. IV; per i settori speciali si v. Direttiva 2014/25/UE, art. 51). La scelta del modello maggiormente idoneo ad essere utilizzato nei singoli casi di specie deve prendere in considerazione i relativi vantaggi e svantaggi, le caratteristiche del mercato di riferimento ed il livello di concorrenza presente al suo interno.

L’acquisto mediante un accordo quadro si svolge in due fasi. Alla conclusione dell’accordo quadro (denominato anche “*master contract*”), con uno o più operatori economici, segue l’aggiudicazione dei singoli contratti di appalto specifico (detta anche “*call-off*”). In un modello organizzativo di aggregazione della domanda, la prima fase è comunemente svolta mediante attività di centralizzazione delle committenze, mentre la seconda fase è svolta dalla singola stazione appaltante (si presti attenzione alla possibile delega della seconda fase ad un soggetto titolare delle professionalità idonee).

Entrambe le fasi consentono l’utilizzo di tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e digitali (quali l’asta elettronica - direttiva UE 2014/24, art. 35, par. II - ed il catalogo elettronico) per la procedura di gara e la gestione dell’accordo quadro, semplificandone le modalità di svolgimento. In presenza di un procedimento di acquisto gestito interamente in modalità elettronica risulta altresì possibile la conclusione di accordi quadro mediante l’utilizzo, quale tecnica di acquisto, di un sistema dinamico di acquisizione (M. Pignatti, *Electronic Means as an Approach to Public Purchasing*, in *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 471-506; circa l’interconnessione tra l’utilizzo dell’accordo quadro unitamente a strumenti digitali ed il rapporto con il sistema dinamico di acquisizione si v.: G. L. Albano – C. Nicholas, *The law and economics of framework agreements – Designing flexible solutions for public procurement*, cit. e M. Pignatti, *The use of e-procurement and contractual terms and conditions for the risk assessment and risk management in the public procurement cycle*, cit.).

Le due fasi in cui si svolge l’acquisto presentano profili giuridici che richiedono una analisi per comprendere al meglio gli effetti che i differenti modelli e le loro modalità di utilizzo possono produrre sui mercati.

5. – Nella prima fase i principi di trasparenza e concorrenza comportano nel contempo l’individuazione (da parte dell’amministrazione aggiudicatrice) delle informazioni necessarie per lo svolgimento della seconda fase (nel caso di successiva riapertura del confronto competitivo tra gli operatori economici con cui è stato concluso l’accordo quadro è necessaria ad es. l’indicazione dei termini o condizioni contrattuali che possono essere soggette alla riapertura del confronto competitivo, dei criteri oggettivi sulla cui base sarà selezionato l’aggiudicatario dei contratti di appalto specifici realizzati nell’ambito dell’accordo quadro. Si v. direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. IV) ed una descrizione dell’oggetto della prestazione richiesta (ossia i quantitativi di acquisto precisi o stimati e i relativi criteri di valutazione e ponderazione da utilizzare sia nella prima che nella seconda fase).

La necessità di indicare l’oggetto del contratto consegue all’esigenza di comunicare con chiarezza al mercato rilevante le caratteristiche della prestazione richiesta e (come rilevato anche dalla CGUE nel caso di specie) il valore / quantità stimato e massimo (CGUE 19 dicembre 2018, in C-216/17, p.to 70, con riferimento ad un accordo quadro concluso in favore di altre amministrazioni pubbliche; CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.ti 73 e 80, con riferimento ad un accordo quadro concluso in favore dell’amministrazione che ha svolto la procedura per la sua

conclusione). La definizione di limiti entro cui può essere utilizzato l'accordo quadro comporta che l'amministrazione che ha concluso l'accordo quadro possa assumere impegni per conto proprio o delle potenziali stazioni appaltanti specificamente indicati nell'accordo stesso solo fino a un determinato quantitativo. Raggiunto tale valore/importo l'accordo non avrà più alcun effetto (CGUE 19 dicembre 2018, in C-216/17, p.to 61) risultando possibile unicamente un eventuale aumento delle quantità previste nei limiti della disciplina prevista in caso di modifiche in corso di esecuzione (direttiva 2014/24/UE, art. 72). Ove si ricorra a tale ultima possibilità dovrà essere monitorata non solo la gestione dell'accordo quadro, ma anche quella dei contratti stipulati al suo interno al fine di verificare che la concorrenza delle modifiche in corso di esecuzione apportate all'accordo quadro ed ai contratti di appalto conclusi al suo interno non comporti una violazione della concorrenza.

