

L'accordo quadro negli appalti pubblici tra nuove tecniche di committenza e modelli contrattuali aperti

Sergio Foà – Luca Fascio*

SOMMARIO : Introduzione - 1. Le origini dell'istituto: l'esigenza comunitaria di favorire "appalti flessibili" - 2. Le precedenti esperienze di altri Stati membri - 3. La disciplina dei "settori esclusi": l'accordo quadro nel decreto legislativo n. 158 del 1995 - 4. Una nuova disciplina per i "settori esclusi": la direttiva 2004/17/Ce - 5. La nuova disciplina per i settori "ordinari": l'accordo quadro nella direttiva 2004/18/Ce - 5.1 Introduzione. Il considerando 11 - 5.2 La definizione di accordo quadro nella direttiva 2004/18/Ce: aspetti problematici - 5.3 Le finalità dell'accordo quadro nei "settori tradizionali": le interpretazioni della dottrina - 5.4 Ambito di applicabilità dell'accordo quadro - 5.5 La procedura dell'accordo quadro nella direttiva 2004/18/Ce - 6. Profili critici della disciplina comunitaria - 7. L'accordo quadro nel codice dei contratti pubblici - 7.1 Problematiche connesse all'accordo quadro con più operatori economici - 8. L'accordo quadro nel Regno Unito. *l'Explanatory Note on Framework Agreements* : i raggugli interpretativi della Commissione -9. La natura giuridica dell'accordo quadro.

Introduzione

L'accordo quadro, previsto a livello comunitario tra gli istituti a recepimento facoltativo, intende semplificare l'aggiudicazione di appalti seriali e ripetitivi. Rispetto alle precedenti esperienze nazionali in materia di forniture, tra le quali il ricorso alle convenzioni Consip¹, il nuovo istituto si distingue per la possibilità di essere concluso anche con più operatori economici.

Nel caso di accordo concluso con un solo operatore economico, si applicano ai contratti successivi le condizioni definite nell'accordo quadro, cui non possono essere apportate modifiche sostanziali. Per l'affidamento dei singoli contratti fondati sull'accordo quadro, la stazione appaltante può chiedere all'operatore economico, ove necessario, di completare la sua offerta, per esempio riguardo ai quantitativi della singola fornitura².

Nel caso di accordo con più operatori economici, il Codice dei contratti pubblici italiano introduce un sistema di rotazione, in modo che ogni concorrente parte dell'accordo non possa aggiudicarsi più di un appalto: la previsione comunitaria, invece, si limita alla possibilità di

* L'introduzione e la supervisione del lavoro sono di Sergio FOÀ; i paragrafi da 1 a 9 sono di Luca FASCIO.

¹ L. MINGANTI, *Gli acquisti delle amministrazioni tramite convenzioni quadro.: il modello Consip (l. 30 luglio 2004, n. 191 e d.p.c.m. 11 novembre 2004, n. 325). Parte seconda: la versione vigente del modello*, in *Riv. trim. appalti*, 2006, 187 ss.

² M. GRECO, *L'accordo quadro con più operatori economici, che non fissa tutte le condizioni, come strumento di razionalizzazione dei processi di acquisto. La necessità di superare la sospensione dell'istituto, di cui alla l. 228/2006*, in *www.appaltiecontratti.it*, 22 novembre 2006 ricorda che le clausole riguardanti le quantità previste sono stabilite nell'accordo quadro solo "se del caso": cfr. art. 3, comma 13, d. lgs. n. 163 del 2006.

rilancio con conseguente possibilità per l'operatore economico di aggiudicarsi uno o più contratti qualora si formuli la migliore offerta³.

L'introduzione dell'istituto, per ora sospesa nell'ordinamento interno⁴, solleva delicate questioni in ordine al dettaglio dei requisiti che l'Amministrazione deve prevedere nel capitolato d'oneri ed alla relativa riferibilità a tutti gli appalti; alla posizione riconosciuta all'operatore economico parte dell'accordo quadro invitato a fare rilanci. Problemi sorgono allorché l'accordo quadro non stabilisca tutte le condizioni in ordine alla aggiudicazione dei successivi contratti. In tal caso si dovrà rilanciare o lanciare per la prima volta un confronto competitivo tra gli stessi operatori economici, mediante richiesta di offerta relativa alla singola fornitura, da aggiudicare secondo i criteri definiti nel capitolato d'oneri dell'accordo: gli operatori economici sono posti in condizioni di parità iniziale e si avvia un procedimento selettivo simile al sistema dinamico di acquisizione.

L'accordo quadro è utilizzabile anche per i lavori, in particolare di manutenzione, in tal modo sollecitando un accostamento teorico alla figura del c.d. "contratto aperto". Il precedente italiano è rappresentato dall'art. 154 del d.P.R. n. 554 del 1999, il cui secondo comma specifica trattarsi di "(...) appalti in cui la prestazione è pattuita con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nel numero, ma resi necessari secondo le necessità della stazione appaltante"⁵.

I contratti aperti manifestano almeno tre particolarità rispetto allo schema tipico dell'appalto di opere: la serialità degli interventi dedotti in contratto, in base alla quale l'erogazione delle prestazioni da parte dell'appaltatore avviene secondo modalità continuative o periodiche; la determinazione della prestazione dell'appaltatore in funzione del tempo, alla stregua dei contratti di durata; la mancata predeterminazione della quantità delle prestazioni richieste⁶.

È evidente la prossimità concettuale al contratto di somministrazione, che può avere ad oggetto beni determinati solo nel genere; potrebbe dunque ricorrere l'ipotesi del contratto misto prevista dall'art. 1677 cod. civ., riferito agli appalti caratterizzati da periodicità o continuità delle prestazioni, per i quali è prevista l'applicazione della disciplina dell'appalto "in quanto compatibile"⁷. Con riferimento a tale tipologia contrattuale il risultato finale non è istantaneo, come nell'appalto d'opera, ma ha carattere continuativo e si caratterizza per la durata dell'utilizzazione di tale risultato da parte del committente.

³ D. SCALERA, *Criticità a livello regionale nel recepimento delle direttive comunitarie*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁴ S. FOÀ, *Le disposizioni normative sugli appalti pubblici e il regime transitorio*, in www.giustamm.it, 2007.

⁵ A mente dell'art. 154, primo comma, d.P.R. n. 554 del 1999 "qualora, nel caso di contratti aperti relativi a lavori di manutenzione, l'importo dei lavori da eseguire ecceda l'importo contrattuale, il direttore dei lavori dà comunicazione al responsabile del procedimento per le opportune determinazioni. Il responsabile del procedimento può autorizzare l'ulteriore spesa, fino ad un totale complessivo pari all'originario importo posto a base di gara e comunque non superiore a 200.000 Euro".

⁶ F. DE PEPPA, *I contratti aperti di manutenzione nei lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2006, 47 ss.; A. TABARRINI, L. TABARRINI, *L'importanza dell'utilizzazione dei contratti aperti*, in *Comuni d'Italia*, 2001, 1653 ss.; F. BANDIERA, *Appalto di servizi secondo il fabbisogno del committente ed esclusiva implicita*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 80 ss.

⁷ D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*, in SCIALOJA E BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 2007, 499

Quanto all'oggetto, l'incertezza e la non programmabilità delle prestazioni è di tipo relativo, riferita solo alla quantità degli interventi di manutenzione, sicché gli atti con cui la stazione appaltante ordina l'esecuzione delle singole prestazioni determinano l'oggetto del contratto : i relativi effetti sono diversi dall'esercizio di un'opzione o dall'avverarsi di una condizione potestativa, perché incidono non già sull'efficacia del contratto, ma solo sull'esecuzione dello stesso ed esclusivamente per quanto riguarda i quantitativi dovuti ed il tempo di realizzazione degli interventi.

Altro accostamento teorico potrebbe operarsi al c.d. contratto normativo⁸ avente la funzione di prefissare il contenuto di contratti eventuali e futuri⁹. La non obbligatorietà della stipulazione successiva dei contratti ricompresi nell'accordo quadro rappresenta tuttavia aspetto di grande problematicità. Non solo : dal contratto normativo non nasce neppure l'obbligazione negativa di non rifiutarsi di osservare le clausole pattuite, qualora la controparte voglia riprodurle nel contratto particolare (cioè il contratto che recepisce il contenuto del contratto normativo). La conclusione del contratto normativo lascia alle parti la libertà di concludere contratti particolari ed anche la libertà di determinare il contenuto di tali contratti. Il momento in cui quest'ultima viene meno è soltanto quello della conclusione di ciascun contratto particolare, e ciò vale anche per le regole fissate nei c.d. contratti normativi bilaterali che le parti possono concordemente variare o unilateralmente respingere attraverso il rifiuto di concludere il contratto particolare¹⁰. Unico obbligo discendente per chi ha stipulato un contratto normativo bilaterale è il principio generale della buona fede, ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., con la precisazione che un'eventuale violazione deve scaturire non dalle trattative del contratto normativo, ma da quelle del contratto particolare¹¹.

Secondo un'altra ricostruzione, il contratto normativo (bilaterale) è fonte immediata di obbligazioni tra le parti. Pur non sorgendo l'obbligo di stipulare i contratti particolari, nascono altri obblighi, tra cui quello di attenersi al contenuto del contratto normativo per i futuri ed eventuali contratti : il contratto normativo vincola la parte singola e, in relazione, la controparte è tutelata, mediante il richiamo al contratto normativo, contro l'eventuale pressione della prima, a che il contenuto contrattuale si modifichi, rispetto a quello che era già fissato¹².

È necessario dunque valutare se ed in quali termini il richiamo al contratto normativo possa essere utilmente invocato per inquadrare l'istituto in analisi.

Non si può infine trascurare l'esperienza francese, che pare vicina all'utilizzo prospettato degli accordi quadro : i "marchés à commandes", ed oggi i "marchés à bons de commande"¹³,

⁸ G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Milano, Giuffrè, 1994, *passim*; G. GUGLIEMMETTI, *Contratto normativo (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, Vol. IV, Roma, 1988.

⁹ C. MARTELLI, *Figure innovative del codice dei contratti pubblici: l'accordo quadro*, in *www.giustamm.it*, n. 12, 2006, par. 6.

¹⁰ F. DI LORENZO, *La natura giuridica del contratto di concessione di vendita*, in *http://www.diritto.it*, 2003.

¹¹ F. DI LORENZO, *loc. cit.*

¹² Sul punto si veda G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., 285 ss. L'Autore, pur ammettendo che dal contratto normativo non nasce l'obbligo a contrarre, si discosta dalla <<tesi che vuole il contratto normativo svilito al rango di una fase meramente preparatoria del procedimento di formazione dei singoli contratti particolari e dunque privo di ogni efficacia vincolante>>, trasformando la contrattazione normativa nel più ristretto fenomeno della minutazione negoziale. Dello stesso A. cfr. altresì *Appunti sull'accordo normativo*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Tomo 2, Milano, 2004, 1323 ss.

¹³ Su cui A. MÉNÉMÉNIS, *Code de marchés publics 2006 : quelques punt fort*, in *AJDA*, 2 ottobre 2006, 1764 ss.

rappresentano in quell'ordinamento contratti indicanti un minimo ed un massimo delle prestazioni da acquisire, con l'indicazione del valore e della loro quantità suscettibile di essere commissionata nel corso di un determinato periodo di tempo. Le quantità di prestazioni da eseguire devono essere precisate, per ogni commissione, dall'autorità aggiudicatrice in funzione dei bisogni da soddisfare". Mediante tali contratti è possibile prevedere una clausola di rinnovo per una durata massima di cinque anni, naturalmente corredata da un'altra clausola di revisione del prezzo che tenga conto dell'evoluzione dei costi dei prodotti nel frattempo intervenuta.

Tale riferimento, unitamente allo studio dei contratti aperti ed ai limiti della loro ammissibilità nel nostro ordinamento, pare offrire un buono spunto teorico per inquadrare i futuri accordi quadro nella sistematica degli appalti pubblici.

1. Le origini dell'istituto: l'esigenza comunitaria di favorire "appalti flessibili"

L'analisi dell'accordo quadro nella direttiva 2004/18/Ce prende le mosse dalla comunicazione della Commissione sugli appalti pubblici nell'Unione europea, COM (98) 143 dell'11 marzo 1998, la quale contiene un primo esplicito riferimento all'opportunità di utilizzare lo strumento in parola anche nei "settori classici" e non solo in quelli "esclusi".

Tale documento esprime la necessità di prevedere procedure flessibili, che consentissero alle amministrazioni di tener conto della rapida evoluzione dei prodotti o servizi oggetto di appalti pubblici e, soprattutto, dei loro prezzi: venivano riportati, a questo proposito, gli esempi delle stazioni appaltanti operanti nei settori delle tecnologie dell'informazione, per le quali era "difficilmente giustificabile, sotto il profilo economico, vincolare gli acquirenti pubblici a prezzi e condizioni fissi"¹⁴. La Commissione esprimeva quindi l'intenzione di "proporre la modifica dei testi esistenti al fine di favorire un più ampio ricorso a *appalti flessibili*"; detti appalti dovevano, però, garantire il rispetto della trasparenza e della concorrenzialità delle procedure evitando così il tipico rischio insito nei contratti a lungo termine, ossia il "congelamento" delle situazioni e la conseguente esclusione di certe imprese dall'appalto¹⁵. Per ovviare a quest'ultimo inconveniente si suggerivano alcuni accorgimenti procedurali: in primo luogo, era fatto obbligo alle stazioni appaltanti di rendere gli appalti quadro oggetto di una pubblicazione contenente informazioni obiettive, trasparenti e precise su di essi; in secondo luogo, si esprimeva l'intenzione di addivenire alla elaborazione di liste di potenziali contraenti, una volta che fossero state presentate le candidature; infine, si propendeva per il carattere temporalmente limitato delle liste di cui sopra e/o per la loro "apertura" permanente a nuovi operatori economici interessati all'appalto.

Molti di tali proponenti si sono effettivamente tradotti nella disciplina dell'accordo quadro contenuta nella direttiva unificata, mentre altri sono stati più o meno opportunamente abbandonati; comunque l'impostazione di fondo delineata nella comunicazione del 1998 è stata

¹⁴ L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, in *Quaderni del giornale di diritto amministrativo*, Milano, 81; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, VII, 759-760; M. MIGUIDI, *Gli appalti pubblici di forniture*, Milano, 1999, 450 ss.

¹⁵ L. FIORENTINO e C. LACAVA, *op. cit.*, 81.

mantenuta nei nuovi testi normativi europei, a conferma di una tendenza di lungo periodo che caratterizzava le istituzioni comunitarie¹⁶.

I principali problemi riguardavano due ordini di considerazioni: da un lato, si poneva attenzione al carattere “aperto” degli accordi quadro, i quali erano definiti “contrats ouverts”, ossia contratti che stabilivano tutte le loro condizioni di esecuzione tranne che per i prezzi e le quantità definitive tanto da suscitare che il lecito dubbio se essi siano effettivamente qualificabili o meno come contratti pubblici; dall’altro, proprio in virtù della loro indeterminatezza contenutistica e del loro valore unitario, presumibilmente inferiore alle soglie comunitarie, ci si domandava se essi rientrassero nel campo di applicazione delle direttive e se per appurare ciò si dovesse prendere in esame non il valore delle singole commesse, bensì l’ammontare complessivo delle stesse in un dato periodo.

Sulla scorta delle indicazioni contenute nei due citati documenti, nel 2000 la Commissione aveva pubblicato una proposta di direttiva, COM (275) del 10 maggio 2000, contenente la disciplina dell’accordo quadro nei settori ordinari, dopo che la direttiva 93/38/CEE¹⁷ aveva già regolato l’istituto in parola nei settori “esclusi”.

La proposta del 2000 ambiva a colmare un vuoto legislativo che aveva messo in seria difficoltà i commentatori delle precedenti direttive sui settori “classici” in ordine all’applicabilità delle intese quadro agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Si ravvisavano infatti valide ragioni per dettare una disciplina positiva dell’accordo quadro: in primo luogo, si evidenziava il problema della sua stipulabilità con uno solo o anche con più operatori economici¹⁸; in secondo luogo, si poneva la necessità di evitare possibili abusi nell’impiego di detti strumenti negoziali, limitando la loro durata complessiva “in accordance with reasonable commercial practice”¹⁹; in terzo luogo, occorreva dettare regole puntuali concernenti la definizione di accordo quadro e, soprattutto, la pubblicazione dei bandi di gara per i contratti facenti parte del medesimo²⁰.

Tenendo presenti le esigenze di cui sopra, il testo della Commissione si proponeva di perseguire un ampio ventaglio di finalità: garantire la possibilità alle stazioni appaltanti di acquistare prodotti e servizi con la rapidità necessaria e ad un prezzo favorevole nel momento in cui si manifesta il bisogno pubblico; assicurare la certezza dell’approvvigionamento necessario al regolare funzionamento delle pubbliche amministrazioni, fronteggiando le possibili e brusche variazioni dei prezzi dei beni o servizi richiesti, nonché la loro inevitabile obsolescenza tecnologica; consentire al soggetto pubblico di frazionare gli acquisti su un dato periodo di

¹⁶ Addirittura già nel 1987, con la pubblicazione del *Vademecum sugli appalti pubblici nella Comunità europea*, si era prospettata a livello europeo la possibilità di introdurre uno strumento per la gestione di commesse ripetute sul medio periodo: “En ce qui concerne les ‘accord-cadre’ ou ‘contrats ouverts’ dans lesquels les entités acheteuses s’engagent à ne s’adresser qu’à un seul fournisseur pour au moins un partie de leurs besoins, et si ces contrats règlent toutes sortes de conditions, exception faite des quantités et prix définitifs, on se trouve en présence de situations assimilables à des contrats d’achat. La question de savoir si de tels contrats tombent sous les règles de la directive est résolue alors sur la base des chiffres de l’année écoulée”.

¹⁷ Recepita nell’ordinamento italiano con il d.lgs. n. 158 del 1995.

¹⁸ S. ARROWSMITH, *Framework purchasing and qualifications lists, under the European procurement directives*, in *Public Procurement Law Review*, III, 1999, 181.

¹⁹ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 183.

²⁰ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 184.

tempo²¹, consentendo risparmi di tempo e risorse pubbliche per l'indizione delle procedure di appalto.

La procedura dell'accordo quadro che veniva delineata per soddisfare i suddetti obiettivi si articolava in due fasi. Nella prima, volta alla conclusione dell'accordo quadro, l'autorità seguiva le regole procedurali previste nelle direttive tradizionali (in merito alla selezione dei candidati, alla pubblicità dei bandi di gara, alla valutazione delle offerte, ecc.) sino alla aggiudicazione degli appalti basati sull'intesa quadro: al termine di tale fase, però, non si giungeva all'aggiudicazione vera e propria di un contratto d'appalto, "mais simplement à « un accord-cadre »"²² in cui l'operatore o gli operatori selezionati (almeno tre, secondo la proposta, o comunque in numero sufficiente a garantire una reale concorrenza) definivano con l'amministrazione alcuni termini del contratto.

Solamente nella seconda parte della procedura si addiveniva all'affidamento dell'appalto: era infatti previsto che, allorché si manifestava il bisogno, la stazione appaltante consultasse i soggetti facenti parte dell'accordo e li invitasse a presentare un'offerta basata sulle condizioni stabilite durante la prima fase del procedimento, tenendo sempre ben ferma la possibilità per gli stessi di migliorare (ma non di stravolgere) le proprie offerte. Ricevute le proposte definitive da parte dei concorrenti, la stazione procedeva a valutarle comparativamente e aggiudicava l'appalto a uno o diversi operatori economici a seconda delle differenti tipologie di esigenze da soddisfare.

Da quanto detto emerge chiaramente che la proposta della Commissione risultava piuttosto lacunosa e non eliminava alcuni punti oscuri riguardanti il nuovo istituto²³; per questo motivo, attraverso un lungo e travagliato dibattito istituzionale che coinvolse anche il Parlamento europeo e il Consiglio, nel 2002 si giunse ad una nuova proposta di direttiva, la quale, dopo successive e sostanziali modifiche²⁴, innovava sensibilmente la disciplina dell'accordo quadro.

Innanzitutto, il nuovo testo normativo precisava che l'introduzione dell'istituto in parola rispondeva a due finalità: "da un lato...consentire ai committenti pubblici di gestire le proprie commesse sul lungo periodo, avvantaggiandosi della possibile evoluzione dei prodotti e dei prezzi, soprattutto per gli appalti relativi a beni e servizi oggetto di un rinnovamento continuo e di permettere alle imprese partecipanti all'accordo di meglio programmare la propria attività. Dall'altro lato...semplificare e rendere più flessibile lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione, consentendo alle amministrazioni committenti, qualora abbiano concluso l'accordo quadro in conformità alle procedure previste dalla direttiva, di concludere i contratti applicativi semplicemente mettendo in competizione gli operatori economici parti dell'accordo"²⁵. Per di più, si notava come il ricorso all'accordo quadro permettesse "di

²¹ A. MATTERA, *Vers un code européen des marches publics*, in *Revue du droit de l'union européen*, 2000, III, 538.

²² A. MATTERA, *op. cit.*, 540.

²³ Specie in merito alla sua qualificazione giuridica e alla sua riconducibilità alla categoria dei contratti pubblici.

²⁴ Proposta modificata di direttiva del 6 maggio 2002, COM (2002) 236 definitivo, cosiccome variata dalla posizione comune del Consiglio del 20 marzo 2003 cui qui si fa riferimento. Ai fini della presente disamina si prenderà in considerazione il testo immediatamente precedente a quello approvato nel 2004, poi trasfuso nella direttiva 2004/18/Ce vera e propria.

²⁵ F. DALLARI, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, V, 1343.

sottoporre alla normativa comunitaria appalti che, singolarmente considerati, vi sarebbero sottratti”²⁶.

Dalle disposizioni della proposta concernenti il nuovo strumento procedurale, emerge la maggiore accuratezza della definizione data dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che vedevano l’istituto “*un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità*” (art. 1, par. 5). La definizione appena riportata costituiva un passo avanti rispetto alla comunicazione del 2000 tanti da delineare quella della direttiva 2004/18/Ce: si precisavano, infatti, la natura di accordo del nuovo strumento e le clausole contrattuali stabilite in sede di aggiudicazione di un accordo quadro; parimenti, era ribadito che la conclusione dell’intesa quadro non obbligava l’amministrazione ad aggiudicare nessun appalto²⁷ e che, pertanto, spettava alla sua esclusiva discrezionalità di valutare se ricorresse o meno il bisogno di compiere tale operazione.

Per ciò che concerne la procedura operativa dell’accordo quadro, l’art. 32 della proposta disponeva che le amministrazioni committenti dovevano seguire le procedure previste dalla direttiva solo per aggiudicare l’accordo stesso, mentre per l’aggiudicazione dei contratti applicativi dovevano distinguersi due ipotesi:

- quando l’accordo quadro era concluso con un solo operatore economico, gli appalti applicativi potevano essere aggiudicati direttamente senza seguire alcuna particolare procedura, eventualmente se necessario chiedendo all’operatore parte dell’accordo quadro di completare la sua offerta;
- quando l’accordo quadro era concluso con più operatori economici, (se possibile devono essere almeno tre), i contratti applicativi dovevano essere aggiudicati rilanciando il confronto competitivo *esclusivamente* tra gli operatori economici che hanno partecipato alla conclusione dell’accordo quadro²⁸.

Veniva altresì stabilito che la durata dell’intesa quadro non poteva superare i quattro anni, tranne che nei casi debitamente motivati, e che l’utilizzo dell’istituto in esame non doveva avvenire in maniera abusiva o in modo da ostacolare, distorcere o limitare la concorrenza.

È importante riflettere sul fatto che il testo del 2002²⁹ appena esaminato contiene in sé molti degli elementi che costituiranno la disciplina definitiva dell’accordo quadro e che saranno pertanto ripresi dalla direttiva unificata: si considerino, ad esempio di ciò, le norme volte a tutelare la concorrenza cosiccome le analoghe poste a presidio della stipulazione dell’accordo, regole tutte quante finalizzate a sottoporre il nuovo istituto alle regole del Trattato e del diritto comunitario degli appalti pubblici.

Nondimeno, evidenziata la sua importanza di “precedente più immediato” della direttiva 2004/18/Ce, occorre sottolineare che il documento del Parlamento europeo e del Consiglio non chiariva almeno due importanti questioni: da un lato, non si specificava (al pari, del resto, del

²⁶ F. DALLARI, *op. cit.*, 1343.

²⁷ Né nell’immediato, né in futuro.

²⁸ F. DALLARI, *loc. cit.* (corsivo non dell’originale).

²⁹ Si vedano le considerazioni svolte alla nota 12.

testo del 2000) quale fosse la natura giuridica dell'accordo quadro, posto che esso non era "ricongiungibile alla categoria del contratto e non *pareva* poter essere eseguito coattivamente"³⁰; dall'altro, risultava indeterminata l'efficacia vincolante o meno dell'accordo quadro, giacché si riteneva che "mentre gli operatori economici parti dell'accordo quadro siano vincolati al rispetto delle condizioni da esso stabilite, *tale accordo non produca alcun effetto nei confronti dell'amministrazione committente. L'amministrazione non solo non è obbligata ad aggiudicare, ma se lo riterrà opportuno potrà anche concludere il contratto applicativo dell'accordo a condizioni differenti da quelle precedentemente stabilite, in tal caso però dovrà seguire le procedure previste dalla direttiva*"³¹.

2. Le precedenti esperienze di altri Stati membri

A livello di Stati membri sono stati elaborati, nel corso degli anni, diversi strumenti negoziali che consentono alle stazioni appaltanti di effettuare acquisti frazionati per un determinato periodo di tempo, permettendo loro di rispondere ai concreti bisogni manifestatisi durante un arco temporale piuttosto ampio. Tali tecniche d'acquisto possono essere viste come precedenti dell'accordo quadro in virtù della loro flessibilità applicativa.

Belgio.

L'ordinamento belga prevede una tecnica di acquisto molto simile all'accordo quadro: i "*marchés à bons de commandes*". I *marchés* sono dei contratti tra un aggiudicatore e più fornitori, con i quali vengono fissate tutte le condizioni relative alla fornitura del servizio o dei prodotti in questione: data della prestazione o della fornitura, prezzo da pagare, quantità fissata, ecc. Il contratto è concluso contestualmente alla definizione delle condizioni *de quibus* e sarà eseguito solo in un secondo momento, allorché l'amministrazione aggiudicatrice riterrà di dover soddisfare una sua esigenza concreta³². Tale tipologia di acquisto consente alla stazione appaltante di godere di una continuità negli approvvigionamenti necessari, potendo contare su condizioni di esecuzione fissate in largo anticipo rispetto all'implementazione del contratto. Inoltre, dal momento che tutti i termini del *marché* sono fissati preliminarmente e non si procede ad un nuovo confronto concorrenziale, paiono essere pienamente rispettate la *par condicio* tra gli operatori economici e la trasparenza dell'azione amministrativa³³.

Francia.

³⁰ F. DALLARI, *Proposta di direttiva*, cit., 1344. (in corsivo le modifiche rispetto all'originale)

³¹ F. DALLARI, *op. cit.*, 1344. (corsivo non dell'originale)

³² Sui "*marchés à bons de commande*" si vedano i contributi di: A. MATTERA, *Vers un code européen des marches publics*, cit., 538 ; L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, cit., 83, nota 7; PH. e M. A. FLAMME, «*La panoplie des directives «Marchés Publics» se complète: les secteurs hier exclus (eau, énergie, transports et télécommunications) ne le seront plus demain*»: analyse de la directive 90/531 du 17 septembre 1990, in *Revue du Marché Commun*, maggio 1991, 380.

³³ Nell'esperienza belga sono noti anche i contratti "*de masse*", i contratti "*sujets à commandes*" del Ministero delle Comunicazioni ed i contratti aperti (*marchés ouverts*) del Ministero della Difesa. Tali tipologie contrattuali ricalcano sostanzialmente quelle francesi di cui sopra. Cfr. A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, Roma, 2001, 200.

L'ordinamento francese contempla due figure contrattuali assai simili all'accordo quadro di derivazione comunitaria: i "*marchés à commandes*" (contratti di commissione), che in parte divergono dagli omologhi belgi, ed i "*marchés de clientèle*" (contratti di clientela), entrambi previsti in passato dal "*code des marchés publics*" agli artt. 76 e 273.

I "*marchés à commandes*" sono contratti indicanti un minimo ed un massimo delle prestazioni "con l'indicazione del valore della loro quantità suscettibile di essere commissionata nel corso di un determinato periodo di tempo. Le quantità di prestazioni da eseguire devono essere precisate, per ogni commissione, dall'autorità aggiudicatrice in funzione dei bisogni da soddisfare"³⁴. In detti contratti è possibile prevedere una clausola di rinnovo per una durata massima di cinque anni, naturalmente corredata da un'altra clausola di revisione del prezzo che tenga conto dell'evoluzione dei costi dei prodotti nel frattempo intervenuta.

I "*marchés de clientèle*" sono, invece, i "contratti con cui l'amministrazione aggiudicatrice si obbliga, senza specificare quantità o valore, ad affidare ad un fornitore l'esecuzione parziale o totale di alcune categorie di prestazioni in relazione ai fabbisogni che si presentano nell'arco massimo di cinque anni"³⁵; anche quest'ultima categoria di strumenti d'acquisto può contenere una clausola di revisione del prezzo.

Poste a confronto, le due tecniche di committenza rivelano profonde differenze. I contratti di commissione rappresentano un sistema agile, che consente all'amministrazione "di assicurare i suoi approvvigionamenti mediante semplici ordinativi ("*bons de commandes*") emessi in funzione dei suoi bisogni e nei limiti fissati dal contratto"³⁶; nel contempo, però, viene in qualche modo delimitata l'entità delle commissioni da aggiudicare ai fornitori con l'indicazione di un minimo e di un massimo delle stesse. I contratti di clientela, al contrario, non indicano né la quantità né il valore delle commissioni globali che la stazione appaltante intende acquistare.

Riguardo alle somiglianze tra le due modalità d'acquisto, è opportuno che sottolineare che entrambe rappresentano a tutti gli effetti dei contratti concludibili "previa gara oppure previa procedura negoziata"³⁷ e utilizzabili "allorché si tratti di prestazioni di beni di uso corrente e rinnovabili ogni anno"³⁸. D'altro canto è innegabile la forte analogia intercorrente tra i contratti di commissione e gli accordi quadro, così come regolati dalle diverse proposte di direttiva esaminate e da quella recante le norme sui pubblici appalti nei c.d. "settori esclusi": in particolare, sembra comune la preoccupazione del legislatore comunitario a che sia i contratti di commissione sia gli accordi quadro, limitatamente all'aggiudicazione dei negozi su di essi basati, non sfuggano all'applicazione delle norme comunitarie sugli appalti pubblici.

Gran Bretagna: le "framework transactions" ed i "framework agreements".

L'ordinamento britannico è forse l'unico ad avere prestatato particolare attenzione nel proprio ordinamento interno alla figura del contratto quadro o accordo quadro, variamente denominato in inglese "*framework agreement*", "*framework purchasing*" o più genericamente "*framework transaction*".

³⁴ A. NOBILE, *op. cit.*, 200 e L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, cit., *op. cit.*, 83, nota 7.

³⁵ L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, 83, nota 7.

³⁶ A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, cit., 201.

³⁷ A. NOBILE, *loc. cit.*

³⁸ A. NOBILE, *loc. cit.*

La pratica dei *framework agreements* è ormai consolidata nel Regno Unito³⁹ e ciò ha consentito un interessante sviluppo dello strumento in questione, anche prima dell'intervento normativo a livello europeo. Indubbiamente le due figure analizzate (accordo quadro e *framework agreement*) presentano notevole affinità applicative, oltre ad un'innegabile assonanza lessicale, ma le stesse non sono perfettamente sovrapponibili né sono riassumibili in un'unica tipologia.

La dottrina anglosassone definisce le "*framework transactions*" come "transactions by which a purchaser and supplier establish terms on which purchases will be made, but which do not set the precise quantities to be delivered", precisando che "they are used for the purchase of any goods, services or works for which the purchaser has a repeat need"⁴⁰. Inoltre, con specifico riguardo ai contratti quadro, è data la seguente definizione: "A framework agreement is an agreement under which sets terms for future contracts with a provider under the agreement itself – a commitment will arise only if specific orders are later placed under the terms of the framework"⁴¹.

La finalità delle "*framework transactions*" è quella di consentire alle parti di negoziare termini e condizioni per i loro acquisti in anticipo rispetto alla richiesta di specifiche commesse; tale accorgimento "saves both purchaser and supplier the time, resources and other costs (such as delays in delivery) which would be involved in negotiating more frequently, such as every time and order is placed"⁴². Ad analogo scopo rispondono i "*framework agreements*", che costituiscono, per quanto si è detto sopra, una particolare sottocategoria della più ampia nozione di "*framework transactions*" e che, come già rilevato, non coincidono perfettamente con queste ultime.

In virtù di una pratica applicativa ormai consolidata, si è giunti in Gran Bretagna ad un'interessante classificazione delle "*framework transactions*", utile soprattutto per stabilire quali delle suddette transazioni possano essere considerate un accordo quadro *tout court* e quindi essere sottoposte alla normativa europea dettata dalla direttiva unificata.

Una prima e piuttosto generale distinzione attiene alle "*transactions*" stipulate con un solo ("*single-supplier frameworks*") o con diversi operatori economici ("*multi-suppliers frameworks*")⁴³. In merito alla prima tipologia di intese, possono essere individuati almeno cinque sottotipi di *frameworks*:

1. l'amministrazione stabilisce di acquistare una certa quantità (non esattamente definita) di prodotti o servizi da un operatore economico, il quale, a sua volta, si impegna a fornire al soggetto aggiudicatore detta quantità. Le parti fissano inoltre i termini per future commesse;

³⁹ Come rileva S. Arrowsmith: "In the United Kingdom ...framework agreement are frequently used in practice". Cfr. S. ARROWSMITH, *Future Prospects for the European Community's regime on public procurement*, in L. Gormley (ed.), *Gordian knots in European public procurement law, publications by the Academy of European Law in Trier*, vol. 24, Köln, 1997, 91.

⁴⁰ S. ARROWSMITH, *Framework purchasing and qualifications lists under the European procurement directives*, cit., 115.

⁴¹ S. ARROWSMITH, *Future Prospects for the European Community's regime on public procurement*, cit., 91.

⁴² S. ARROWSMITH, *Framework purchasing and qualifications lists*, cit., 115.

⁴³ La classificazione è stata elaborata da S. Arrowsmith.

2. nel secondo tipo di “*single-supplier framework*” l’autorità pubblica decide di soddisfare tutti o solamente alcuni dei suoi bisogni da un unico fornitore e quest’ultimo acconsente a dare esecuzione a tali ordinativi;

3. in questo caso l’amministrazione non decide di rifornirsi stabilmente da un solo fornitore, mentre esso accetta di soddisfare qualsiasi ordine che il committente pubblico deciderà di inoltrare: a differenza delle prime due tipologie di *framework transactions* quest’ultima è vincolante solo per l’operatore economico, “but there is no obligations of any kind on the part of the purchaser”⁴⁴;

4. il soggetto aggiudicatore statuisce di effettuare, in tutto o in parte, i propri ordinativi di determinati prodotti o servizi presso un solo fornitore, il quale però non è obbligato a dare esecuzione alle commesse pubbliche ed è libero di valutarne la convenienza in termini economici caso per caso. Ovviamente questa transazione (opposta a quella ipotizzata al punto 3) è poco comune nella realtà, in quanto molto svantaggiosa per i poteri pubblici che non hanno la sicurezza di poter soddisfare le proprie esigenze, rimesse alla esclusiva volontà del soggetto privato;

5. l’amministrazione e uno specifico fornitore si accordano sui termini di future commesse che saranno eseguite al bisogno; tuttavia le parti rimangono perfettamente libere o di rivolgersi ad un altro operatore economico (per l’amministrazione) o di non dar seguito alle commesse (per il fornitore). “In such a case a binding commitment arises only once an order is placed ...Such a transaction enables the parties to obtain cost savings of framework purchasing without imposing any constraints upon their future activity”⁴⁵.

Passando ad analizzare i “*multi-suppliers frameworks*”, occorre rilevare come anche per questa tipologia classificatoria ci si trovi di fronte ad una molteplicità di casi applicativi:

A. la prima tipologia di *framework* con più fornitori è simile a quella indicata al punto 1 precedente: essa si sostanzia nell’accordo (vincolante per entrambi) tra amministrazione e operatori economici in merito alla soddisfazione di diverse commesse pubbliche di cui è specificata la quantità minima. Nel contempo sono stabilite le condizioni per futuri contratti da aggiudicare;

B. la stazione appaltante stabilisce di ricorrere a determinati fornitori per soddisfare solo alcuni o tutti i propri ordinativi; per parte loro, detti soggetti economici si impegnano a dar seguito alle richieste del soggetto aggiudicatore;

C. nel terzo di tipo di *framework* in esame l’obbligo di dar esecuzione agli ordinativi pubblici ricade interamente sul privato operatore economico, mentre l’amministrazione rimane libera di non dar seguito all’accordo qualora reputi non favorevoli le condizioni di attuazione del medesimo;

D. il quarto caso di “*multi-suppliers framework*” costituisce l’esatto contrario di quanto prospettato al punto C: in questa circostanza sono i fornitori a non essere vincolati dall’accordo ed a poter decidere di non soddisfarlo, non garantendo al soggetto pubblico alcuna sicurezza di vedere realizzati gli approvvigionamenti necessari al proprio funzionamento;

⁴⁴ S. ARROWSMITH, *Framework purchasing and qualifications lists*, cit., 119.

⁴⁵ S. ARROWSMITH, *loc. cit.*

E. nell'ultima tipologia di *framework* plurilaterale, l'ente pubblico ed i fornitori si accordano sui termini in basi ai quali gli ordinativi dei primi saranno soddisfatti dai secondi; tale accordo, tuttavia, non ha carattere vincolante né per gli uni né per gli altri.

Da un rapido esame delle categorie di transazioni proposte, emerge con chiarezza che solo la prima e l'ultima di ambedue gli elenchi (punti 1-5 e A-E) sono assimilabili all'accordo quadro così come disciplinato dalla proposta di direttiva del 2002: in particolare, la mancata indicazione di un quantitativo preciso di forniture (ci si limita ad indicarne un'entità minima nelle ipotesi 1 ed A, ravvisando in tal modo notevoli somiglianze rispetto ai "*marchés à commandes*" francesi), la fissazione dei restanti termini generali dell'accordo e la sua azionabilità solo in caso di concreto bisogno dell'appaltante rendono accostabili i *frameworks* britannici alla figura di emanazione comunitaria, anche se permangono sostanziali differenze. In primo luogo, non vi sono particolari garanzie a presidio della trasparenza amministrativa nella normazione anglosassone, preoccupazione ben evidente invece nelle varie bozze di direttive. In secondo luogo, nulla è detto circa la possibilità per i fornitori ed i soggetti pubblici di rinegoziare i termini originari della transazione in occasione della soddisfazione di uno specifico ordine, circostanza palesemente vietata dalla normativa comunitaria perché irrispettosa del principio della *par condicio*. In terzo luogo, nell'ampia categoria delle *framework transactions* sembrano rientrare non solo gli accordi quadro veri e propri, ma anche i contratti stipulati con più soggetti economici da una stessa amministrazione, assimilabili ai casi esaminati ai punti 2, 3, 4 e alle lettere B, C, D della precedente elencazione. In quarto luogo, è ben chiaro che l'impiego nell'ambito esclusivamente nazionale dei *framework agreements* può essere finalizzato ad eludere, dato il modesto importo unitario degli appalti aggiudicati entro tali sistemi, le norme europee in materia di concorrenza e parità di trattamento fra gli operatori economici coinvolti in una procedura di affidamento; infine, non si può affermare con certezza il carattere vincolante per le parti dei contratti quadro a causa della molteplicità delle categorie di accordi analizzate, alcune dotate di obbligatorietà esecutiva, altre completamente prive di tale carattere.