I principi posti a fondamento della concorrenza nel Mercato Interno (ed in particolare i principi di trasparenza e parità di trattamento) comportano anche la chiara identificazione (all'interno dei documenti di gara) delle stazioni appaltanti, che potranno stipulare dei contratti specifici di appalto nell'ambito di un accordo quadro (CGUE 19 dicembre 2018, in C-216/17, p.to 56, affinché una stazione appaltante possa concludere un contratto di appalto specifico all'interno di un accordo quadro "risulta sufficiente che una tale amministrazione aggiudicatrice figuri tra i beneficiari potenziali di tale accordo quadro sin dalla data della sua conclusione, essendo chiaramente individuata nei documenti di gara mediante una menzione esplicita che valga a far conoscere tale possibilità tanto all'amministrazione aggiudicatrice «secondaria» stessa quanto a ogni operatore interessato. Tale indicazione può figurare vuoi nell'accordo quadro stesso vuoi in un altro documento, come una clausola di estensione nel capitolato d'oneri, purché i requisiti di pubblicità e di certezza del diritto e, pertanto, di trasparenza siano rispettati"). Questa informazione consente al mercato di definire i possibili luoghi in cui la prestazione contrattuale potrà essere eseguita. Si potrebbe altresì prospettare di identificare le stazioni appaltanti beneficiarie dell'accordo quadro non esclusivamente nominativamente ma anche in altre modalità (quale può essere l'indicazione del riferimento a una determinata categoria di amministrazioni aggiudicatrici all'interno di un'area geografica chiaramente delimitata) purché queste consentano al mercato di riferimento di individuare le modalità di esecuzione di cui dovrà tenere conto l'offerta (Commissione UE, *Explanatory note – framework agreements – classic directive*, CC/2005/03_rev 1, 14 luglio 2005).

Se può risultare complesso stimare il valore complessivo dei contratti che potranno essere aggiudicati durante la durata dell'accordo quadro, si evidenzia come tale quantificazione non sia vincolante né per le eventuali stazioni appaltanti indicate all'interno del bando quali possibili destinatarie, né per l'amministrazione aggiudicatrice che ha concluso lo stesso accordo quadro dovendosi considerare tale adempimento come un'obbligazione di mezzi (CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.to 58), che può essere rafforzato dalla preliminare indicazione (da effettuare sempre all'interno dei documenti di gara per la conclusione dell'accordo quadro) di una clausola di non esclusività volta a consentire l'aggiudicazione di prestazioni contrattuali simili a quelle dedotte nell'accordo quadro da altri operatori economici (sebbene nel rispetto della disciplina in materia di contratti pubblici). Quest'ultima modalità di conclusione dell'accordo quadro evidenzia due aspetti di interesse.

Il primo deriva dalla possibile previsione negli ordinamenti giuridici di un obbligo che vincola le amministrazioni aggiudicatrici (o alcune di esse) ad effettuare i propri acquisti mediante gli accordi quadro conclusi attraverso l'attività di centralizzazione delle committenze. Questa previsione, se fornisce una maggiore garanzia agli operatori economici che presentano un'offerta per la conclusione di un accordo quadro circa la stipulazione di successivi contratti di appalto, limita la scelta delle singole stazioni appaltanti circa l'adattabilità della prestazione a specifiche

esigenze o fabbisogni (attenzione dovrà inoltre essere prestata per consentire tali adattamenti ad es. mediante la previsione di differenti lotti merceologici o mediante la riapertura del confronto competitivo su caratteristiche fondamentali della prestazione).

Il secondo aspetto da tenere in considerazione concerne l'effetto prodotto sul mercato. L'assenza di garanzia circa l'aggiudicazione di contratti di appalto (o di soglie volte a garantire acquisti per un determinato valore) potrà spingere gli operatori economici a non presentare offerte particolarmente vantaggiose in considerazione del rischio relativo al volume dei possibili acquisti (riducendo in particolare l'effetto di leva economica che costituisce uno dei benefici a cui sono connesse le politiche di aggregazione della domanda).

Tra i fattori da prendere in considerazione in tale fase assume rilevanza l'analisi del livello di concorrenza all'interno del singolo mercato di riferimento. L'individuazione degli operatori economici aggiudicatari dell'accordo quadro, se da un lato può essere inteso come un elenco chiuso di fornitori (limitando la concorrenza), dall'altro può favorire la realizzazione di accordi collusivi tra gli stessi, specie ove sia previsto un rilancio competitivo nella seconda fase (essendo questi gli unici soggetti legittimati a partecipare alle call-off; cfr. P Alexia Giosa, *Preventing collusive tendering in public markets – the case of framework agreements*, in *European Competition Journal*, 2020, 281 e s.).

6. - La seconda fase si differenzia sulla base del numero di operatori economici con cui è stato concluso l'accordo e circa la modalità di definizione dei termini e condizioni contrattuali oggetto della riapertura del confronto competitivo (Commissione UE, *Explanatory note – framework agreements – classic directive*, CC/2005/03_rev 1, 14 luglio 2005).

Ove l'accordo quadro sia concluso con un unico operatore economico la seconda fase prevede un ordine di fornitura (alle condizioni contrattuali definite all'interno dell'accordo quadro) o una richiesta di completare l'offerta (direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. III).

I vantaggi derivanti dalla conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico derivano dalla certezza dei rapporti e delle prestazioni contrattuali dedotti all'interno dell'accordo quadro, dalla semplicità di acquisto (anche mediante il semplice ordinativo di acquisto) e dalla riduzione dei costi di transazione per le singole amministrazioni pubbliche individuate (all'interno del bando o dei documenti di gara) quali beneficiarie dell'accordo quadro. Questo modello di accordo quadro comporta il rischio di scarsa adattabilità alle esigenze individuali delle singole amministrazioni pubbliche, circostanza che può rappresentare un problema importante in un ordinamento giuridico in cui si prevede un obbligo di ricorso agli accordi quadro conclusi da centrali di committenza (si v. OECD, *Report on the implementation of the recommendation of the Council on public procurement*, 2019, cit., 69, in cui sono messi in rapporto i benefici e le eventuali problematiche connesse all'obbligo o alla volontarietà nell'adesione agli accordi quadro conclusi dalle centrali di committenza). Questa declinazione nell'utilizzo dell'accordo quadro può rendere complessa la partecipazione delle PMI, risultando invece maggiormente idonea nei mercati di riferimento in cui opera un limitato di imprese (eventualmente di medio/grande dimensioni) ed in cui è presente un elevato livello di concorrenza. In questi casi, la previsione di più lotti (ad es. a carattere territoriale e di piccole dimensioni) può risultare utile per incentivare l'ingresso nel mercato di riferimento di nuove imprese (evitando in tal modo la creazione di situazioni di monopolio/oligopolio che possono portare ad una "cattura" dell'amministrazione nella selezione del contraente).

Ove l'accordo quadro sia concluso con più operatori economici (le direttive del 2014 in materia di contratti pubblici hanno fatto venire meno il limite minimo

di tre operatori economici contenuto nelle precedenti direttive del 2004. Risulta quindi possibile, nel rispetto dei principi europei, la conclusione di un accordo quadro con due operatori economici) è necessaria la definizione delle modalità di individuazione dell'aggiudicatario del singolo contratto di appalto essendo comunque possibile la riapertura del confronto competitivo (tra i soli operatori economici con cui è stato concluso l'accordo quadro) ove alcune condizioni contrattuali non siano definite o possano essere riaperte (direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. IV).