3. La disciplina dei "settori esclusi": l'accordo quadro nel decreto legislativo n. 158 del 1995

Il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158⁴⁶, ha introdotto nell'ordinamento nazionale l'istituto dell'accordo quadro (art. 16) per ciò che concerne i c.d. "settori esclusi". Il nuovo strumento intende "consentire agli enti aggiudicatori di realizzare una politica di programmazione e la contempo di venire incontro alle esigenze di flessibilità e di pronto adeguamento ai mutamenti delle condizioni di mercato, particolarmente sentiti in settori ad alta tecnologia quali indubbiamente sono i c.d. settori esclusi"⁴⁷. Ed infatti, "il riferimento a una pluralità di appalti da aggiudicarsi nel corso di un determinato periodo, nonché il fatto che l'accordo quadro sia inteso a fissare soltanto i "termini" degli appalti stessi"⁴⁸ ben rappresentano le finalità di snellimento procedurale perseguite dal legislatore comunitario; finalità, del resto,

⁴⁶ Testo che recepisce la direttiva 93/38/CEE sui "settori esclusi".

⁴⁷ E. FONTE, *L'accordo quadro in tema di appalti pubblici*, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 1997, I-II, 145.

⁴⁸ E. FONTE, *op. cit.*, 145.

praticamente identiche a quelle dichiarate nelle due già esaminate proposte di direttive inerenti ai “settori classici”.

3.1 Due specie di accordo quadro per i “settori esclusi”

L’art. 16 comma 2 del decreto legislativo 158 del 1995 stabilisce che l’accordo quadro può essere concluso per importi presunti non inferiori, rispettivamente, per i lavori, i servizi e le forniture al controvalore delle soglie fissate all’art. 9, comma 1, lettere a), b) e c)⁴⁹. Sempre detto art. 16 – in combinazione con l’art. 13, comma 1, lett. i)⁵⁰ – riproduce in ambito nazionale la già citata previsione, originariamente inserita nella direttiva 93/38/CEE, secondo cui “I contratti applicativi dell’accordo quadro possono essere affidati con procedura negoziata, senza la preventiva pubblicazione di un bando, solo se l’accordo stesso sia stato aggiudicato in conformità al presente decreto” (comma 3); viene infine disposto che “I soggetti aggiudicatori non possono far ricorso all’accordo al fine di impedire, limitare o distorcere la concorrenza” (comma 4).

La disciplina applicativa dell’accordo quadro dettata dal decreto in esame risente di numerosi punti oscuri su cui il legislatore italiano non ha fatto chiarezza in sede di recepimento: a tal proposito, è stato affermato che l’art. 16 si è limitato a riportare in modo pedissequo “i contenuti poco chiari ed incompleti dei corrispondenti articoli 1, comma 1, n. 5 e 5 della direttiva, senza definire con chiarezza la figura dell’accordo quadro, determinandone limiti quantitativi e temporali di vigenza e stabilendo adeguate forme di pubblicità preventiva e successiva all’attribuzione dell’appalto”⁵¹, contrariamente ai criteri direttivi contenuti nell’art. 14, comma 1, lett. d) della legge 19 febbraio 1992, n. 142⁵².

Tre paiono essere gli aspetti di maggiore problematicità dell’istituto: in primo luogo, l’accordo quadro deve concretamente definire le condizioni generali di realizzazione dei contratti applicativi in esso compresi, e cioè deve recare indicazione dei prezzi e delle quantità (almeno, sulla scorta dei *marchés à commandes*, del massimo e del minimo entro cui i quantitativi richiesti dalle amministrazioni possono variare) delle forniture⁵³, nonché della sua durata temporale; in secondo luogo, il legislatore nazionale si è preoccupato di regolamentare solo gli accordi

⁴⁹ L’art. 9 fornisce al comma 8 indicazioni sul calcolo del valore totale dell’accordo quadro: “Il calcolo del valore dell’accordo quadro di cui all’art. 16 deve essere basato sul valore massimo stimato di tutti gli appalti previsti per quel determinato periodo”.

⁵⁰ “L’art. 13 comma 1, lettera i) del decreto ha recepito quanto previsto dall’art. 20, comma 2, lettera i) della direttiva, ossia che gli appalti da aggiudicare sulla base di un accordo quadro possono essere affidati mediante procedura negoziata, senza pubblicazione preventiva di un bando, «purché sia soddisfatta la condizione di cui all’art. 16, comma 3», ossia che l’accordo sia stato aggiudicato in conformità al decreto stesso”. Cfr. A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, cit., 204.

⁵¹ A. NOBILE, *op. cit.*, 204-205.

⁵² Trattasi della legge comunitaria 1991, la quale imponeva di definire con precisione l’accordo quadro (specie nei limiti temporali e quantitativi). Cfr. G. MORBIDELLI, *L’appalto comunitario nel settore dell’energia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico comunitario*, 1993, IV, 787.

⁵³ “Per quanto riguarda gli appalti di forniture, poi, sebbene, la direttiva sembra voler dire che l’indicazione dei quantitativi dell’accordo quadro sia facoltativa, è invece da ritenere che essa sia obbligatoria, e che gli scostamenti in aumento rispetto ai quantitativi in esso indicati dovranno essere modesti, perché altrimenti esso potrebbe essere usato in funzione anticoncorrenziale a danno delle imprese concorrenti. È ben possibile, infatti, che queste per un quantitativo significativamente superiore, avrebbero offerto un prezzo unitario più basso e forse anche inferiore a quello di aggiudicazione”. Cfr. E. FONTE, *L’accordo quadro in tema di appalti pubblici*, cit., 154. (corsivo non dell’originale)

aggiudicati in conformità al decreto, omettendo la disciplina di quelli non conformi alle disposizioni *de quibus*, lasciando, però, in tal modo nella più grande incertezza l'interprete impossibilitato a comprendere la natura giuridica di questo secondo tipo di accordo quadro e a prevedere quale potrà essere la sorte dei contratti aggiudicati nell'ambito del medesimo, posto che esso è stato concluso non seguendo la normativa europea sugli appalti pubblici; infine, non paiono affatto chiari i "rapporti tra accordo quadro e contratti applicativi e (gli) obblighi derivanti in capo alle parti in seguito alla stipula dell'accordo quadro", criticità che rappresentano il vero problema posto dalla direttiva 93/38/CEE e dal suo decreto di recepimento. Particolarmente interessante da un punto di vista ermeneutico si rivela essere il secondo problema, giacché sembra avallare la possibile coesistenza di due differenti tipologie di intesa quadro: quella stipulata in conformità alla direttiva (e al testo italiano di recepimento); quella conclusa difformemente dalle previsioni procedurali del testo comunitario.

a) *Accordi quadro aggiudicati non in conformità al decreto.*

Occorre precisare cosa si intenda con l'espressione "conformità al decreto": essa indica che l'accordo è stato concluso seguendo una delle procedure previste in detto testo normativo, cioè aperta, ristretta o negoziata con pubblicazione del bando di gara. Rimane dunque esclusa la procedura negoziata senza pubblicazione del bando e, pertanto, si può ritenere non conforme al decreto l'accordo quadro aggiudicato ricorrendo a tale procedura. Tuttavia, anche in questo caso, parte della dottrina ha evidenziato come la questione non sia così semplice rispetto a quanto desumibile da un'approssimativa lettura del dettato normativo: se è infatti innegabile che la procedura negoziata senza bando è strumento di carattere eccezionale e il cui utilizzo merita di essere circoscritto alle ipotesi tassativamente indicate dal legislatore europeo ed italiano, tuttavia non può tacersi che vi siano alcune circostanze in cui essa appare perfettamente giustificata e quindi a pieno titolo impiegabile per aggiudicare un accordo quadro.

Il riferimento è all'art. 13 del d.lgs. n. 158 del 1995, il quale stabilisce le ipotesi di utilizzo della trattativa privata senza pubblicazione del bando; tra queste, alcuni Autori ne hanno individuato quattro che consentirebbero di ritenere l'accordo conforme al decreto: "- nell'ipotesi in cui non siano pervenute offerte appropriate; - nel caso di appalti rispondenti a scopi di ricerca, sperimentazione, ecc.; - per ragioni connesse a particolarità tecniche, artistiche, ecc.; - nel caso di forniture quotate o acquistate in borsa. Diversamente, *tutte le rimanenti ipotesi* descritte dalla normativa, presupponendo per lo più la sopravvenienza di circostanze imprevedibili, eccezionali o comunque contingenti ... *appaiono difficilmente conciliabili con la funzione, per così dire, programmatica, tipica dell'accordo quadro*"⁵⁴. In conclusione, assecondando questa linea interpretativa, si giunge a ritenere che l'accordo quadro concluso in difformità al contenuto del decreto debba rinvenirsi in tutte "le fattispecie in cui il soggetto aggiudicatore abbia proceduto ad affidare l'accordo in via diretta, prescindendo dalla pubblicazione del bando, al di fuori delle ipotesi tassativamente indicate dal legislatore in cui tale possibilità è ammessa"⁵⁵ (e, all'interno di queste, solo nei quattro casi rappresentati precedentemente): solo in tale evenienza, dunque, i

⁵⁴ D. GALLI e C. GUCCIONE, *L'istituto dell'accordo quadro nel decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1996, I, 16. (corsivo non dell'originale)

⁵⁵ D. GALLI e C. GUCCIONE, *L'istituto dell'accordo quadro*, cit., 14.

contratti applicativi non potrebbero essere affidati direttamente dall'ente appaltante, ma dovrebbero essere oggetto di una vera e propria gara.

Sicuramente la tesi appena esposta coglie nel segno quando rileva l'inconsistenza delle interpretazioni che vorrebbero nettamente contrapposte le procedure di gara, aperte e ristrette, a quella negoziata di ambo i tipi⁵⁶ ("in cui manca una vera aggiudicazione, ma per la quale si parla di affidamento"⁵⁷); epperò, le critiche a tale impostazione non mancano.

Se è certamente vero che la trattativa privata è considerata una procedura di aggiudicazione a tutti gli effetti dal testo normativo italiano, essa comunque si connota per un grado di tutela della concorrenza e della *par condicio* nettamente inferiore a quello presente nelle analoghe aperta e ristretta (e che tende ad affievolirsi ancor di più nei casi di non pubblicazione dell'avviso di gara); ragion per cui bisognerebbe essere molto cauti nel consentire l'impiego della stessa per l'aggiudicazione di un'intesa quadro che prevedesse il successivo affidamento degli appalti direttamente, senza alcun previo confronto concorrenziale: il rischio sarebbe di ingenerare quelle pratiche anti-concorrenziali che la disciplina europea degli appalti pubblici si sforza di combattere anche a livello nazionale⁵⁸.

Sembra quindi logico ritenere che l'accordo quadro conforme alla direttiva possa essere configurabile solo qualora l'amministrazione lo abbia aggiudicato impiegando procedure che assicurano un minimo di trasparenza e pubblicità. La procedura negoziata senza pubblicazione del bando non è pertanto da considerarsi in grado di fornire all'accordo quel carattere di rispondenza alle norme del decreto, le quali sole consentirebbero di affidare direttamente i contratti applicativi.

b) Accordi quadro aggiudicati in conformità al decreto.

La possibilità per le amministrazioni di aggiudicare gli accordi quadro conformemente al decreto è prevista dall'art. 16, comma 3, del d.lgs. n. 158 del 1995: in tale evenienza gli appalti

⁵⁶ Come noto, l'art. 12 del d. lgs. n. 158 del 1995 ricomprende la procedura negoziata, con o senza bando, tra le procedure di aggiudicazione.

⁵⁷ D. GALLI e C. GUCCIONE, *op. cit.*, 13.

⁵⁸ Sul possibile mancato rispetto della normativa comunitaria nella conclusione dei *framework agreements* si vedano, ad esempio: S. ARROWSMITH, *Framework purchasing and qualifications lists under the European procurement directives*, cit., 115 ss; A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, cit., 200-201.

L'assimilazione dei due differenti tipi di procedura negoziata non permetterebbe di addivenire alle seguenti conclusioni: "D'altro canto", sostengono gli autori citati (Galli, Guccione), "qualora, enfatizzando il dato letterale, si condizionasse alla previa aggiudicazione dell'accordo quadro (tramite gara) la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto dei contratti applicativi, tale eventualità dovrebbe ritenersi preclusa anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice abbia esperito una procedura negoziata con bando, non potendosi configurare una aggiudicazione in senso stretto". Non pare corretto inferire dall'applicabilità della procedura negoziata con bando quella della corrispondente procedura, priva di ogni forma di pubblicità: non si comprenderebbe, altrimenti, quale differenza intercorrerebbe tra l'accordo quadro conforme al decreto e quello non conforme, posto che ambedue sono concludibili ricorrendo alla procedura negoziata senza obblighi di pubblicità a carico dell'appaltante. Paradossalmente, si avrebbero due singolari evenienze: da un lato, ci si troverebbe di fronte a dei casi – i quattro previamente citati – in cui all'intesa raggiunta mediante trattativa privata senza bando seguirebbe un affidamento diretto dei contratti applicativi ritenuto perfettamente corrispondente alla normativa comunitaria; dall'altro, si verificherebbero delle circostanze – le rimanenti ipotesi di esperibilità della procedura in parola – dove, pur concludendosi l'accordo quadro con trattativa privata senza avviso di gara, sarebbe necessaria l'indizione di nuove gare d'appalto fra le parti dell'intesa per affidare gli appalti previsti. Cfr. D. GALLI e C. GUCCIONE, *op. cit.*, 14

previsti nell'intesa possono essere affidati con trattativa privata senza pubblicazione del bando e, quindi, al di fuori dei modelli normativi comunitari in tema di appalti pubblici.

Tale previsione intende assicurare lo snellimento delle procedure e nel contempo garantire il rispetto dei principi di trasparenza e concorrenzialità sanciti a livello europeo.

Indubbiamente la natura giuridica di questo secondo tipo di accordo quadro pone problemi interpretativi nettamente inferiori rispetto a quello non conforme al decreto, giacché è lo stesso testo normativo a stabilire che, se le stazioni appaltanti considerano l'accordo quadro come un contratto, lo aggiudicano in modo rispondente alle regole procedurali fissate in detto decreto e non sono costrette a soggiacere agli schemi normativi comunitari nell'affidamento dei contratti applicativi⁵⁹.

Da quanto disposto dal dettato normativo si può dunque inferire *a contrario* che l'intesa quadro conclusa mediante procedura aperta, ristretta o negoziata con bando costituisce agli occhi del soggetto aggiudicatore un vero e proprio contratto (un appalto); acclarato questo decisivo particolare, però, ci si trova di fronte alla difficoltà di ascrivere questo strumento negoziale ad una tipologia contrattuale ben definita⁶⁰.

c) *Problematiche irrisolte dal decreto legislativo n. 158 del 1995*

Oltre alla *vexata quaestio* della natura giuridica dell'accordo quadro, il legislatore nazionale non ha dedicato attenzione alla possibilità di concludere l'accordo con uno solo o con diversi operatori economici, ipotesi tutt'altro che remota se si considerano i *framework agreements* britannici a cui lo strumento parrebbe ispirarsi.

Nessuna particolare disposizione procedimentale è stata prevista nel caso di accordo quadro stipulato non in conformità al decreto e, soprattutto, non è stata inserita alcuna norma specifica alla tutela della concorrenza, fatta eccezione per il divieto (a carico dei soggetti aggiudicatori) di ricorrere all'accordo quadro "al fine di impedire, limitare o distorcere la concorrenza" (art. 16, comma 4)⁶¹.

Non è stato previsto alcun limite alla durata temporale dell'accordo quadro, contribuendo così a produrre restrizioni della concorrenza o comunque indebite esclusioni dalle procedure di affidamento dei contratti applicativi per i soggetti economici non coinvolti inizialmente nell'accordo stesso⁶².

⁵⁹La corrispondente norma della direttiva 93/38/CEE sancisce all'art. 5, par. 1, che: "Gli enti aggiudicatori possono considerare un accordo quadro come un appalto, ed aggiudicarlo conformemente alla presente direttiva".

⁶⁰Sulla questione della natura giuridica dell'accordo quadro si rimanda al paragrafo 8.

⁶¹Le restrizioni della concorrenza possono manifestarsi in diverse forme; in particolare, l'attenzione del commentatore deve porsi sull'eventualità che "i singoli contratti applicativi non si limitino ad introdurre degli adattamenti di contenuto resi necessari dalle mutate condizioni di mercato, *ma ne vengano a stravolgere i contenuti essenziali*. In tal caso, il contratto applicativo non potrebbe più considerarsi basato sull'accordo quadro, e dunque il ricorso alla procedura negoziata senza previa indizione di gara (anche se nel contesto di un accordo conforme al decreto) sarebbe illegittimo". (Cfr. E. FONTE, *L'accordo quadro in tema di appalti pubblici*, cit., 154; tra parentesi un'aggiunta rispetto all'originale; corsivo non dell'Autore)

In definitiva, viene posto in evidenza il mancato divieto di rinegoziazione dei termini originari dell'accordo quadro.

⁶²Come rileva Nobile: "Gli accordi quadro non possono avere una durata indeterminata. Se si considera la durata degli accordi analoghi sopra illustrati esistenti in vari Stati europei, questa non dovrebbe superare i cinque anni". Cfr. A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, cit., 203.

Non appare conforme alla direttiva 93/38/CEE l'introduzione di limitazioni al ricorso all'accordo quadro per importi inferiori a quelli stabiliti dalle soglie comunitarie: la succitata previsione non è presente nel testo europeo e risulta difficilmente giustificabile, anche se motivata "dall'esigenza di evitare eventuali prassi discriminatorie nei confronti di imprese di più contenute dimensioni che sarebbero in grado di assumere i singoli contratti applicativi ma non l'accordo quadro nel suo complesso"⁶³.

4. Una nuova disciplina per i "settori esclusi": la direttiva 2004/17/Ce

La direttiva 2004/17/Ce del 31 marzo 2004 coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nei cosiddetti "settori esclusi" o "settori speciali". Detti settori sono di "grande rilevanza per l'intera popolazione"⁶⁴: si pensi, ad esempio, a quelli dell'energia e dell'acqua, ai servizi postali ed, infine, ai trasporti.

Tale testo comunitario ha lo scopo di innovare la disciplina previgente nei citati ambiti di applicazione degli appalti pubblici e va interpretato unitamente all'altra direttiva, la 2004/18/Ce sui "settori classici", giacché condivide con essa le medesime finalità di semplificazione, flessibilità e modernizzazione della contrattualistica pubblica che hanno ispirato negli ultimi anni l'azione del legislatore europeo.

Fra le innovazioni più significative introdotte dalla nuova direttiva vi è sicuramente la revisione del suo campo di applicazione il quale non comprende più il settore delle telecomunicazioni, ormai considerato sufficientemente liberalizzato e concorrenziale dalla Commissione europea⁶⁵.