La predeterminazione all'interno dei documenti di gara per la conclusione dell'accordo quadro dei criteri, delle procedure e metodologie utilizzate per l'aggiudicazione dei contratti di appalto contribuisce a garantire una maggiore trasparenza da parte delle singole stazioni appaltanti evitando elusioni alla concorrenza (M. Andrecka, *Framework Agreement Transparency in the Call-Off Process*, in *EPPPL*, 2015, 231).

I vantaggi derivanti dalla scelta di tale modello concernono la possibilità di conseguire l'offerta di prezzi competitivi, garantendo a più operatori economici di rimanere nel mercato (evitando quindi la creazione di "rapporti stabili" con un unico operatore economico che può dar vita ad una situazione di monopolio, e che l'eventuale "fallimento" o esclusione di un operatore economico comporti ulteriori oneri procedurali quali lo scorrimento della graduatoria o lo svolgimento di una nuova procedura di gara). Questa tipologia di accordo quadro richiede una attenta definizione dei documenti di gara al fine di consentire contestualmente la maggiore adattabilità delle offerte alle variegate esigenze delle singole stazioni appaltanti e la massima partecipazione (soprattutto delle PMI) mediante una idonea strutturazione di lotti.

Se l'accordo quadro (concluso con più operatori economici) determina già tutti i termini/condizioni della prestazione contrattuale (*multiple framework contract* o accordo quadro "chiuso") i contratti di appalto potranno essere aggiudicati sulla base delle condizioni già stabilite e senza nuovo confronto competitivo (direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. IV, lett. a). In questo caso i documenti di gara avranno già definito anche il criterio per la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto. L'aggiudicazione dovrà basarsi su una graduatoria di merito delle offerte tecniche ed economiche adeguatamente motivata e sull'applicazione di metodologie e parametri predeterminati (le Direttive UE non definiscono una modalità specifica limitandosi a chiarire che le condizioni utilizzate devono essere oggettive e che "devono essere indicate nei documenti di gara per l'accordo quadro") quali, a titolo esemplificativo, la rotazione, lo scorrimento "a cascata" (ove il contratto di appalto viene stipulato con l'operatore economico che ha presentato la migliore offerta durante la prima fase della procedura e solo in caso di incapacità o rinuncia di tale operatore, le stazioni appaltanti potranno scorrere la graduatoria) o la previsione di rapporti percentuali (sul valore o sul volume) da attribuire alla graduatoria degli operatori economici con cui è stato concluso l'accordo quadro in modo da bilanciare e limitare la possibilità di ricorrere solo ad alcuni di essi (alcune metodologie sono suggerite in Commissione UE, *Explanatory note – framework agreements – classic directive*, cit.). In tale modo si evita una possibile rinegoziazione delle offerte iniziali (circostanza che potrebbe comportare una violazione o elusione della libera concorrenza). La scelta della metodologia da utilizzare nei singoli accordi quadro deve tenere conto delle caratteristiche dell'oggetto del contratto, del mercato di riferimento (se l'automatismo della rotazione può richiedere alcune deroghe motivate in relazione alle peculiarità dei fabbisogni, la tecnica della "cascata" implica il rischio che alcuni operatori economici non stipulino alcun contratto specifico o, viceversa, che un operatore economico che ha presentato la migliore offerta durante la prima fase decida di concludere solo i contratti maggiormente vantaggiosi) e del criterio di aggiudicazione utilizzato per la

conclusione dell'accordo quadro (ad es. il criterio del minore prezzo si adatta maggiormente al metodo "a cascata" poiché consente di acquistare medesime tipologie di beni ad un prezzo più alto solo ove l'operatore economico che ha fatto l'offerta più bassa non è più disposto o in grado di adempiere alla fornitura. L'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente può comportare problemi in presenza di offerte con caratteristiche differenziate che possono non corrispondere al fabbisogno di singole amministrazioni facendo risultare non efficiente una rigida applicazione del criterio della rotazione).

Se l'accordo quadro (concluso con più operatori economici) non contiene tutti i termini/condizioni che disciplinano la prestazione contrattuale (direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. IV, lett. c - *multiple framework agreement stricto sensu* o accordo quadro "aperto"), gli appalti specifici saranno aggiudicati a seguito di una riapertura della concorrenza (detta anche "*mini-competition*") che si svolge mediante una consultazione "per iscritto" (in cui sono ricomprese anche le modalità telematiche ed elettroniche di presentazione dell'offerta) degli operatori economici "in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto" individuati nell'accordo quadro. Tali soggetti sono invitati a presentare un'offerta (entro un termine congruo in relazione all'oggetto dell'appalto) che saranno valutate sulla base dei criteri individuati nei documenti di gara (direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. V). La riapertura della concorrenza trova un limite nel divieto di "modifiche sostanziali" (direttiva 2014/24/UE, art. 72; nell'ordinamento giuridico italiano cfr. ANAC, comunicato del presidente, *Indicazioni in merito alla gestione degli accordi quadro e delle convenzioni quadro di cui all'articolo 3, comma 1, lettera cccc) del codice dei contratti pubblici*, 7 luglio 2021, in cui si riportano modalità per garantire la corretta quantificazione della prestazione dedotta nell'accordo quadro e per gestire il rispetto dei limiti previsti per le variazioni in corso d'esecuzione) e si svolge sulla base delle "medesime condizioni applicate all'aggiudicazione dell'accordo quadro, se necessario precisandole, e, se del caso, su altre condizioni indicate nei documenti di gara" per la conclusione dell'accordo quadro (in tale sede la riapertura della concorrenza può avere ad oggetto: i tempi/le modalità di consegna di una fornitura o di svolgimento di un servizio, modalità di sicurezza aggiuntive relative allo svolgimento della prestazione, l'inclusione di particolari servizi associati alla prestazione principale). Nel caso in cui l'accordo quadro abbia ad oggetto tipologie di beni e servizi omogenei, la concorrenza in sede di rilancio sarà principalmente guidata dal prezzo favorendo eventuali collusioni tra gli operatori economici con cui è stato concluso l'accordo quadro (es. mediante accordi volti a concordare una politica dei prezzi comune).

Il modello misto o ibrido, introdotto con le direttive UE del 2014, consente di prevedere espressamente nei documenti di gara quali termini e condizioni contrattuali (già interamente contenute nell'accordo quadro, al pari di un accordo quadro "chiuso") possono comunque essere oggetto di un'ulteriore riapertura del confronto competitivo. In questo modo, una singola stazione appaltante può verificare la prestazione contrattuale dedotta all'interno dell'accordo quadro e valutare l'opportunità di acquistare direttamente sulla base delle condizioni già definite nell'accordo quadro o richiedere agli operatori economici (parte dell'accordo quadro) un nuovo confronto concorrenziale su determinati termini contrattuali. Tale valutazione di opportunità "avviene in base a criteri oggettivi, che sono indicati nei documenti di gara per l'accordo quadro" (direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. IV, lett. b) nell'ambito del disciplinare di gara per la conclusione dell'accordo quadro che può prevedere dei criteri oggettivi che consentono la riapertura della concorrenza (es. il superamento di un determinato importo contrattuale; la definizione di una data quantità di prodotti). Il modello misto o ibrido consente maggiormente di differenziare le caratteristiche o le prestazioni accessorie del bene o della prestazione richiesta sulla base delle esigenze

della singola stazione appaltante (es. in relazione a differenti tipologie di manutenzione che possono essere richieste o condizioni contrattuali aggiuntive quali lo smaltimento o il riutilizzo che non necessariamente possono essere di interesse per tutte le stazioni appaltanti) mantenendo la possibilità di ricorrere alle condizioni contrattuali già definite.

7. – Un profilo che assume una particolare rilevanza giuridica per gli effetti generati nei mercati di riferimento (in termini economici e quale possibile lesione della concorrenza) è connesso alla durata degli accordi quadro e dei contratti di appalto stipulati al loro interno.

La durata massima di un accordo quadro è definita dall'ordinamento europeo in quattro anni nei settori tradizionali (cfr. direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. 1.3) ed otto nei settori speciali (cfr. direttiva 2014/25/UE, art. 51, par. 1.3). Questi termini possono essere maggiori unicamente “in casi eccezionali debitamente motivati, in particolare dall'oggetto dell'accordo quadro”.