Un'altra importante modifica apportata dal testo normativo europeo concerne la possibilità, per gli enti aggiudicatori, di "tener conto di parametri quali la tutela ambientale e sociale"⁶⁶ nella formulazione dei criteri di aggiudicazione delle offerte (aspetto del resto già riscontrato nel corso della disamina del dialogo competitivo); viene inoltre incentivato l'utilizzo di strumenti elettronici nelle procedure di gara. A tal riguardo, è dedicata attenzione alle aste elettroniche (art. 56), le quali sono configurate come strumento d'introduzione facoltativa da parte del legislatore nazionale e di cui è fornita una definizione del tutto analoga a quella presente nella direttiva 2004/18/Ce.

Infine, sono introdotte per la prima volta nei "settori esclusi" le centrali di committenza (art. 2, comma 1, lett. a), ovvero "amministrazioni aggiudicatrici ... che vengono incaricate di effettuare acquisti o di aggiudicare appalti o di concludere accordi quadro per altri enti aggiudicatori"⁶⁷. È lasciata piena libertà ad ogni Stato membro di prevedere il ricorso a tali

⁶³ D. GALLI e C. GUCCIONE, *L'istituto dell'accordo quadro*, cit., 12; E. FONTE, *L'accordo quadro in tema di appalti pubblici*, cit., 155.

⁶⁴ G. CONTI, *Introduzione alla direttiva comunitaria che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acque e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2004, IV, 801.

⁶⁵ Si veda, a tal proposito, la comunicazione n. 1999/L (pubblicata sulla G.U.C.E. dell'8 maggio 1999), che aveva evidenziato la sopravvenuta ingiustificabilità degli obblighi posti dalla direttiva 93/38/CEE a carico degli operatori del settore delle telecomunicazioni; questo a causa del "regime di concorrenza realizzato dopo la liberalizzazione del settore stesso nell'Unione europea". Cfr. L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, cit., 87.

⁶⁶ G. CONTI, *Introduzione alla direttiva comunitaria*, cit., 803.

⁶⁷ G. CONTI, *op. cit.*, 808.

istituti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici; se però queste ultime si avvalgono delle centrali di committenza, esse devono rispettare le norme poste dalla direttiva all'art. 29.

Diversamente dalle innovazioni di cui sopra, in materia di accordo quadro non si è assistito a sostanziali variazioni del dettato normativo: la definizione di accordo quadro nei due testi normativi è pressoché identica, eccezion fatta per una maggiore sinteticità delle nuove disposizioni⁶⁸, che, in tal modo, appaiono meno ridondanti di quelle preesistenti; viene ribadito l'obbligo di non utilizzare l'accordo quadro per distorcere o limitare la concorrenza (art. 14, comma 4); è mantenuta la "distinzione tra accordi quadro secondo la direttiva ... e quelli non stipulati secondo la direttiva. Nel primo caso i contratti successivi ed attuativi dell'accordo quadro potranno essere stipulati senza previa indizione della gara. Nel secondo caso i contratti attuativi necessiteranno della previa indizione di una gara"⁶⁹.

La sostanziale riproposizione dei contenuti normativi già propri della precedente direttiva se da un lato contribuisce a consolidare la fisionomia dell'accordo agli occhi degli operatori, dall'altro, però, non risolve affatto i problemi interpretativi sollevati in sede dal decreto n. 158 del 1995; questi possono essere ricondotti a tre principali criticità (simili a quelle rilevate per la direttiva 93/38/CEE): mancata distinzione tra accordo stipulato con una sola impresa e accordo con più imprese, e conseguente assenza di una disciplina puntuale sulle diverse modalità di affidamento degli appalti applicativi dell'intesa; omessa indicazione di un limite temporale alla durata dell'accordo; impossibilità di definire esattamente la natura giuridica dello strumento.

Né la situazione migliora se si esamina la normativa del codice dei contratti pubblici italiano, il quale ha recepito non solo la direttiva "settori classici", ma anche quella "settori speciali", occupandosi in tal modo dell'accordo quadro in detti ambiti di appalto.

In particolare, l'art. 222⁷⁰ del d.lgs. n. 163 del 2006 contiene la disciplina di tale strumento nei settori "esclusi" e riproduce fedelmente il contenuto dell'art. 14 della direttiva 2004/17/Ce,

⁶⁸ "Accordo quadro è l'accordo concluso tra uno o più enti aggiudicatori di cui all'art. 2, paragrafo 2 e uno o più operatori economici e il suo scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità" (art. 1, par. 4 della direttiva 2004/17/Ce).

Rispetto alla definizione contenuta nella direttiva 93/38/CEE e nel d. lgs. n. 158 del 1995 è stata eliminata la precisazione "nel caso di pluralità di prestazioni protratte per un tempo determinato o in relazione ad uno specifico programma di esecuzione di lavori, di forniture o di prestazioni di servizi", riferita al contesto entro cui aggiudicare gli accordi quadro, ma la chiarezza del dispositivo normativo non sembra risentirne.

Si noti che il legislatore comunitario ha nuovamente usato il termine "accordo" (e non contratto) per indicare la figura in parola; ancora una volta, quindi, potrebbero sorgere dei dubbi circa la natura giuridica dell'accordo quadro.

⁶⁹ G. CONTI, *Introduzione alla direttiva comunitaria*, cit., 807. L'art. 14 della direttiva 2004/17/Ce recita: "1. Gli enti aggiudicatori possono considerare un accordo quadro come un appalto ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2 e aggiudicarlo secondo la presente direttiva.

2. Gli enti aggiudicatori, quando hanno aggiudicato un accordo secondo la presente direttiva, possono applicare l'articolo 40, paragrafo 3, punto i) se aggiudicano appalti basati su tale accordo quadro.

3. Quando un accordo quadro non sia stato aggiudicato secondo la presente direttiva, gli enti aggiudicatori non possono applicare l'articolo 40, paragrafo 3, punto i).

4. (si omette l'art. 4 perché già riportato nel corpo del testo)".

Come si può notare, i commi 2 e 3 individuano le due ipotesi di accordo quadro analizzate; il citato articolo 40, paragrafo 3, punto i) disciplina la procedura negoziata senza previa indizione di una gara.

⁷⁰ "1. Gli enti aggiudicatori possono considerare un accordo quadro come un appalto e considerarlo e aggiudicarlo ai sensi della presente parte.

2. Gli enti aggiudicatori possono affidare con procedura negoziata non preceduta da indizione di gara, ai sensi dell'articolo 40, comma 1, lett. i) gli appalti basati su un accordo quadro solo se hanno aggiudicato detto accordo quadro in conformità alla presente parte.

nonché quello dell'art. 16 del d.lgs. n. 158 del 1995: non è dato quindi riscontrare nel testo normativo nazionale alcuna variazione in ordine alla stipulazione dell'accordo quadro, né sulla aggiudicazione dei contratti applicativi.

5. La nuova disciplina per i settori “ordinari”: l'accordo quadro nella direttiva 2004/18/Ce

5.1 Introduzione. Il considerando 11

Esaminati i precedenti giuridici più immediati dell'accordo quadro, è ora possibile procedere ad esaminare tale figura così come è disciplinata nella nuova direttiva “settori classici”, la direttiva 2004/18/Ce.

Punto di partenza per detta analisi è l'esame delle disposizioni contenute nell'undicesimo considerando introduttivo⁷¹, il quale dispone: “Occorre prevedere una *definizione comunitaria degli accordi quadro* nonché delle norme specifiche per gli accordi quadro conclusi in relazione ad appalti che rientrano nel campo di applicazione della presente direttiva. Ai sensi di dette disposizioni un'amministrazione aggiudicatrice, quando conclude, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, *un accordo riguardante, tra l'altro, la pubblicità, i termini e le condizioni di presentazione delle offerte*, può concludere, nel periodo di durata dell'accordo quadro, contratti basati su tale accordo quadro *sia applicando le condizioni stabilite nell'accordo quadro stesso oppure, se tutte le condizioni non sono state stabilite in anticipo nell'accordo quadro, riaprendo il confronto competitivo tra le parti (aderenti) all'accordo quadro sulle condizioni non stabilite*. Il rilancio del confronto competitivo dovrebbe rispettare alcune regole il cui obiettivo è quello di garantire la *flessibilità* richiesta nonché l'osservanza dei principi generali, ivi compreso quello della *parità di trattamento*. Per tale ragione la *durata massima* degli accordi quadro dovrebbe essere limitata e non dovrebbe poter superare quattro anni, tranne in casi debitamente giustificati dalle amministrazioni aggiudicatrici”.

L'ampio insieme di finalità prospettate sembra singolarmente coincidere con gli interrogativi sollevati a proposito delle lacune interpretative del d.lgs. n. 158 del 1995. Il testo comunitario esordisce ritenendo necessaria una “definizione comunitaria dell'accordo quadro”, così recependo le numerose critiche rivolte dagli interpreti all'indeterminatezza giuridica dello strumento che ne impedirebbe l'assimilazione ad una definita tipologia contrattuale; naturalmente ciò vale solo per i “settori classici”, mentre per quelli “esclusi” continua ad applicarsi una normativa sostanzialmente allineata con le regole poste dalla direttiva 93/38/CEE e caratterizzata dalla doppia possibilità di ritenere l'accordo quadro un vero e proprio appalto oppure un semplice programma di contratti⁷².

3. Gli enti aggiudicatori non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo, per ostacolare, limitare o falsare la concorrenza”. (art. 222, d.lgs. n. 163 del 2006)

⁷¹ Come ravvisa un Autore: “Il “considerando” di una direttiva comunitaria costituisce punto di partenza per l'analisi di un istituto. Vengono infatti forniti i principi che informano la disciplina positivamente posta e prevista e che – inoltre – offrono i canoni interpretativi necessari per dirimere le questioni che si pongono nei casi concreti”. Cfr. L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, in *Appalti e Contratti*, 2006, I, 16.

⁷² A dir il vero, tale dualità non è del tutto tramontata neppure per i settori “classici”. Cfr. M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, cit., 759: l'Autore parla di accordo quadro “attribuito in conformità alla direttiva”, riferendosi alla possibilità per le stazioni appaltanti di non applicare le normali procedure previste dalla direttiva per

In secondo luogo, il legislatore comunitario ha avvertito l'esigenza di provvedere a procedimentalizzare dettagliatamente lo strumento (specie nella fase di conclusione dell'accordo medesimo), richiamando espressamente le norme in materia di "pubblicità, termini, ...presentazione delle offerte" nonché il rispetto del principio di *par condicio* nel confronto fra i vari operatori economici.

In terza istanza, la direttiva unificata elimina, almeno nelle considerazioni introduttive, la duplice previsione di un'intesa quadro aggiudicata conformemente alla direttiva e di un'altra, al contrario, non rispondente ai canoni procedurali fissati dal testo in esame; in luogo di tale distinzione ne viene introdotta un'altra euristicamente ben più feconda, riguardante l'eventualità di contemplare accordi quadro definenti tutte le condizioni contrattuali al momento della loro stipulazione e intese bisognevole di un rilancio competitivo per la specificazione delle clausole non originariamente perfezionate.

Si prevede infine un limite alla durata delle intese quadro (quattro anni) al fine di tutelare la concorrenza e di non provocare "cristallizzazioni" perverse nei rapporti fra stazione appaltanti e determinati operatori giuridici facenti parte dell'accordo; "cristallizzazioni" che potrebbero rivelarsi estremamente pericolose per le imprese non partecipanti inizialmente all'accordo quadro, le quali, qualora esso fosse di durata indefinita, si troverebbero illegittimamente escluse da un buon numero di gare d'appalto.

Comunque, al di là delle critiche interpretative cui intende rispondere, l'undicesimo considerando introduttivo si rileva di notevole importanza giacché costituisce la prima concreta formulazione normativa che il legislatore comunitario riserva all'accordo quadro in settori diversi da quelli "esclusi", cercando di uniformare a livello europeo le differenti esperienze nazionali in materia (*framework agreements, marchés à commandes*) e ponendo fine alle pratiche distorsive della concorrenza che tali esperienze potevano avallare. Non a caso, infatti, la direttiva, sostenendo la necessità di una definizione comunitaria di accordo quadro, lascerebbe desumere che a livello nazionale una simile operazione è già stata compiuta e che si è già in possesso di alcune importanti indicazioni sulla natura giuridica dello strumento in esame.

5.2 La definizione di accordo quadro nella direttiva 2004/18/Ce: aspetti problematici

L'art. 1, paragrafo 5, della direttiva unificata definisce l'accordo quadro come "un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste".

Le indicazioni fornite dal testo comunitario sono sostanzialmente identiche a quelle presenti nelle proposte di direttiva del 2000 e del 2002 sia per ciò che concerne per la sua

aggiudicare ogni appalto basato sull'intesa quadro; per la verità, occorrerebbe dimostrare se la direttiva consente di stipulare un accordo non conformemente alle proprie disposizioni, operazione quanto mai difficile data l'assenza di qualsiasi esplicito cenno a tale facoltà per il soggetto pubblico. Detto questo, potrebbe sempre obiettarsi che la direttiva ha per oggetto solo gli accordi di valore superiore alle soglie comunitarie e che pertanto quelli inferiori non sono soggetti alle sue regole e possono essere conclusi nel modo che le stazioni appaltanti ritengono più opportuno (fatti salvi i principi di trasparenza e *par condicio*); tuttavia, anche tale obiezione risulta poco convincente atteso che la direttiva esclude dal proprio ambito di applicazione gli appalti sotto soglia e nulla prevede (né del resto potrebbe) circa l'utilizzabilità delle intese quadro in tali categorie di contratti pubblici.

esperibilità con uno solo o più operatori, sia per la mera eventualità di prevedere i quantitativi oggetto d'appalto all'atto della conclusione dell'intesa quadro.

Iniziando dalla prima criticità prospettata, occorre stabilire come saranno selezionati gli operatori con cui sarà stipulato l'accordo quadro; in secondo luogo, è necessario chiarire quale possa essere per le amministrazioni l'utilità degli accordi quadro stipulati con diverse imprese; parimenti, risulta indispensabile capire quale tra le imprese selezionate nell'accordo si aggiudicherà il contratto applicativo o, *rectius*, come l'amministrazione provvederà ad individuare l'impresa aggiudicataria tra le varie facenti parte dell'accordo quadro, essendo da escludere la mera eventualità che l'appalto venga affidato al concorrente che ha presentato l'offerta migliore, giacché le altre imprese non avrebbero ricevuto alcun beneficio dall'aver concluso l'accordo e risulterebbero escluse *ab origine* dalla concreta realizzazione dell'appalto⁷³.

Concludendo, invece, la disamina della definizione comunitaria dell'accordo quadro, resta ancora da sottoporre a vaglio critico un ultimo aspetto di essa: il riferimento è alla possibilità per le parti dell'intesa di definire solo il prezzo dei prodotti/servizi oggetto d'appalto, omettendo al contrario l'indicazione delle quantità. Tale disposizione avvicina di molto l'accordo ai *marchés à commandes* francesi e può essere di grande vantaggio per i committenti pubblici, poiché sembrerebbe garantire ad essi la massima *flessibilità* operativa; tuttavia, proprio tale flessibilità sembra essere revocata in dubbio dall'obbligo di definire anche il prezzo al momento della conclusione dell'accordo: "Non rimediabile ... è la scelta del legislatore comunitario di "ingessare" la possibilità di ricorso all'accordo quadro prevedendo la fissazione, da parte di questo, dell'elemento del prezzo. Già nella definizione di cui all'art. 1 (5) è operata la scelta secondo la quale il prezzo deve essere fissato nell'accordo quadro. Tale opzione normativa esclude la possibilità di stipulare l'accordo quadro al fine semplicemente di individuare delle liste di esecutori di opere, di fornitori di beni o di prestatori di servizi"⁷⁴, lasciando alla fase della stipulazione dei singoli contratti la fissazione del prezzo"⁷⁵.

5.3 Le finalità dell'accordo quadro nei "settori tradizionali": le interpretazioni della dottrina

Le finalità dell'introduzione dell'accordo quadro nei c.d. "settori classici" sono state variamente sottolineate in dottrina e coincidono, per larga parte, con quelle ravvisate nell'analisi del d.lgs. n. 158 del 1995.

Si è sostenuto che l'elemento di fondo dell'accordo quadro "è, sostanzialmente, quello di accorpare prestazioni di tipo ripetitivo ed omogeneo (si pensi all'acquisto di determinati beni quali ad. es. arredi, o all'esecuzione di una serie di lavori caratterizzati da una certa ripetitività, quali le manutenzioni ordinarie), effettuando una gara complessiva per giungere alla conclusione dell'accordo quadro, con prevedibile *risparmio di tempi e di costi*, soprattutto in quelle

⁷³ R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/Ce e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, 450.

⁷⁴ Bandini Zanigni parla di un "Elenco di fornitori tra i quali l'aggiudicazione degli appalti successivi può avere luogo". Cfr. S. BANDINI ZANIGNI, *Appalti pubblici di forniture e servizi secondo la direttiva n. 2004/18/Ce*, Torino, 2006, 103.

⁷⁵ R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 450 (corsivo non dell'originale).

circostanze in cui non si ha certezza in merito alle quantità di prodotti, o lavori o servizi che nel tempo dovranno essere acquisiti o realizzati. Man mano che viene definita l'esatta misura nelle quantità di prodotti, lavori e servizi da acquisire o realizzare, si potrà procedere all'affidamento e all'aggiudicazione dei singoli appalti, sulla base delle clausole e delle condizioni pattuite con gli operatori economici al momento della conclusione dell'accordo e che costituiscono l'oggetto dell'accordo stesso"⁷⁶. Parimenti è stato notato che "tale procedura potrebbe avere quale conseguenza quella di *riconduurre a regole i contratti medio-piccoli che le Amministrazioni, frequentemente, stipulano con procedure negoziate* in considerazione del loro importo"⁷⁷ e della ripetitività delle prestazioni, *con possibilità concreta di spuntare un prezzo più vantaggioso, tenendo conto delle maggiori quantità di beni, lavori o servizi oggetto di gara e della competizione tra gli operatori economici*"⁷⁸.

Sempre in ordine alla possibilità di ottenere prezzi più vantaggiosi per il committente pubblico mediante l'impiego dell'accordo quadro, è opportuno dar conto del fatto che alcuni Autori hanno parlato di vere e proprie economie di scala che si realizzerebbero con l'utilizzo del nuovo strumento: "La funzione operativa dell'accordo quadro è quella di dover evitare, per acquisiti che si ripetono nel tempo, di dover effettuare più gare. In questo modo... si realizzano anche *economie di scala*"⁷⁹. E ancora: "Sostanzialmente, attraverso l'"accordo quadro", si dovrebbe giungere a condizioni di acquisto favorevoli per la stazione appaltante, in virtù dell'*economia di scala* che produrrebbe"⁸⁰.

D'altro canto, in dottrina si è palesata la necessità di affrontare il caso di commesse pubbliche sì ripetitive ed omogenee ma caratterizzate dall'appartenenza al settore delle nuove tecnologie informatiche e delle comunicazioni, dove i prodotti ed i prezzi sono in continua evoluzione e in cui risulta altamente sconsigliabile "vincolare i committenti pubblici a prezzi o condizioni fissi"⁸¹; poste queste premesse, si è ritenuto che l'accordo quadro potesse dar effettivamente conto della suddetta evoluzione e consentire, pertanto, al soggetto pubblico di essere continuamente aggiornato su prezzi e caratteristiche delle forniture ad alto contenuto

⁷⁶ D. SCERBO e N. SIGNORETTA, *La direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, in *Amministrazione dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, III-IV, 432 (corsivo non dell'originale).