I limiti posti dall'ordinamento europeo sono volti a prevenire possibili distorsioni della concorrenza che si possono verificare nel caso si intendano prevedere durate maggiori (come ad es. limitazioni nell'accesso al mercato da parte di nuove imprese e la creazione di posizioni dominanti). Il carattere “chiuso” delle liste che contengono gli aggiudicatari di un accordo quadro amplifica tale effetto rendendo maggiormente complesso uno sviluppo effettivo della concorrenza (a differenza del sistema dinamico di acquisizione in cui l'ammissione al sistema è possibile in qualsiasi momento. Si v. CGUE, 2 giugno 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH c. DAK-Gesundheit*, in C-410/14, p.to 4, in cui la Corte ritiene non costituire un appalto pubblico un sistema di convenzioni attraverso il quale un ente pubblico intende acquistare beni sul mercato contrattando, per tutto il periodo di validità di tale sistema, con qualsiasi operatore economico che si impegni a fornire i beni in questione a condizioni predefinite, senza operare alcuna scelta tra gli operatori interessati e permettendo a questi di aderire a detto sistema per tutto il periodo di validità dello stesso; in dottrina *ECJ gets first principles of EU public procurement law wrong, as demonstrated by the regulation of dynamic purchasing systems (C-410/14)*, in www.howtocrackanut.com/blog/2016/6/3/6dmoau4vg7cuvvdswwixj9zdclyk19h).

Tali ragioni suggeriscono la previsione di una durata ridotta, soprattutto nei settori merceologici in cui è presente una rapida evoluzione tecnologica in cui l'opportunità di garantire una maggiore effettività della concorrenza va di pari passo con la necessità di aggiornare i parametri della prestazione contrattuale.

I contratti di appalto aggiudicati nell'ambito di un accordo devono essere aggiudicati prima della scadenza del contratto stesso, ma la loro durata può essere anche superiore (direttiva 2014/24/UE, art. 33, par. 1, un accordo quadro può essere concluso per una durata massima di quattro anni. La durata può essere superiore a tale termine in casi eccezionali “debitamente motivati, in particolare dall'oggetto dell'accordo quadro”). Considerato che i contratti di appalto specifico devono essere aggiudicati prima della scadenza dell'accordo quadro stesso ma la loro durata non deve necessariamente coincidere con quella dell'accordo quadro, è possibile che un contratto di appalto venga stipulato in prossimità della scadenza dell'accordo quadro prevedendo una durata notevolmente superiore a tale termine (direttiva UE 2014/24, considerando n. 62, “Dovrebbe in particolare essere possibile stabilire la durata dei singoli appalti basati su un accordo quadro tenendo conto di fattori quali il tempo necessario per la loro esecuzione, l'eventuale inclusione della manutenzione del materiale la cui vita utile prevista è superiore a quattro anni o l'eventuale necessità di una formazione approfondita del personale esistente ai fini dell'esecuzione dell'appalto”). Le deroghe dovrebbero rivestire un carattere eccezionale al fine di evitare elusioni al principio di concorrenza e dubbi circa la congruità della loro estensione (P. Alexia Giosa, *Preventing collusive*

tendering in public markets – the case of framework agreements, in *European Competition Journal*, 2020, 281 e s) che richiederebbero una analisi caso per caso.

Il ricorso ad accordi quadro di lunga durata può costituire un disincentivo per l'ingresso di nuove imprese all'interno di un mercato e per la permanenza di quelle che già vi operano ma sono rimaste escluse dalla conclusione dell'accordo quadro (la durata dell'accordo quadro incide sulla possibilità e opportunità dei concorrenti di rimanere competitivi all'interno del medesimo mercato) favorendo viceversa la collusione tra quelli che sono già all'interno (e che sono quindi spinti a tutelare la propria posizione di vantaggio all'interno del mercato). Questo può dare vita a concentrazioni del mercato e posizioni dominanti al suo interno.