Sul tema si vedano, *ex pluribus*, i contributi di: M. GATTI, *Appalti pubblici di servizi e forniture*, Napoli, 2004, 24; G. VERDE, *Il dialogo competitivo, l'accordo quadro ed il sistema dinamico d'acquisizione nella nuova direttiva comunitaria sugli appalti*, articolo del maggio 2004, disponibile sul sito www.Diritto&Diritti.it, 3; L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 17; M. MARAGHELLI, *La nuova direttiva europea sugli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, in "Ist. Naz. Comm. Estero", giugno 2002, 10 (quest'ultimo contributo si riferisce alle proposte di direttiva del 2000 e del 2002, ma presenta interessanti spunti di riflessione sull'accordo quadro).

⁷⁷ Sul punto, cfr. D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *Guida alle nuove direttive appalti*, Milano, 2004, 99.

⁷⁸ D. SCERBO e N. SIGNORETTA, *La direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, cit., 433 (corsivo non dell'originale).

⁷⁹ L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 17 (corsivo non dell'originale) e G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive nn. 17 e 18/2004 del 31 marzo 2004*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2004, III, 869-870.

⁸⁰ G. MARCHIANÒ, *op. cit.*, 870 (corsivo non dell'originale). Altresì, cfr. D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *op. cit.*, 99.

⁸¹ M. GATTI, *Appalti pubblici di servizi e forniture*, cit., 24.

tecnologico. In particolar modo, la mancata definizione delle clausole degli appalti al momento della conclusione dell'accordo quadro consente una maggiore flessibilità alla stazione appaltante, la quale potrà definire, nelle particolari fattispecie di appalti sopra esaminati, gli aspetti di dettaglio dei contratti solo allorché decida di aggiudicare questi ultimi e non in via preventiva⁸².

Se la flessibilità appare come la finalità precipua perseguita dal nuovo strumento contrattuale, tuttavia è necessario non dimenticare che l'accordo quadro risponde in ultima analisi ad un obiettivo ancora più importante, implicito nel testo comunitario: tale obiettivo è quello di garantire "all'amministrazione ed agli operatori la *stabilità* delle condizioni contrattuali per un certo periodo di tempo"⁸³, assolvendo in questo modo una *funzione programmatica di medio periodo* riguardo al concreto operato del committente pubblico e delle imprese⁸⁴.

5.4 Ambito di applicabilità dell'accordo quadro

Esaminate la definizione e le finalità dell'accordo quadro nei "settori tradizionali", è opportuno delineare adesso qual è il suo campo di applicabilità al fine di stabilire se possa venir indifferentemente impiegato per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Come visto in precedenza, la definizione contenuta nell'art. 1, par. 5, della direttiva unificata non detta limitazioni di sorta all'impiego dell'accordo quadro. L'art. 32 del testo europeo, che detta la disciplina procedurale dello strumento, non pone alcuna restrizione all'utilizzo del medesimo, fatta eccezione per il divieto gravante sulle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere all'accordo quadro "in modo abusivo o in modo da ostacolare, restringere o distorcere la concorrenza"(par. 2): dunque la tutela della concorrenzialità della procedura si erge ad unico limite d'impiego dell'accordo in esame.

Ad un attento esame della direttiva 2004/18/Ce, proprio quest'ultima annotazione parrebbe quindi costituire l'unico serio impedimento all'esperibilità della nuova figura, tuttavia secondo parte della dottrina la questione si pone in termini più complessi: alcuni Autori sostengono, infatti, che "l'accordo quadro, per le sue particolarità procedurali, può essere utilizzato quale sistema di aggiudicazione soltanto per gli appalti di forniture e di servizi, con esclusione, quindi, dei lavori pubblici"⁸⁵. La tesi però non persuade: in primo luogo, non è sorretta dal dato letterale della direttiva, che non fa alcuna menzione a possibili inapplicabilità dell'accordo quadro al settore dei lavori pubblici; in secondo luogo, non sono chiare le "particolarità procedurali" che determinano l'incompatibilità dello strumento in esame con gli appalti di lavori pubblici; in terzo

⁸² C. VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2004, IV, 1140. L'Autrice sostiene che l'accordo quadro salvaguarda "l'esigenza di flessibilità della procedura, ammettendo "il rilancio competitivo" per la definizione delle condizioni contrattuali, quando questa non vi sia già stata al momento della stipulazione dell'accordo".

⁸³ C. VITALE, *op. cit.*, 1139 (corsivo non dell'originale).

⁸⁴ Non a caso, alcuni Autori hanno individuato la finalità dello strumento analizzato nella "gestione delle commesse nel medio periodo". Cfr. L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, cit., 81.

I predetti Autori affermano che: "Con l'accordo quadro, da un lato le imprese traggono vantaggio dalla produzione programmata in funzione delle vendite nell'ambito di transazioni commerciali di particolare rilevanza economica; dall'altro, gli enti aggiudicatari possono prevedere e determinare in anticipo i costi di un programma di investimenti, con conseguenti vantaggi in termini organizzativi e finanziari" (Cfr. L. FIORENTINO e C. LACAVA, *op. cit.*, p. 83.).

⁸⁵ G. VERDE, *Il dialogo competitivo, l'accordo quadro ed il sistema dinamico d'acquisizione nella nuova direttiva comunitaria sugli appalti*, cit., 3.

luogo, assecondando tale linea interpretativa, ci si dimentica che la direttiva non parla esplicitamente di beni o servizi acquistabili dagli enti aggiudicatori, ma solo di appalti pubblici e di “clausole” di appalti pubblici, categoria a cui rientrano a pieno titolo anche quelli di lavori.

Resta, comunque, da rilevare che il legislatore italiano nel recepire l'accordo quadro (il riferimento è al già citato codice dei contratti pubblici) ha sostanzialmente limitato l'ambito di adoperabilità del nuovo strumento negoziale; pur ribadendo che l'intesa quadro è “applicabile anche al settore dei lavori”⁸⁶, tuttavia ha introdotto una limitazione consistente nell'ammissibilità di accordi quadro *solo per lavori di manutenzione oppure per lavori connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate* (art. 59, comma 1 del d.lgs. n. 163 del 2006).

Orbene, tale previsione, più che configurare un vero e proprio ostacolo all'uso dell'accordo quadro nei lavori pubblici, rappresenta un'utile precisazione su quali categorie di lavori possano essere fatti rientrare nella tipologia analizzata e non pare costituire un'indebita variazione rispetto al testo comunitario: al contrario, essa apporta nuovi argomenti contro quegli Autori che negano l'esperibilità dell'accordo quadro per gli appalti di lavori pubblici, esplicitando una distinzione (tra lavori seriali e non) solo accennata nella direttiva 2004/18/Ce. Come osserva, infatti, parte della dottrina: “Il Codice individua soltanto ipotesi *naturali* per le quali non appare oggettivamente possibile avviare la procedura in questione, senza che le limitazioni stesse possano affatto configurare una previsione insuperabile”⁸⁷, dal momento che, fermo restando il rispetto del principio di concorrenza, “è sempre possibile far ricorso all'accordo quadro”⁸⁸.

5.5 La procedura dell'accordo quadro nella direttiva 2004/18/Ce

La disciplina procedurale dell'accordo quadro è contenuta nell'art. 32 della direttiva unificata. Il primo comma asserisce la facoltatività del recepimento dell'accordo quadro nei vari ordinamenti nazionali; il secondo comma definisce: le modalità di conclusione degli accordi e di aggiudicazione degli appalti su di essi basati, la durata delle intese quadro, il divieto di rinegoziazione delle condizioni iniziali stabilite nell'accordo medesimo, il citato dovere di rispettare la concorrenzialità delle procedure di gara nel ricorso a tale strumento; infine, il terzo e quarto comma distinguono l'affidamento degli appalti nel caso che l'accordo sia stipulato con un solo operatore o che, invece, coinvolga più imprese.

Analisi dell'art. 32: paragrafo 1

Il paragrafo 1 dell'art. 32 stabilisce che “Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di concludere accordi quadro”; dalla previsione normativa appena riportata si deduce che l'intesa quadro, al pari del dialogo competitivo, è strumento di recepimento solo facoltativo da parte degli Stati membri.

⁸⁶ L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 17.

⁸⁷ L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 17. L'altra limitazione introdotta dal codice riguarda gli appalti di servizi, e ricalca in parte le previsioni dettate per i lavori: “Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per altri servizi di natura intellettuale, salvo che siano connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate, da individuarsi nel regolamento” (art. 59, comma 1 del d.lgs. n. 163 del 2006).

⁸⁸ L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 17.

Occorre quindi domandarsi quali siano i motivi che hanno spinto il legislatore europeo a non rendere obbligatoria l'introduzione del nuovo istituto nei vari ordinamenti nazionali. Una prima spiegazione di ciò potrebbe consistere nel fatto che molti paesi hanno già previsto tecniche nazionali di committenza simili all'accordo quadro (si pensi ai *marchés à commandes* o a i *framework agreements*), le quali sarebbero in grado di soddisfare le esigenze degli enti aggiudicatori meglio dello strumento di natura comunitaria; d'altra parte, però, non si possono tacere le preoccupazioni (espresse da buona parte della dottrina) sul mancato rispetto della normativa europea sugli appalti a cui si presterebbe agevolmente l'utilizzo di tali tecniche⁸⁹. A quest'ultimo riguardo, giova ricordare che il legislatore europeo⁹⁰ ha avvertito la necessità di fornire una definizione comunitaria di accordo quadro proprio per evitare le paventate distorsioni della concorrenza.

Scartata perciò questa prima possibilità, ne è proponibile una seconda che appare più consona alle finalità dell'istituto: la facoltatività dello strumento e la sua durata limitata a quattro anni risponderebbero all'esigenza di garantire "l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese"⁹¹. In effetti, prima di introdurre l'accordo quadro nei propri ordinamenti e considerati i differenti scenari economici nazionali, i legislatori degli Stati membri dovrebbero esaminare con attenzione i possibili effetti negativi che esso potrebbe avere nei confronti delle piccole/medie imprese, dal momento che "*gli accordi quadro sono comprensivi di molti appalti e quindi il valore complessivo di un accordo quadro è molto elevato e vi possono partecipare solo le imprese qualificate per certi importi*". Pertanto, le grandi imprese sono quelle che con maggiore facilità, visto il loro giro d'affari e le loro potenzialità, possono presentare migliori offerte sotto il punto di vista del prezzo"⁹².

Segue: paragrafo 2, comma 1

Il secondo paragrafo dell'art. 32 esordisce stabilendo le modalità di conclusione dell'accordo quadro: "*Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le amministrazioni aggiudicatrici seguono le regole di procedura previste dalla presente direttiva fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi dell'articolo 53*" (comma 1). La succitata disposizione disciplina quindi la prima fase dell'intesa, quella cioè finalizzata ad individuare le imprese facenti parte della medesima attraverso l'utilizzo di una delle procedure (aperta, ristretta, negoziata) contemplate dal testo europeo: in tal modo l'accordo quadro è sottoposto pienamente alle norme dell'evidenza pubblica e si pongono fine alle numerose preoccupazioni in ordine a impieghi in senso anticoncorrenziale dello strumento esaminato, garantendo così la *par condicio* fra gli operatori economici coinvolti. Quanto ai criteri di cui all'art. 53, essi sono quelli già noti del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

⁸⁹ A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, cit., 200 ss. e S. ARROWSMITH, *Framework purchasing and qualifications lists*, cit., 181 ss.

⁹⁰ Si veda l'undicesimo considerando introduttivo della direttiva 2004/18/Ce.

⁹¹ L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, cit., 10.

⁹² M. MARAGHELLI, *La nuova direttiva europea sugli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, cit., 11-12 (corsivo non dell'originale).

Per potersi considerare legittimamente affidato, l'accordo quadro deve quindi essere attribuito in conformità alla direttiva: “nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice che intende avvalersi di tale facoltà deve *pubblicare un bando, applicare i criteri di selezione qualitativa conformemente alla direttiva, e stipulare un accordo quadro con o più operatori economici applicando*”⁹³ i predetti criteri.

Dunque, le statuizioni del legislatore europeo non parrebbero sollevare problemi ermeneutici insormontabili se non fosse che fra le procedure previste dalla direttiva unificata è ricompreso anche il dialogo competitivo, modulo operativo di carattere eccezionale la cui compatibilità con l'intesa quadro è tutta da verificare: in sostanza, il dubbio che sorge nell'interprete alla lettura del l'art. 32, paragrafo 2, comma 1 è se un accordo quadro possa essere aggiudicato mediante dialogo competitivo, stante il silenzio del dettato normativo al proposito.

La questione non è di semplice risolvibilità. Da un lato, i due strumenti si connotano per caratteri profondamente diversi quando tra loro non addirittura incompatibili: “Accordo quadro e dialogo competitivo, pur rappresentando due possibili rimedi alla rigidità procedurale per l'affidamento degli appalti pubblici, sono, dunque, pensati per tipologie di appalti differenti: appalti dal contenuto tecnico limitato, nel primo caso e appalti caratterizzati da un elevato tasso di complessità, nel secondo”⁹⁴. Dall'altro, si è ammessa (e anche auspicata) in dottrina la possibilità di impiegare la procedura dialogico-competitiva per concludere l'accordo quadro⁹⁵: tale procedura, in virtù della flessibilità che la caratterizza, potrebbe ben adattarsi a definire le condizioni iniziali dell'accordo, per poi rimettere al momento dell'affidamento delle singole commesse (specie per i quantitativi richiesti dal soggetto pubblico) la definizione delle clausole non stabilite in sede di aggiudicazione dell'intesa. Per la verità, ancor prima che la direttiva unificata fosse emanata, alcuni Autori avevano espresso l'opinione secondo cui il dialogo competitivo andasse sì impiegato all'interno di una procedura di accordo quadro ma non per concludere il medesimo, bensì per affidare i contratti applicativi su di esso basati⁹⁶; con l'entrata in vigore della direttiva 2004/18/Ce detta questione è venuta a cadere, giacché, come si vedrà più avanti, il legislatore ha previsto modalità particolari per l'aggiudicazione dei singoli appalti che esulano dalle normali procedure di scelta del contraente e, dunque, anche da quella di dialogo competitivo.

Tuttavia, risolta la predetta problematica applicativa, permane pur sempre quella inerente alla facoltà per i soggetti pubblici di aggiudicare l'accordo quadro mediante dialogo

⁹³ S. BANIDNI ZANIGNI, *Appalti pubblici*, cit., 101 (corsivo non dell'originale).

Dello stesso tenore il commento di Giurdanella e Caudullo: “La conclusione di questo accordo avviene con i candidati che presentano un'offerta formulata sulla base dei criteri stabiliti nel bando appositamente pubblicato dall'amministrazione, riferiti alla qualità e quantità degli appalti, al pregio tecnico, ai termini di esecuzione ed ai prezzi; criteri che possono essere più o meno esaustivi circa l'oggetto dell'appalto stesso”. Cfr. C. GIURDANELLA, G. CAUDULLO, *La direttiva unica appalti*, Napoli, Simone, 2004, 63.

Tra i numerosi contributi sul tema, si vedano: L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 18; D. SCERBO e N. SIGNORETTA, *La direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, cit., 433.

⁹⁴ C. VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, cit., 1140.

⁹⁵ “La stazione appaltante che intende aggiudicare un appalto pubblico o un accordo quadro mediante dialogo competitivo rende nota tale intenzione con un bando di gara”. Cfr. S. MEZZACAPO, *Dialogo competitivo se l'appalto è complesso*, in Guida al diritto, Ilsole24Ore, luglio 2006, 55.

⁹⁶ È questa la posizione di Arrowsmith. Cfr. S. ARROWSMITH, *Framework purchasing and qualifications lists*, cit., 193.

competitivo⁹⁷; non sembra di poter ammettere, alla luce del disposto della direttiva unificata, una eventualità di tal genere se non altro perché l'art. 29 (che disciplina il dialogo competitivo) non contempla la possibilità di aggiudicare accordi quadro mediante il nuovo strumento procedurale, facendo riferimento unicamente ad appalti "particolarmente complessi".

E proprio quest'ultima espressione segnala indirettamente la distanza che separa l'accordo quadro dal dialogo competitivo: il primo riguarda appalti (*rectius*, commesse pubbliche) di carattere omogeneo, ripetitivo, nonché consuete nell'attività dell'ente pubblico, non caratterizzate da elevata complessità tecnica e standardizzabili; il secondo, al contrario, presuppone appalti di straordinaria complessità tecnico-progettuale per nulla sottoponibili ad un processo di standardizzazione, che legittimano il ricorso ad una procedura di carattere eccezionale (il dialogo competitivo, appunto) rispetto a quelle ordinarie. Voler riunire all'interno di uno stesso modulo operativo due procedure con caratterizzazioni antitetiche significherebbe violare le disposizioni stesse della direttiva unica, stravolgendo le sue previsioni normative e ingenerando usi impropri delle modalità di selezione del contraente⁹⁸.

Segue: paragrafo 2, comma 2

Proseguendo nell'analisi del paragrafo 2 dell'art. 32, occorre osservare che il comma 2 così dispone: "Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai paragrafi 3 e 4. Tali procedure sono applicabili solo tra le amministrazioni e gli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro". Il legislatore comunitario si preoccupa quindi di stabilire le regole procedurali proprie della seconda fase dell'accordo, sintetizzandole in due ordini di limitazioni al comportamento delle stazioni appaltanti: i contratti applicativi dell'accordo devono essere aggiudicati conformemente alle procedure *ad hoc* previste nei commi successivi; le procedure in esame sono esperibili solo tra i soggetti parti dell'accordo e non possono essere estese ad altri operatori economici non inizialmente compresi in esso⁹⁹. In virtù di quanto appena affermato, appare ragionevole trarre la conclusione che l'amministrazione aggiudicatrice non può affidare gli appalti basati sull'accordo quadro ad imprese che non abbiano stipulato l'accordo medesimo¹⁰⁰; inoltre, anche ammettendo che un comportamento del genere sia tollerabile, essa non può comunque applicare gli speciali moduli operativi contemplati ai paragrafi 3 e 4, poiché, non essendo state previamente esperite le procedura ad evidenza

⁹⁷ "La stazione appaltante che intende *aggiudicare un appalto pubblico o un accordo quadro mediante dialogo competitivo* rende nota tale intenzione con un bando di gara". Cfr. S. MEZZACAPO, *Dialogo competitivo se l'appalto è complesso*, cit., 55 (corsivo non dell'originale).

⁹⁸ Come rileva Vitale: "(L'accordo quadro consente all'amministrazione di) *soddisfare esigenze in qualche modo contrarie a quelle che giustificano il ricorso alla procedura del dialogo competitivo*". Cfr. C. VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, cit., 1140 (corsivo non dell'originale).

⁹⁹ S. BANDINI ZANIGNI, *Appalti pubblici*, cit., 101.

¹⁰⁰ "L'amministrazione non può direttamente affidare l'appalto ad operatore economico diverso da chi è stato individuato con la gara dell'accordo quadro, se pure alle medesime condizioni dell'accordo quadro" e, soprattutto, se essa "non ha bandito un accordo quadro, ovvero ... non ha partecipato a bandirlo, non può affidare direttamente un appalto ad un operatore economico individuato nell'ambito di accordo quadro stipulato da altra amministrazione, sia pure alle medesime condizioni (a meno che quest'altra amministrazione non sia una centrale di committenza)". Cfr. L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 19.

pubblica per la scelta del contraente¹⁰¹, non sarebbero affatto garantiti i principi di trasparenza e *par condicio*.

Segue: paragrafo 2, comma 3

L'art. 32, par. 2, comma 3 dispone che: "In sede di aggiudicazione degli appalti pubblici basati su un accordo quadro le parti non possono in nessun caso apportare *modifiche sostanziali* alle condizioni fissate in tale accordo quadro, in particolare nel caso di cui al paragrafo 3" (accordo concluso con un solo operatore economico). La statuizione contenuta nel comma in esame è di importanza fondamentale per la concreta implementazione dell'accordo quadro, giacché esprime il basilare divieto di rinegoziazione delle offerte posto a carico delle imprese e del soggetto pubblico parti di un'intesa quadro¹⁰²; a tal riguardo si è rilevato che "Le ulteriori precisazioni dell'accordo in sede di aggiudicazione del singolo appalto devono essere limitate al suo perfezionamento, non potendo essere considerata legittima alcuna alterazione sostanziale dell'originario contenuto dell'accordo"¹⁰³.