8. – Elemento di semplificazione procedurale è dato dalla opportunità di derogare al termine sospensivo previsto per la stipulazione di contratto di appalto nell'ambito di un accordo quadro (direttiva 2007/66/CE, art. 2 ter, par. 1, lett. c). Tale possibilità, la cui attuazione negli ordinamenti giuridici nazionali era prevista come facoltativa, rimane comunque soggetta alla privazione degli effetti del contratto stipulato nel caso in cui l'importo del contratto di appalto sia di rilevanza europea (benché la disciplina UE richieda un importo superiore alle soglie UE, si presti attenzione alla possibilità di integrare tale riferimento con la nozione di "contratti a rilevanza transfrontaliera certa" già utilizzata in relazione ad altri istituti per garantire il rispetto della disciplina europea ed evitare distorsioni della concorrenza nel Mercato Interno) e non siano rispettati gli adempimenti procedurali previsti per il rilancio competitivo (direttiva UE 2014/24, art. 33, par. 5).

Solo la contestuale presenza delle due condizioni espressamente previste dalla disciplina europea (si v. il combinato disposto dalla direttiva 2007/66/CE, art. 2 *quinquies* e art. 2 ter, lett. c), secondo subpar.) consente l'applicazione della sanzione introdotta nel 2007 per evitare che distorsioni della concorrenza privassero un operatore economico della possibilità di eseguire il contratto (evitando al contempo affidamenti diretti disposti in maniera illegittima e che forme di risarcimento per equivalente fossero considerate soddisfatorie quanto il risarcimento in forma specifica).

Anche in tale contesto pare comunque opportuno scindere le due fasi previste per l'acquisto mediante un accordo quadro in quanto le semplificazioni procedurali previste per la seconda fase sono strettamente connesse al preventivo adempimento agli obblighi di evidenza pubblica e trasparenza nella prima fase.

La prima fase continua ad essere soggetta agli adempimenti previsti dalla disciplina UE per la selezione degli operatori economici con cui concludere l'accordo quadro garantendo la concorrenza nei singoli mercati. Eventuali inosservanze (quale ad es. la mancata indicazione del valore massimo o stimato dell'accordo quadro all'interno del bando di gara, come rilevato in CGUE 17 giugno 2021, C-23/20, p.to 90) possono essere sindacate dagli operatori economici già in tale fase, senza estendersi alla seconda fase ed incidere sulla validità dei singoli contratti di appalto.

Il principio di proporzionalità costituisce il parametro per individuare sanzioni applicabili nei singoli casi di specie orientando queste ultime alla tutela dell'effettività della concorrenza nel Mercato Interno.

9. – Il corretto utilizzo dell'accordo quadro richiede una definizione strategica della gara per garantire la concorrenza nei singoli mercati e al contempo consentire di sfruttare i benefici, in termini di efficienza, dell'istituto.

Gli elementi necessari per raggiungere tale obiettivo sono molteplici. La necessità di una specifica conoscenza del mercato di riferimento è necessaria per prevenire eventuali comportamenti collusivi tra le imprese. L'indicazione

preventiva al mercato delle informazioni rilevanti circa le prestazioni che saranno richieste nella seconda fase riduce il rischio che asimmetrie informative incidano sull'esecuzione dei contratti di appalto (ad es. a causa dell'impossibilità di eseguire alcune prestazioni da parte degli operatori economici con cui è stato concluso l'accordo quadro). La collaborazione con le autorità amministrative indipendenti può fornire utili indicazioni alle amministrazioni aggiudicatrici e costituire un disincentivo a comportamenti scorretti. Il monitoraggio circa i contratti di appalto conclusi, adeguati livelli di trasparenza, l'estensione della legittimazione ad agire anche ad operatori economici che non hanno preso parte alla gara per la conclusione dell'accordo quadro può costituire un ulteriore deterrente a elusioni e distorsioni della concorrenza (quali ad es. le modifiche illegittime in sede di *call-off* o nell'esecuzione dei contratti di appalto).

Matteo Pignatti

Università degli Studi di Torino

matteo.pignatti@unito.it