Se fosse, infatti, consentito ai contraenti di variare le condizioni originarie dell'accordo, non si riuscirebbe a comprendere quale sarebbe stata l'utilità della conclusione di quest'ultimo, posto che i contratti applicativi non troverebbero in esso le proprie basilari condizioni esecutive ma abbisognerebbero di un nuovo confronto tra le parti. Risulterebbero inoltre palesemente violati i principi di parità di trattamento e trasparenza dell'azione amministrativa, specie nel caso in cui l'intesa fosse stata raggiunta con una sola impresa. Impresa che sarebbe in tal modo autorizzata a stravolgere la propria offerta presentata all'atto della gara preliminare al fine di adeguarla alle richieste del soggetto aggiudicatore, violando palesemente ogni canone di regolarità amministrativa e di concorrenzialità delle gare¹⁰⁴.

Dette disposizioni costituiscono, quindi, "il principio di fondo dell'accordo quadro"¹⁰⁵ e rappresentano un limite esplicito alle sue possibili modalità di impiego.

¹⁰¹ La differenza precipua tra l'accordo quadro nei "settori esclusi" e la nuova figura contemplata dalla direttiva 2004/18/Ce consiste nell'obbligo di esperire previamente una delle procedure ordinarie per scegliere le parti dell'accordo quadro.

¹⁰² L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 18-19; A. MASCOLINI, *La direttiva appalti pubblici 2004/18/CE*, cit., 227; D. SCERBO e N. SIGNORETTA, *La direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, cit., 433; G. VERDE, *Il dialogo competitivo, l'accordo quadro ed il sistema dinamico d'acquisizione nella nuova direttiva comunitaria sugli appalti*, cit., 4-5; L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, cit., 85.

¹⁰³ Cfr. C. GIURDANELLA, G. CAUDULLO, *La direttiva unica appalti*, cit., 64. Il divieto di apportare modifiche sostanziali alle clausole originarie dell'accordo quadro accosta di molto tale figura a quella del dialogo competitivo, laddove la direttiva unificata stabilisce che le precisazioni delle offerte presentate nella seconda fase dello strumento dialogico-competitivo "non possono avere l'effetto di modificare gli elementi fondamentali" delle medesime (art. 29, par. 6, comma 2).

¹⁰⁴ Come nota un Autore: "Per il principio di tutela della concorrenza ...l'offerta conseguita non può più essere rinegoziata. Il divieto di rinegoziazione dell'offerta aggiudicataria assume tanto più rilievo reale nell'accordo quadro, là dove la lesione del principio in questione appare "tentazione" praticamente possibile proprio in relazione al fatto che gli appalti vengono affidati nel tempo (per un periodo ordinario massimo di quattro anni). Quando il contratto di accordo quadro è stato stipulato ..., vuol dire che la gara - cioè l'apertura al confronto concorrenziale - c'è già stata e pertanto le condizioni di esecuzione del contratto che da quella gara sono uscite non possono più essere modificate". Cfr. L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 18 (corsivo non dell'originale).

¹⁰⁵ L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 19.

Segue: paragrafo 2, commi 4 e 5

“La durata di un accordo quadro non può superare i quattro anni, salvo in casi eccezionali, debitamente motivati, in particolare dall’oggetto dell’accordo quadro” (comma 4); “Le amministrazioni non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, distorcere o limitare la concorrenza” (comma 5).

I due commi sopra riportati dettano altri due limiti all’utilizzo dell’accordo quadro, oltre a quello poco prima evidenziato¹⁰⁶: si procede a stabilire una limitazione temporale all’accordo stesso (quattro anni), eludibile solo in casi eccezionali doverosamente motivabili da parte del committente pubblico; si ribadisce la ferma volontà del legislatore europeo di assicurare la massima concorrenzialità delle procedure. Un accordo temporalmente troppo esteso rischierebbe di limitare la concorrenza¹⁰⁷ e di escludere un buon numero di imprese medio-piccole dall’aggiudicazione dell’intesa quadro e dei relativi contratti applicativi¹⁰⁸, falsando così la concorrenza¹⁰⁹.

Riguardo, infine, all’esigenza di tutelare il buon svolgimento delle procedure d’accordo quadro, è opportuno sottolineare che tale previsione è strettamente collegata a quella contenuta al comma 4, nonché al divieto di rinegoziazione delle offerte di cui al comma 3; tutte e tre le statuizioni costituiscono i principi ispiratori dell’accordo quadro, quelli che nessuna stazione appaltante può ignorare nella concreta applicazione dello strumento negoziale. Senza il necessario rispetto di tali principi, l’accordo quadro rischia di prestarsi a quelle distorsioni della concorrenza e a quegli abusi che la normativa europea mira ad evitare, venendo meno alle finalità che gli sono proprie.

Segue: paragrafo 3. Accordo quadro con un solo operatore economico

La seconda fase del procedimento ha sollecitato la maggiore attenzione dei commentatori, lasciando intendere che le disposizioni di cui ai paragrafi precedenti costituiscono solo una sorta di “necessario” preambolo al vero “cuore” della disciplina riguardante l’innovativa tecnica di committenza, alla parte che contiene le previsioni ermeneuticamente più suscettibili di attirare le attenzioni della dottrina. D’altro canto, proprio a causa di tanto “sospetto” interesse scientifico, è ben possibile immaginare che dette statuizioni normative si presentino piuttosto oscure e di difficile interpretazione.

Iniziando la disamina dall’accordo quadro stipulato con un solo operatore economico, occorre analizzare quanto disposto dall’art. 32, par. 3: “*Quando un accordo quadro è concluso con un solo operatore economico*¹¹⁰, gli appalti basati su tale accordo quadro sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell’accordo quadro. (comma 1)

¹⁰⁶ A. MASSARI e M. GRECO, *Le nuove direttive comunitarie sugli appalti*, Rimini, 2006, 34. Gli Autori individuano gli stessi limiti, definendoli però come “principi” che trovano applicazione nell’accordo quadro.

¹⁰⁷ L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 20.

¹⁰⁸ L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, cit., 85.

¹⁰⁹ F. DALLARI, *Proposta di Direttiva*, cit., 1343.

¹¹⁰ Di tale intenzione l’amministrazione deve, ovviamente, dare notizia nel bando di gara. In questo senso, L. BELLAGAMBA, *L’accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 20.

Per l'aggiudicazione di tali appalti, le amministrazioni aggiudicatrici possono consultare per iscritto l'operatore parte dell'accordo quadro, chiedendogli di completare, se necessario, la sua offerta. (comma 2)''

Il punto critico di questo tipo di accordo quadro è rappresentato dal completamento dell'offerta, il quale deve sottostare al divieto di apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate originariamente tra stazione appaltante e impresa aggiudicataria¹¹¹. A tal proposito, in letteratura si sono manifestate due posizioni interpretative: la prima tende a negare che il completamento dell'offerta possa integrare gli estremi di una sua negoziazione, giacché "l'operatore con cui è stato sottoscritto l'accordo è unico ed, evidentemente, il completamento dell'offerta da parte di questo non è di per sé in grado di alterare la concorrenza"¹¹²; la seconda, al contrario, evidenzia i rischi connessi ad una simile pratica, affermando che "in concreto è da valutare che il completamento dell'offerta non integri in realtà una rinegoziazione dell'accordo"¹¹³.

Pare più persuasiva la seconda tesi, anche perché si dimostra in linea con i numerosi moniti del legislatore comunitario in favore della tutela della concorrenza e della *par condicio* fra le imprese partecipanti alle gare d'appalto, come mostrato nei paragrafi precedenti.

In sostanza, il completamento dell'offerta deve involgere modifiche "non sostanziali" dell'accordo (quindi, *a contrario*, esso deve essere conforme alle prescrizioni fissate inizialmente)¹¹⁴ e la sua necessità deve essere congruamente motivata dalla pubblica amministrazione¹¹⁵, onde evitare il sorgere di controversie giurisdizionali aventi ad oggetto il mancato rispetto da parte di questa delle disposizioni della direttiva unificata sull'accordo quadro. Ragionando per assurdo, se fosse consentito alla stazione appaltante di stravolgere le condizioni fissate nell'accordo mediante richiesta di completamento dell'offerta, l'impresa aggiudicataria sarebbe posta nella singolare situazione di essere risultata vincitrice di una procedura d'appalto (quella finalizzata alla conclusione dell'accordo medesimo) in virtù di un'offerta contenente delle modalità di esecuzione del contratto, le quali non saranno rispettate e, addirittura, risulteranno modificate in sede di affidamento dei contratti applicativi. Da tutto ciò emerge una palese violazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza dell'azione amministrativa, potendo gli operatori economici non aggiudicatari dell'accordo censurare il comportamento della stazione appaltante, la quale ha concluso un'intesa quadro su determinate basi (espresse, in parte, già nel bando di gara) per poi variarle *in toto* al momento di affidare gli appalti.

Segue: paragrafo 4. Accordo quadro con più operatori economici (comma 1)

¹¹¹ Come rileva Caranta: "È peraltro evidente che le condizioni essenziali, quali *in primis* il prezzo, debbono essere già fissate dall'accordo quadro, onde evitare l'elusione della *par condicio* tra i concorrenti in sede di aggiudicazione". Cfr. R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 449.

¹¹² L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, cit., 86.

¹¹³ L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 20.

¹¹⁴ D. SCERBO e N. SIGNORETTA, *La direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, cit., 432.

¹¹⁵ L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 20.

Decisamente più complessa si presenta la disciplina degli accordi quadro stipulati con diversi operatori economici in ragione delle probabili difficoltà applicative che si presenteranno al momento di applicare il nuovo istituto; difficoltà derivanti dalla scarsa chiarezza del testo comunitario.

“Quando un accordo quadro è concluso con più operatori economici il numero di questi deve essere almeno pari a tre, purchè vi sia un numero sufficiente di operatori economici che soddisfano i criteri di selezione e/o di offerte accettabili corrispondenti ai criteri di aggiudicazione”(art. 32, par. 4, comma 1).

Innanzitutto, è palese la preoccupazione della normativa comunitaria inerente a possibili utilizzi dell'accordo quadro in elusione alla disciplina sulla concorrenza; in secondo luogo, si sottolinea la necessità di almeno tre operatori economici per garantire un'effettiva concorrenzialità delle procedure; infine, con formulazione assai poco chiara, si stabilisce che detta prescrizione è soggetta a due condizioni: “che vi sia un numero sufficiente di concorrenti, selezionabili secondo i requisiti di ammissione, e/o che vi sia un numero sufficiente di offerte accettabili secondo i criteri di aggiudicazione previsti, prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa”¹¹⁶.

Proprio quest'ultima disposizione della direttiva, come anticipato, non riesce di facile comprensione all'interprete in quanto non è ben definito a cosa si riferisca il “numero sufficiente di concorrenti e di offerte” cui viene fatto riferimento. L'interpretazione più convincente fa coincidere tale “numero sufficiente” con la soglia minima di tre operatori fra cui è stipulabile un accordo quadro multiplo¹¹⁷, dal momento che, altrimenti, non si riuscirebbe a definire quale sia effettivamente detto numero e che apparirebbe assai sconsigliabile rimettere la definizione del medesimo alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, decisione che comporterebbe una palese violazione del principio di trasparenza e correttezza dell'attività amministrativa.

Quanto alle due condizioni cui si faceva riferimento poc'anzi, esse trovano la loro ragion d'essere solo per quei settori di mercato in grado di annoverare un numero di imprese sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza (ossia tre soggetti economici in possesso dei requisiti di ammissione e/o in grado di presentare offerte conformi ai criteri di aggiudicazione), mentre per quelli in cui la predetta soglia non è raggiungibile sembrerebbe legittimo supporre che si possa concludere un accordo quadro con solo due operatori, atteso che il confronto concorrenziale avverrebbe pur sempre tra questi ultimi. In tal senso confortano le riflessioni di alcuni Autori: “La norma richiede un numero minimo di operatori economici. Tale soglia, ovviamente, risulta applicabile laddove esista, in concreto un numero sufficiente di operatori”¹¹⁸ in grado di soddisfare i due prerequisiti enunciati.

Sempre in questa direzione muovono le riflessioni di altra parte della dottrina, che è giunta alla seguente conclusione: “*Resta la considerazione logica che nulla osta alla possibilità che gli*

¹¹⁶ L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 6.

¹¹⁷ Per accordo quadro “multiplo” si intende l'accordo raggiunto con più operatori e opposto pertanto a quello “singolo”, stipulato con uno solo di essi. Va precisato, fra l'altro, che tale terminologia non compare nel testo normativo europeo.

¹¹⁸ L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive*, cit., 86 (corsivo non dell'originale)

operatori economici individuati siano soltanto due, considerato che tale numero sarebbe comunque l'esito di un confronto concorrenziale pieno"¹¹⁹.

Non convincono, al contrario, le tesi (minoritarie, peraltro, nel panorama dei commenti alla direttiva unificata) di coloro che vorrebbero interpretare la coppia di condizioni esaminata alla stregua di un duplice previsione derogatoria al numero minimo di imprese con cui è stipulabile un accordo quadro multiplo¹²⁰. Contro una simile lettura delle disposizioni normative depone il dato letterale della direttiva, che fa seguire alla previsione di un numero minimo di tre imprese la frase "*purché* vi sia un numero sufficiente...ecc.", laddove il termine "*purché*" vale per "se", "nel caso in cui", "a condizione che" e non per – come suggerito da alcuni interpreti – "a meno che": in sostanza, la congiunzione citata introduce non un'eccezione al periodo precedente, bensì una condizione per la sua realizzazione. Con la conseguenza che, se detta circostanza non si dovesse inverare (presenza di un'entità numerica sufficiente di imprese con requisiti e/o offerte corrispondenti al bando di gara), il limite minimo dettato dal legislatore europeo potrebbe essere ritenuto derogabile e si potrebbe addivenire alla conclusione di accordi quadro con solo due imprese.

Sul punto si noti, però, quanto segue: la derogabilità *de qua* non deriva dalla realizzazione concreta delle due condizioni indicate ma, anzi, dalla mancata concretizzazione delle stesse; il voler dare un'interpretazione diversa alla direttiva non è rispondente alla sua impostazione sintattico-grammaticale¹²¹.

¹¹⁹ L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 6 (corsivo dell'originale)

¹²⁰ L. BELLAGAMBA, *loc. cit.* L'Autore parla di derogabilità della soglia minima a condizione che si ravvisino i due criteri previsti dalla direttiva.

¹²¹ A titolo di chiarimento sulla posizione dottrinale opposta a quella sostenuta da chi scrive, si riporta un esempio: "*Se alla gara partecipano n. 5 concorrenti, dei quali uno viene escluso per mancanza di un requisito di ammissione e un altro per anomalia della sua offerta (o solo economica o tecnico-economica), i n. 3 soggetti individuati devono essere ammessi a stipulare l'accordo quadro; se alla gara partecipano n. 3 soggetti, dei quali uno viene escluso per mancanza di un requisito di ammissione e un altro per anomalia della sua offerta, l'accordo quadro (pur se aperto, come da bando, a più soggetti) può essere stipulato con l'unico soggetto rimasto*" (cfr. L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 6.).

L'esempio esposto non appare esente da critiche laddove contempla il caso di accordo stipulato con un solo operatore per il fatto che, nella fattispecie in esame, non si ha per nulla un numero *sufficiente* di soggetti economici che soddisfano alternativamente i criteri di ammissione o quelli di valutazione delle offerte: nel primo caso i soggetti sono solo due, nel secondo addirittura solo uno.

Volendo assecondare il ragionamento dell'Autore, sarebbe proponibile un ulteriore esempio, forse maggiormente rispondente alle intenzioni dell'interprete: si supponga che alla gara di accordo quadro partecipino tre operatori, tutti ammissibili a partecipare alla procedura; di questi, due presentano offerte accettabili, mentre il terzo viene escluso per anomalia dell'offerta; ebbene, a seguire l'interpretazione di Bellagamba, l'accordo quadro sarebbe legittimamente concludibile con i due operatori selezionati, anche se il numero minimo previsto non è stato rispettato, poiché vi è un numero sufficiente di imprese rispondenti ai requisiti stabiliti dal bando.

Oppure, ancora: si immagini che dei tre operatori *de quibus*, tutti in possesso dei requisiti di partecipazione, solo uno presenti un'offerta accettabile; allora la stazione appaltante potrebbe legittimamente concludere l'accordo con il solo operatore rimasto. Viceversa, si consideri una quarta possibilità: si ipotizzi che tre operatori partecipino alla gara, ma solo due dei predetti siano in regola con i criteri di ammissione, mentre il terzo ne sia sprovvisto; in tale circostanza l'accordo quadro non dovrebbe essere concluso, giacché non vi sarebbe assolutamente un numero sufficiente né di "concorrenti selezionabili secondo i requisiti di ammissione" (sono infatti solo due e non tre).

Da questi esempi, volutamente paradossali, ci si può facilmente rendere conto della cerveloticità della tesi criticata nel corso della trattazione ed riprodotta in questa nota; una tesi la quale finirebbe per sostenere, se portata alle estreme conseguenze, che il vero criterio di derogabilità finirebbe per essere la presenza o meno di almeno tre candidati in possesso dei requisiti di ammissione fissati dal bando, essendo improbabile che possano presentare offerte inaccettabili dei concorrenti non abilitati a partecipare alla gara di accordo quadro. Ma ciò finirebbe per

Segue: *paragrafo 4. Accordo quadro con più operatori economici (comma 2)*

Seconda quanto disposto dall'art. 32, par. 4, comma 2 della direttiva unificata, gli appalti basati su un accordo quadro concluso con diversi operatori economici possono essere aggiudicati in due modi differenti: "o mediante applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo quadro senza nuovo confronto competitivo, oppure, qualora l'accordo non fissi tutte le condizioni dopo aver rilanciato un nuovo confronto competitivo fra le parti"¹²².

Risulta, pertanto, evidente che nel primo caso (aggiudicazione degli appalti senza rilancio del confronto competitivo) l'accordo quadro deve definire esattamente tutte le clausole del contratto da aggiudicare e che tale circostanza lo avvicina di molto alla figura dell'accordo stipulato con un solo operatore, di cui al paragrafo precedente. A tal proposito annota un Interprete: "(Il divieto di rinegoziazione delle offerte) assume una rilevanza ancora maggiore nell'ipotesi di cui al paragrafo 4 del medesimo art. 32, "quando un accordo quadro è concluso con più operatori economici". Il rispetto del divieto di rinegoziazione sostanziale dell'offerta contrattuale resa nella gara di accordo quadro comporta proprio *l'illegittimità radicale della gara informale che l'amministrazione sia tentata di porre in essere fra i "più operatori economici in questione", essendo del tutto inconferente il fatto che essi siano stati individuati con confronto concorrenziale aperto*. La direttiva stronca sul nascere questa «tentazione»¹²³. E significativamente conclude, andando oltre il dato letterale del testo normativo europeo¹²⁴: "Va detto che il principio del possibile completamento dell'offerta è analogicamente applicabile anche per l'ipotesi"¹²⁵ degli accordi quadro multipli non necessitanti di un nuovo confronto competitivo per l'affidamento dei contratti applicativi.

In merito, invece, al secondo caso esaminato (aggiudicazione di appalti ricompresi in un accordo quadro multiplo mediante rilancio del competizione fra gli operatori economici) la questione appare più complessa per diversi motivi.

Innanzitutto, presupposto per un rinnovato confronto fra i partecipanti all'accordo è che quest'ultimo non definisca tutte le condizioni contrattuali, rendendo indispensabile quindi un nuovo esame di ciò che sono disposte ad offrire le diverse imprese da parte del soggetto pubblico. A conferma di ciò, si consideri che la direttiva unificata dispone che la ripresa del confronto deve avvenire alle medesime condizioni definite in sede di conclusione dell'intesa quadro, se necessario precisandole, "*oppure ad altre condizioni indicate nel capitolato d'onere dell'accordo quadro*" (art. 32, par. 4, comma 2): quali siano queste diverse condizioni presenti nel capitolato d'onere non è dato sapere, dal momento che il legislatore ha usato una formulazione volutamente aperta che non consente di distinguere dette prescrizioni da quelle fissate nell'accordo quadro, né scorrendo il testo comunitario si può riscontrare alcun

contraddire la duplicità di condizioni presupposta in via preliminare dai fautori di questa teoria, subordinando la seconda alla prima e in qualche modo assorbendola nella stessa.

¹²² D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *Guida alle nuove direttive appalti*, cit., 100.

¹²³ L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 19 (corsivo dell'originale; fra parentesi un'aggiunta rispetto al testo citato).

¹²⁴ Per la verità, detta considerazione sembra ampiamente condivisibile anche se non aderente in maniera rigorosa alle statuizioni della direttiva unificata.

¹²⁵ L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 20.

chiarimento in tal senso. Si tenga presente, comunque, che essendo ricomprese in un documento di gara accessibile alle parti le succitate condizioni sono sicuramente note alle imprese aggiudicatrici dell'accordo, le quali ne avranno tenuto conto nel formulare le rispettive offerte originarie, ragion per cui non si vede l'utilità di questa ulteriore precisazione normativa. Il solo dato presumibilmente certo è che le stazioni appaltanti non possono inserire le clausole in esame nel capitolato d'oneri all'atto dell'aggiudicazione dei contratti applicativi, ma che esse devono essere presenti già al momento della costituzione dell'accordo, ravvisandosi altrimenti una violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento¹²⁶.

In secondo luogo, la direttiva unificata si preoccupa di fornire una dettagliata descrizione delle modalità con cui deve avvenire il rilancio competitivo. Essa stabilisce a tal proposito la seguente procedura (c.d. rilancio competitivo): "1. per ogni appalto da aggiudicare le amministrazioni aggiudicatrici consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;

2. le amministrazioni fissano un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto specifico tenendo conto di elementi quali la complessità dell'oggetto dell'appalto e il tempo necessario per la trasmissione delle offerte;

3. le offerte sono presentate per iscritto e il loro contenuto deve stare riservato fino alla scadenza del termine previsto per la loro presentazione;

4. le amministrazioni aggiudicatrici aggiudicano ogni appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri fissati nel capitolato d'oneri dell'accordo quadro"¹²⁷.

Da quanto riportato, è facile rilevare come la procedura descritta vada soggetta al rispetto di tre principi fondamentali: segretezza delle offerte, trasparenza, ragionevolezza.

Il principio di segretezza delle offerte è sancito laddove si stabilisce che esse non possono essere aperte prima della scadenza del termine per il loro invio, evitando così che il soggetto pubblico possa prendere in visione il contenuto di alcune di esse e favorire indebitamente determinati operatori a danno di altri (in ciò detto principio costituisce espressione di quello, più generale, di *par condicio*)¹²⁸. La trasparenza, invece, viene garantita attraverso l'uso delle comunicazioni scritte, intese a scongiurare il rischio di "abboccamenti informali" tra la pubblica amministrazione e certe imprese parti dell'accordo quadro, abboccamenti che potrebbero tradursi in pratiche potenzialmente distorsive della concorrenza. Infine, il criterio della ragionevolezza appare lampante allorché viene disposto che il termine di presentazione delle offerte debba

¹²⁶ "Il rilancio del confronto competitivo deve trovare comunque fondamento nell'accordo quadro ormai stipulato, sempre per il generale divieto che a gara conclusa si possano introdurre clausole contrattuali diverse da quelle che la concorrenza aveva conosciuto in occasione della gara stessa". Cfr. L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti.*, cit., 7-8.

Lo stesso Autore precisa, inoltre, che: "Le "condizioni" in base alle quali avviene questo confronto concorrenziale possono essere soltanto: a) le "medesime" dell'accordo quadro stipulato, "se necessario" precisate (sia con debita motivazione della eventuale necessità della precisazione medesima, sia con l'estrema accortezza di non generare un *aliud pro alio*); b) "altre condizioni" rispetto a quelle che regolano l'accordo quadro stipulato, purchè siano preventivamente previste nel "capitolato d'oneri" che già dalla gara disciplinava l'accordo quadro e il loro utilizzo risulti ora opportuno ("se del caso)". Cfr. L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 8, n. 5. (corsivo non dell'originale)

¹²⁷ A. MASSARI e M. GRECO, *Le nuove direttive comunitarie sugli appalti*, Rimini, 2006, 31-32.

¹²⁸ L. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 8.

essere stabilito in relazione a due criteri: la complessità dell'oggetto dell'appalto; il tempo necessario per la trasmissione delle offerte¹²⁹.

Ulteriore questione interpretativa è rappresentata dalla qualificazione giuridica della procedura testè descritta, acclarato che essa rappresenta una modalità operativa *sui generis* rispetto a quelle ordinarie (aperta, ristretta, negoziata con e senza bando), nonché al dialogo competitivo.

Il solo dato certo è rappresentato dalla non riconducibilità della procedura *de qua* a quella aperta: a una simile identificazione osta il fatto che non possono partecipare ad essa tutti gli operatori che ne facciano richiesta, ma solo coloro che sono risultati aggiudicatari dell'accordo quadro previamente stipulato¹³⁰. Parimenti poco convincente appare l'accostamento della medesima alla procedura ristretta sempre per la ragione che non tutti gli operatori economici interessati possono far richiesta partecipazione, ma solo quelli selezionati nella prima fase: è, però, opportuno evidenziare come la fase di prequalificazione propria della procedura ristretta possa, in qualche modo (ma piuttosto impropriamente), far sorgere delle analogie con la prima parte della procedura di accordo quadro¹³¹.

Sicuramente più valido sembra essere, al contrario, l'accostamento con la procedura negoziata preceduta da bando, dati i numerosi elementi di affinità che essa presenta con il modulo operativo analizzato: la somiglianza, naturalmente, attiene alla possibilità per la amministrazione di consultare per iscritto le imprese aggiudicatarie dell'accordo quadro e di negoziare/perfezionare con esse le offerte, migliorandole o adattandole opportunamente rispetto a quelle presentate in sede di conclusione dell'intesa quadro. A questo riguardo, la direttiva unificata dispone che le stazioni appaltanti consultino per iscritto "gli operatori economici in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto", statuizione la quale parrebbe suggerire che il soggetto pubblico non è tenuto a consultare *tutte* le imprese facenti parte dell'accordo, bensì solo quelle che reputa in grado di soddisfare le sue concrete esigenze: ciò potrebbe contribuire ad aumentare la discrezionalità di cui gode il committente pubblico, prestando il fianco a possibili episodi di cattivo uso del potere discrezionale; dall'altro, anche ammettendo una eventualità di tal genere, non si riuscirebbe a comprendere l'utilità di aver concluso un accordo quadro con un determinato numero di operatori economici se, all'occorrenza, solo alcuni di essi sono in grado di poter dare esecuzione all'appalto.

Infine, merita qualche breve riflessione la possibilità di impiegare l'istituto del dialogo competitivo al fine di rilanciare il confronto competitivo fra le parti dell'accordo quadro. In via preliminare, occorre precisare che tale soluzione operativa è stata delineata prima

¹²⁹ L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 8.

Più in generale, altri Autori hanno espressamente sancito che "Il rilancio competitivo deve necessariamente avvenire nel rispetto dei principi generali cui le procedure ad evidenza pubblica devono conformarsi, primo fra tutti il principio di parità di trattamento e di imparzialità". Cfr. G. VERDE, *Il dialogo competitivo, l'accordo quadro ed il sistema dinamico d'acquisizione nella nuova direttiva comunitaria sugli appalti*, cit., 4.

¹³⁰ D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *Guida alle nuove direttive appalti*, cit., 89. L'art. 1, par. 11 della direttiva unificata stabilisce che: "La procedura aperta è la procedura a cui qualsiasi operatore economico interessato può presentare offerta". Va precisato, fra l'altro, che questa tipologia procedurale corrisponde all'asta pubblica prevista nell'ordinamento italiano.

¹³¹ Per un commento sulla procedura ristretta si rimanda ai seguenti contributi dottrinali: D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *op. cit.*, 90; S. BANDINI ZANIGNI, *Appalti pubblici*, cit., 83 ss.; C. GIURDANELLA, G. CAUDULLO, *La direttiva unica appalti*, cit., 52-53.

dell'emanazione della direttiva unificata, mentre erano ancora in corso i lavori preparatori del nuovo testo normativo europeo e quindi non si poteva prevedere l'esatto ambito di applicazione del dialogo competitivo. Posta questa necessaria premessa, è opportuno sottolineare che i fautori dell'impiego dello strumento dialogico-competitivo nella seconda fase dell'accordo quadro sostengono che detto istituto, in virtù della flessibilità operativa che lo contraddistingue, ben si presta al perfezionamento e al completamento delle offerte volte all'aggiudicazione dell'appalto. Più precisamente: "The question of revision or completion of bids ...is ...difficult. (...) There appear to be two main possibilities. One is to introduce provisions allowing for amendment, etc., of bids under certain conditions in open or restricted procedures, when a contract is being awarded pursuant to a framework (...) The second possibility ... is to introduce *a new form of procedure* for awarding contracts pursuant to framework agreements. If appropriate, this could be the *new general competitive dialogue procedure or, if that procedure is not suitable (for example, because it is to be developed as a form of procedure suitable only for complex procurement), a form of procedure special to framework awards*"¹³². Come si può evincere da quanto sin qui detto, il legislatore comunitario ha optato per la seconda possibilità (introduzione di una procedura speciale per gli accordi quadro), probabilmente ritenendo i presupposti applicativi del dialogo competitivo incompatibili con la semplice aggiudicazione degli appalti facenti parte di un accordo quadro concluso con più imprese.

6. Profili critici della disciplina comunitaria

Come già accennato nei paragrafi precedenti, la dottrina italiana e quella straniera non hanno mancato di sottolineare la presenza di passaggi interpretativi poco chiari nelle disposizioni della direttiva 2004/18/Ce dedicate all'accordo quadro: in particolare, si è evidenziata la problematicità dell'accordo quadro stipulato con più operatori economici, soprattutto in ordine alle concrete modalità della sua stipulazione e all'affidamento dei contratti applicativi. Meno controverso è apparso, invece, sin da subito l'accordo concluso con un solo operatore forse per la sua stretta affinità con l'analogia figura prevista dalla direttiva 93/38CEE sui "settori esclusi", di cui è stato dato ampio conto nella parte iniziale del presente articolo.

In virtù di quanto affermato sopra, quindi, è inevitabile aggiungere che buona parte dei rilievi critici che si andranno ad esporre riguardano le ipotesi di accordo quadro multiplo; questo, però, non significa che nell'analisi seguente si perderà di vista l'altra tipologia di intesa quadro, quella con una sola impresa, evidenziandosi all'opposto alcune criticità comuni ad entrambe le

¹³² S. ARROWSMITH, *Framework purchasing and qualifications lists, under the European procurement directives: part II*, cit., 181. L'Autrice delinea successivamente i caratteri della nuova procedura: " This procedure should provide for the most part of the same rules as the open and restricted procedure – for example, on advertising requirements, and on selection and award criteria. However, it should also provide the flexibility necessary to operate framework agreements, including by permitting the authority to allow revisions, etc., to bids. (...) The rules governing revisions ...should not be too prescriptive, but should allow purchaser to adopt a procedure suitable for market in question". Cfr. S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 181-182.

In definitiva, la procedura che l'Autrice suggerisce dovrebbe essere la risultante della combinazione tra le regole di *par condicio* e trasparenza, proprie delle procedure aperte e ristrette, e la flessibilità caratteristica della procedura negoziata. Detta impostazione si presenta assai simile a quella seguita nel corpo del testo, tendente ad avvicinare la nuova procedura a quella negoziata preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara; pubblicazione che, sola, può garantire la precisa e ferma determinazione dei criteri secondo cui i contratti applicativi saranno affidati, nonché l'esistenza di una "effettiva" riapertura del confronto competitivo.

figure negoziali. Concludendo, va ancora precisato che fra le obiezioni sollevate dalla dottrina si trascureranno volutamente quelle inerenti alla configurazione giuridica dell'istituto¹³³, dal momento che di esse si è avuto modo di trattare diffusamente nei paragrafi che precedono il presente.

Una prima obiezione della dottrina all'accordo quadro inerisce alla reale possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di stipulare un accordo quadro con più operatori ricorrendo alle consuete procedure di gara (aperta, ristretta, negoziata), dovendosi concludere dette procedure con l'individuazione di un'unica offerta aggiudicataria: al contrario, nell'accordo quadro multiplo la prima fase di gara deve chiudersi con l'identificazione di più vincitori¹³⁴ per ciò stesso ammessi a far parte della figura negoziale esaminata. A tal riguardo, si è sottolineato in letteratura come la possibilità di selezionare più aggiudicatari per un medesimo accordo quadro renda piuttosto complesso stipulare il medesimo con molteplici operatori economici”, dal momento che risulta assai improbabile che più operatori possano aver offerto lo stesso prezzo oppure offerte presentanti gli stessi profili qualitativi. L'unica soluzione in grado di conferire un senso alle nuove disposizioni europee sull'accordo quadro sembra essere quella di consentire la stipulazione dell'accordo quadro con gli operatori economici che abbiano presentato le migliori offerte, a patto che in sede di trasposizione della direttiva si individuino “un numero minimo di contraenti che renda significativo il rilancio del confronto competitivo o quantomeno, fissando una percentuale di scarto tra le offerte che consenta – se non di fissare il prezzo – di individuare un intorno rispetto al quale il prezzo si trovi a gravitare”¹³⁵.

Sicuramente è lecito dubitare della piena rispondenza di una simile interpretazione con il dato letterale della direttiva, tuttavia non appaiono esperibili altri rimedi per ovviare alle suddette difficoltà ermeneutiche. Parimenti, si consideri che la fissazione di un “intorno di prezzi” non sembra in grado di risolvere tutti i problemi applicativi connaturati allo strumento analizzato, giacché risulta di scarsa utilità nell'ipotesi di un accordo quadro stipulato con operatori che abbiano presentato offerte qualitativamente differenziate. In simili circostanze, la possibilità di affidare i contratti prefigurati nell'accordo quadro senza nuovo confronto competitivo sarà del tutto trascurabile e si dovrà procedere ad individuare comunque un criterio di scelta tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro: quello della rotazione, ad esempio¹³⁶.

Una seconda critica attiene, al contrario, all'ipotesi in cui l'accordo quadro multiplo necessiti di un rilancio del confronto competitivo per potere aggiudicare gli appalti in esso ricompresi: a tal proposito, si è giustamente osservato che, “provvedendosi a una seconda gara, *non è chiaro che cosa gli aggiudicatari dell'Accordo abbiano conseguito con l'aggiudicazione*”¹³⁷. Una possibile spiegazione all'interrogativo sollevato dalla predetta impostazione interpretativa potrebbe essere quella di attribuire all'accordo quadro multiplo la funzione di creare una sorta di “albo di fornitori”, a cui, successivamente, la stazione appaltante

¹³³ Per un esame esaustivo della tematica si rimanda a F. DALLARI, *Proposta di Direttiva*, cit., 1342-1343.

¹³⁴ *Rectius*, di più offerte risultate aggiudicatarie.

¹³⁵ R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 450.

¹³⁶ R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, 450.

¹³⁷ D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *Guida alle nuove direttive appalti*, cit., 100. (corsivo non dell'originale)

si rivolgerà per soddisfare i propri bisogni¹³⁸ o comunque di fornire “una rosa di candidati la cui qualificazione è stata già accettata a monte di ogni singola gara d'appalto”¹³⁹. Restano nondimeno forti perplessità sull'attribuzione all'accordo quadro di finalità proprie dei sistemi dinamici di acquisizione, non comprendendosi quale sia l'utilità di aver introdotto due figure differenti per perseguire lo stesso obiettivo.

Collegata al rilievo sopra esposto è la constatazione che gli operatori economici aggiudicatari dell'accordo potrebbero non concludere alcun contratto accessivo, nel caso in cui risultassero sempre soccombenti nelle successive gare: per quest'ultimi, quindi, l'aggiudicazione dell'accordo quadro si sarebbe risolta nella mera possibilità di essere stati interpellati, avvicinando così l'istituto in esame ad una sorta di sistema dinamico di qualificazione¹⁴⁰.

Di differente tenore, ma non di minore importanza, sono i dubbi espressi riguardo al rapporto intercorrente tra “l'offerta formulata per aggiudicarsi l'accordo quadro e quella successiva espressa nel confronto competitivo”¹⁴¹: in questo caso il rischio palesato dalla dottrina è che in sede di rilancio concorrenziale le amministrazioni siano “tentate” di richiedere “ulteriori «sconti» alle imprese aggiudicatarie con possibile grave pregiudizio in ordine all'esecuzione del contratto”¹⁴² e, soprattutto, alla trasparenza ed alla correttezza delle procedure di gara.

Sul rapporto tra le due offerte la direttiva unificata non dispone espressamente; ciononostante, sembra logico attendersi che il divieto di utilizzare l'accordo quadro con finalità distorsive della concorrenza debba essere applicato anche al fine di prevenire l'eventualità enunciata *supra*, specie nella fase di consultazione scritta tra amministrazione committente e imprese.

Passando quindi ad esaminare le obiezioni interpretative comuni ad entrambi i tipi di accordo, non si può tacere che le maggiori preoccupazioni della dottrina riguardino proprio le possibili utilizzazioni dell'istituto aventi effetti limitativi della concorrenza; utilizzazioni non rispettose delle statuizioni normative comunitarie e, pertanto, contrari ad una corretta interpretazione dell'art. 32 e delle altre norme riferibili all'accordo quadro¹⁴³.

Si è allora sottolineato il problema del completamento delle offerte in sede di affidamento dei contratti applicativi di un accordo quadro, insistendo sulla limitazione di tale facoltà agli aspetti non sostanziali dell'offerta di modo che non risultino stravolti i risultati della prima fase della procedura; si è altresì sollevata la questione della durata degli accordi quadro e degli effetti della medesima sulla concorrenza. Può trascorrere un intervallo di tempo piuttosto lungo

¹³⁸ S. BANDINI ZANIGNI, *Appalti pubblici*, cit., 103.

¹³⁹ C. GIURDANELLA, G. CAUDULLO, *La direttiva unica appalti*, cit., 64.

¹⁴⁰ D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *op. cit.*, 100.

¹⁴¹ D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *loc. cit.*

¹⁴² D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *loc. cit.*

¹⁴³ Come rileva un'Aatrice: “Article 32(2) states that entities may not use framework agreements improperly or in such a way to restrict or distort competition. *One problem with frameworks is that parties may wish to make amendments either to tendered terms or to entity's specification or conditions ... The same issue can arise in any award procedure, but since with frameworks there is generally a longer period before awarding each contract, it is a particular problem.* Here Article 32(2) states that the parties may under no circumstances make substantial amendments to the terms in the framework agreement ...; and Article 32(3) that with a framework with a single operator, contracts shall be awarded within the limits of the terms laid down in the framework. This latter provision appears, however, *to be subject to the possibility of making non-substantial changes to terms as envisaged in Article 32(2)*”. Cfr. S. ARROWSMITH, *An assessment of the new legislative package on public procurement*, in *Common Market Law Review*, 2004, V, 1293 ss.

dall'aggiudicazione dell'accordo quadro alla stipulazione del contratto ad esso accessivo: durante tale periodo le specifiche tecniche fissate in sede di conclusione dell'intesa possono essere variate in modo sensibile per molteplici motivi (evoluzione tecnologica, invenzione di nuovi prodotti, brusche variazioni del prezzo dei materiali, etc.), e potrebbe risultare necessario ricorrere ad un completamento dell'offerta che si spinga "fisiologicamente" un po' oltre a quanto stabilito nella prima parte della procedura, coinvolgendo aspetti dell'accordo quadro che sono tutto fuorché non sostanziali o secondari.

In sede di applicazione del nuovo istituto, quindi, le amministrazioni dovranno dimostrarsi abili nel destreggiarsi fra le ineludibili esigenze del rispetto della concorrenza e della parità di trattamento e le altrettanto inevitabili opportunità di perfezionamento delle offerte sopra esposte: un compito sicuramente difficile, che richiederà un'accurata opera di recepimento dello strumento da parte del legislatore nazionale al fine di restringere eventuali indebiti spazi di discrezionalità concessi al soggetto pubblico dal testo europeo.

Dato conto delle principali obiezioni interpretative rivolte all'accordo quadro è interessante notare come proprio il pericolo di usi illegittimi dell'accordo quadro rappresenti una costante nei vari commenti della dottrina susseguiti dalla sua introduzione nei "settori esclusi" (tramite la direttiva 93/38/CEE) sino all'emanazione della direttiva unificata, a dimostrazione del fatto che il nuovo testo comunitario, forse, non ha risolto tutte le problematiche interpretative legate all'istituto¹⁴⁴; problematiche che, con differenze fra loro più o meno marcate, si sono protratte nel corso del tempo restituendo all'interprete una figura negoziale di difficile inquadramento giuridico, nonché accompagnata da delicati profili di attuabilità da parte del soggetto pubblico.

7. L'accordo quadro nel codice dei contratti pubblici

Il legislatore italiano ha provveduto a introdurre nell'ordinamento nazionale l'accordo quadro recependo la direttiva unificata con il d.lgs. n.163 del 2006.

La disciplina dell'accordo quadro è contenuta nell'art. 59: quest'ultimo introduce una sola importante innovazione laddove prevede che "*Per il caso di cui al comma 6 (accordi quadro con più operatori economici in cui sono fissate tutte le condizioni), l'aggiudicazione dell'accordo quadro contiene l'ordine di priorità, privilegiando il criterio della rotazione, per la scelta dell'operatore economico cui affidare l'appalto*" (comma 7).

7.1 Problematiche connesse all'accordo quadro con più operatori economici

L'introduzione del criterio della rotazione risponde alle perplessità espresse da parte della dottrina sulla reale esperibilità di un accordo quadro stipulato con più operatori economici¹⁴⁵;

¹⁴⁴ In riferimento a ciò si vedano i più volte citati contributi di Nobile e Arrowsmith. In particolare, quest'ultima Autrice ha evidenziato sin dal 1999 quali potevano essere le criticità e le opportunità dell'introduzione dell'accordo quadro nei "settori classici", conducendo un'accurata indagine sulla disciplina dei *framework agreements* britannici e dell'analoga figura prevista nella direttiva 93/38/CEE. Per ulteriori approfondimenti in materia si rimanda a: A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, cit., 200 ss.; S. ARROWSMITH, *Framework purchasing and qualifications lists*, cit., 181 ss.

¹⁴⁵ Sul punto si veda il già citato contributo di Caranta contenuto in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 450.

posta questa premessa, è possibile affermare che il nuovo criterio, lungi dal risolvere i problemi interpretativi più annosi, ne ingenera altri.

Si è evidenziato in letteratura come l'aggiudicazione dell'accordo quadro si baserà su una graduatoria di merito relativa alle offerte tecniche ed economiche, nell'ambito della quale sarà pressoché inevitabile per l'aggiudicatore ricorrere ai concorrenti classificati in posizione deteriore al primo al fine di selezionare le parti dell'accordo stesso. Un simile modo di operare dovrà perciò trovare adeguata giustificazione nell'effettiva esigenza di stipulare un accordo con più fornitori e, soprattutto, garantire che la seconda e la terza offerta classificate risultino conformi ai criteri di aggiudicazione previsti nel bando di gara: in nessun caso, infatti, si potrebbe legittimare l'affidamento della fornitura o del servizio a condizioni particolarmente deteriori (soprattutto sul piano del prezzo) rispetto a quelle migliori selezionate in esito alla procedura di aggiudicazione¹⁴⁶. Il criterio della rotazione non vale di per sé, dunque, a giustificare la scelta di affidare l'appalto ad un concorrente diverso da quello meglio classificato, dovendo una decisione del genere trovare fondamento in ragioni oggettive e, comunque, sempre nei limiti di "offerte accettabili corrispondenti ai criteri di aggiudicazione"¹⁴⁷ (art. 59, comma 5).

In merito alle ragioni oggettive che giustificherebbero il ricorso al secondo o al terzo concorrente meglio classificato in graduatoria, la dottrina ha suggerito varie ipotesi ricostruttive: in primo luogo, si è richiamata l'ipotesi di suddivisione della stessa commessa su più imprese "per ragioni di efficienza della stessa"¹⁴⁸; in secondo luogo, si sono poste in rilievo eventuali "considerazioni di tipo "esogeno" al contratto e pure egualmente apprezzabili su un piano di interesse generale o sociale"¹⁴⁹, legittimanti l'affidamento dell'appalto ad imprese diverse da quella che ha presentato l'offerta migliore¹⁵⁰; infine, è stato prospettato il caso nel quale "il primo fornitore al superamento di un dato quantitativo abbia costi aggiuntivi, per cui incrementerebbe anch'esso il prezzo, onde può essere giustificato rivolgersi al secondo"¹⁵¹.

Tuttavia, a parte queste particolari ipotesi, è possibile affermare che sia il meccanismo della rotazione sia quello dello scorrimento della graduatoria delle offerte paiono di difficile attuazione, specie se essi comportano richieste di revisione in diminuzione del prezzo al secondo classificato o ai successivi: in tali casi, infatti, si avrebbe una forma inammissibile di rinegoziazione delle offerte, con evidente pregiudizio dell'aggiudicatario iniziale¹⁵².

Queste, in sintesi, le considerazioni di quella parte di dottrina che, pur esprimendo riserve sulla modifica introdotta dal codice dei contratti pubblici, ne riconferma l'utilità e la piena validità.

¹⁴⁶ A. MASSARI e M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Rimini, Maggioli, 2006, 74.

¹⁴⁷ A. MASSARI e M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, cit., 73.

¹⁴⁸ A. MASSARI e M. GRECO, *op. cit.*, 73; L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 7. (l'Autore in questione parla di "più lotti di affidamento")

¹⁴⁹ A. MASSARI e M. GRECO, *op. cit.*, 73.

¹⁵⁰ Sarà compito del capitolato d'oneri o del bando di gara individuare in maniera precisa "i parametri oltre ai quali le offerte saranno considerate "non accettabili" ai fini in discorso". Cfr. A. MASSARI e M. GRECO, *op. cit.*, 74.

¹⁵¹ A. MASSARI e M. GRECO, *op. cit.*, 74.

¹⁵² A. MASSARI e M. GRECO, *op. cit.*, 74.

Al contrario, un secondo filone interpretativo tende a negare qualsiasi vantaggio all'aver previsto il criterio della rotazione per l'aggiudicazione degli appalti "a valle" di un accordo quadro multiplo. Si è osservato che essendo molteplici gli operatori coinvolti nella procedura, l'accordo quadro dovrebbe già aver stabilito chi sarà l'affidatario dell'appalto. Pertanto la necessità oggettiva di affidare gli appalti a più operatori economici dovrebbe essere manifesta sin da quando si avvia la gara; se tale necessità non risultasse, non sembrerebbe ragionevole andare ad individuare comunque più operatori. In virtù di questa considerazione, si dimostrerebbe quanto meno inutile la previsione aggiuntiva introdotta dal codice rispetto alla direttiva¹⁵³.

Si è sottolineato, inoltre, come la predetta previsione codicistica potrebbe rappresentare una lesione del principio di concorrenza e ingenerare una conseguenziale richiesta di disapplicazione da parte del concorrente primo in graduatoria, che si vedrebbe assoggettato al criterio della rotazione pur avendo presentato la miglior offerta tecnico-economica¹⁵⁴.

8. L'accordo quadro nel Regno Unito

Terminato l'esame dell'accordo quadro a livello europeo e nazionale, sembra opportuno procedere ad un sintetico confronto con il recepimento del medesimo istituto avvenuto in Gran Bretagna. Detta comparazione consentirà di rilevare le prime indicazioni interpretative della Commissione europea sullo strumento in parola, contribuendo parzialmente a dissipare i dubbi sulla natura giuridica dell'accordo quadro avanzati nelle pagine precedenti.

8.1 *L'Explanatory Note on Framework Agreements: i ragguagli interpretativi della Commissione*

Preliminare all'analisi dell'implementazione degli accordi quadro in Gran Bretagna è l'esame di un documento della Commissione Europea, da cui la legislazione e la dottrina britannica sono state fortemente influenzate: il riferimento è alla *Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive*¹⁵⁵.

Dopo aver ribadito la definizione di accordo quadro contenuta all'art. 1, par. 5 della direttiva unificata e averla confrontata con l'analoga presente nel testo normativo dedicato ai "settori esclusi"¹⁵⁶, la nota esplicativa della Commissione procede ad analizzare i vari tipi di accordo quadro presentati dalla direttiva "settori classici" introducendo un criterio distintivo differente da quello sin qui utilizzato per identificare le varie tipologie di intesa quadro: in luogo della distinzione fra accordi con un solo operatore e accordi con più operatori, infatti, il documento della Commissione parla di "*two different situations: framework agreements that establish all the terms and those which do not establish them all*".

Come si può notare, tale classificazione è già stata impiegata nel corso del presente articolo ma non per definire l'accordo quadro nel suo complesso, quanto per porre in rilievo l'esistenza di due differenti tipologie di intesa quadro "multipla" (art. 32, par. 4); in questo caso, invece, la

¹⁵³ L. BELLAGAMBA, *L'accordo quadro. Nella direttiva 2004/18/Ce e nel codice dei contratti*, cit., 7. (corsivo sottolineato non dell'originale)

¹⁵⁴ L. BELLAGAMBA, *loc. cit.*

¹⁵⁵ Document CC/2005/03_rev 1 of 14.7.2005.

¹⁵⁶ Direttiva 2004/17/Ce.

suddivisione investe la figura esaminata in tutta la sua interezza, senza prestare attenzione al numero di imprese aggiudicatarie dell'accordo.

La Commissione precisa poi la distinzione summenzionata chiamando “*framework contrats*” gli accordi che definiscono tutte le condizioni contrattuali, e “*framework agreements* stricto sensu” quelli che non stabiliscono ogni clausola contrattuale.

Sul punto l'*Explanatory Note* è inequivocabile: “It is useful to recall that framework that establish all the terms (framework contracts) are traditional public contracts (...) They are legal instruments under which the terms applicable to any orders under this type of framework agreement are set out in a binding manner for the parties to the framework agreement”; e, subito dopo, precisa piuttosto elliticamente: “It is also conceivable that the contracting authority is not obliged to use the framework contract – it nevertheless remains a framework contract if, once the decision to use has been taken, the conditions are then established in a definitive manner”¹⁵⁷ (nota 7).

In merito ai “*framework agreements* stricto sensu”, il testo della Commissione europea stabilisce che essi sono “by definition incomplete: this type of framework either does not include certain terms or does not establish in a binding way all the terms necessary so that any subsequent orders under the framework agreement can be concluded without any further agreement between the parties. In other words, some terms still have to be established subsequently” (par. 1.1.).

Quali termini debbano essere stabiliti in seguito è questione che la nota europea rimette alle legislazioni nazionali, e lo stesso dicasi per la modalità di completamento dell'offerta in occasione del rilancio competitivo fra le parti.

Tuttavia, rispetto alle due problematiche appena sollevate, ben più rilevante si presenta l'interrogativo se un operatore economico “who is party to a framework agreement (single or multiple) that *establishes all the terms* is obliged to deliver the agreed goods, work or services under the terms established” (par 1.1.) e, soprattutto, se “the contracting authority may possibly compel him to do so” (par 1.1.): per risolvere tale criticità interpretativa la Commissione rimanda alle legislazioni nazionali di riferimento, offrendo una soluzione che non appare affatto convincente per differenti ragioni. Sarebbe logico attendersi che l'impresa aggiudicataria dell'accordo consegni beni e servizi al committente pubblico nel pieno rispetto delle condizioni fissate all'atto della conclusione dell'intesa stessa, essendo altrimenti totalmente priva di utilità la prima fase della procedura; parrebbe inoltre singolare che l'amministrazione appaltante in un primo tempo concordasse i termini dell'accordo con l'aggiudicatario e, successivamente, non potesse disporre dei mezzi per pretenderne il rispetto¹⁵⁸.

¹⁵⁷ A dir la verità, con un simile chiarimento la Commissione si pone di nuovo nella circostanza di dover giustificare l'utilità della stipulazione dell'accordo quadro, atteso che, secondo essa, i committenti pubblici sarebbero poi perfettamente liberi di non utilizzarlo.

¹⁵⁸ Di differente tenore è, al contrario, la questione se un operatore economico possa obbligare una stazione appaltante a ordinare beni, servizi o lavori (nel contesto di un'intesa quadro che determini tutte le condizioni negoziali): la risposta parrebbe essere positiva con la sola eccezione della sopravvenienza di imprevisti motivi di interesse pubblico legittimanti la decisione del soggetto pubblico di non aggiudicare alcun appalto nell'ambito di un accordo quadro. In sostanza, sembra illogico supporre che un'amministrazione appaltante concluda un accordo quadro per poi risolversi a non affidare alcun contratto in esso ricompreso. Parimenti, risulta difficilmente giustificabile che un operatore parte di un accordo quadro multiplo non si veda aggiudicato mai alcun appalto, non

La Commissione europea ha deciso di dedicare separata trattazione alle due fasi della procedura di accordo quadro. In merito alla prima fase (par. 2.) la Commissione ribadisce che per concludere un'intesa quadro le autorità aggiudicatrici seguono le ordinarie procedure (aperta, ristretta, negoziata con o senza bando), con tutte le regole in tema di pubblicità, limitazioni temporali, criteri di esclusione, selezione e aggiudicazione che ne derivano (par. 2.2.). A quest'ultimo riguardo è interessante notare come il documento comunitario affronti il problema dell'applicabilità o meno del dialogo competitivo per la stipulazione di un accordo, già sollevata più volte nel presente lavoro, stabilendo che: “No provision in the Directive explicitly prohibits the possibility of concluding framework agreements at the end of a competitive dialogue; *it is however difficult to imagine cases where the conditions governing the use of a competitive dialogue would be satisfied and where a framework agreement would be practicable*” (par. 2.2.). La conclusione della Commissione si appalesa perfettamente in linea con le considerazioni di quella parte della dottrina che affermava l'incompatibilità tra dialogo competitivo e accordo quadro (nell'ambito di una stessa procedura), visti i presupposti antitetici da cui i due strumenti prendono le mosse¹⁵⁹.

Sempre con riferimento alla prima fase, l'*Explanatory Note* tratta della questione, decisiva per l'esperienza britannica, inerente alla conclusione e all'utilizzo di un medesimo accordo quadro da parte di più amministrazioni aggiudicatrici: a tal riguardo, viene stabilito che “These contracting authorities must be identified explicitly in the contract notice, either by naming them directly in the notice itself or through reference to other documents (e.g. the specifications or a list available from one of the contracting authorities, etc.)”¹⁶⁰ (par. 2.2.). La puntualizzazione della Commissione risponde all'ovvia esigenza di tutelare il principio di trasparenza anche nella procedura di accordo quadro, impedendo che nuove amministrazioni possano beneficiare degli appalti ricompresi in detto strumento senza esserne originariamente parte e così violando le prescrizioni contenute nell'art. 32, par. 2: “Framework agreements can only be used between the contracting authorities and the economic operators originally party to the framework agreement”¹⁶¹.

Per ciò che concerne la durata degli accordi quadro, la Commissione ha preso in considerazione le possibili eccezioni alla durata massima fissata dalla direttiva unificata in quattro anni. Nella nota in commento si osserva, in primo luogo, che: “The duration of framework agreement is limited to 4 years, which is also the case for the contracts based on framework agreement. However, framework agreements may have a longer duration in

riuscendosi altrimenti a comprendere cosa egli ha conseguito aggiudicandosi l'accordo stesso: ed è proprio per ovviare a questa criticità che il legislatore italiano ha deciso di introdurre il criterio della rotazione.

¹⁵⁹ C. VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, cit., 1140.

¹⁶⁰ La nota della Commissione provvede a fornire un esempio pratico di ciò che è affermato *supra*: “For example, in the case of a framework agreement concluded by a central purchasing body (...), it would not therefore be sufficient to indicate that the agreement can be used by “contracting authorities” established in the Member State in question. In fact, such an indication might not render it possible to identify the entities that are parties to the agreement due to the difficulties that may arise in determining whether an entity does not meet the definition of a body governed by public law. On the other hand, a description permitting immediate identification of the contracting authorities concerned – for example “the municipalities of x province or of x region” – renders it possible to verify the provision of Article 32 (2)” (par. 2.2., nota 14).

¹⁶¹ Nell'efficace sintesi della Commissione: “In other words, framework agreements constitute a closed system which no-one else can enter, either as a purchaser or a supplier” (par. 2.2.).

“exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement. Thus, for example, a longer duration could be justified in order to ensure effective competition for contracts in question if its performance required investment with a depreciation period of more than 4 years” (par. 2.1); quindi, si pone attenzione sulle finalità perseguite tramite la limitazione temporale degli accordi quadro: “The limitation of the duration (...) may help avoid or limit the problem associated with the presence of dominant suppliers (...) Other initiatives could therefore prove useful, even necessary, e.g. a *division into lots* of an appropriate size with a prohibition on tendering for all the lots – which could moreover be a useful instrument for *promoting the participation of SMEs in public procurement under framework agreements*”¹⁶² (par. 2.1.).

Con riferimento alla seconda fase l’*Explanatory Note* distingue ben quattro tipologie di accordo quadro a seconda della modalità di aggiudicazione dei contratti applicativi:

“framework agreements that establish all the terms and are concluded with a single economic operator (individual framework contracts)” (par. 3.1.): per questo di accordi quadro non vi è alcuna possibilità di completare l’offerta finale e, di conseguenza, gli ordinativi saranno effettuati secondo i termini stabiliti nell’intesa iniziale e nei limiti (in particolare, sia per ciò che attiene al tipo di prodotti, lavori o servizi richiedibili, sia per i quantitativi) fissati nella medesima;

“multiple framework agreements that establish all the terms (multiple framework contracts)” (par. 3.2.): limitatamente a questa categoria di contratti-quadro la nota della Commissione richiama l’art. 32, par. 4, comma 2 della direttiva unificata, il quale stabilisce che i contratti applicativi in essi ricompresi sono aggiudicati mediante applicazione dei termini fissati nell’accordo quadro senza riaprire il confronto competitivo. Il documento europeo rileva, altresì, come la direttiva unica non tratti esplicitamente della questione riguardante la scelta dell’operatore cui affidare l’esecuzione di specifici ordinativi e suggerisce, in via supplementare, il cosiddetto “*cascade method*”: tale metodo di scelta prevede che il committente pubblico contatti dapprima l’operatore economico la cui offerta per l’aggiudicazione dell’accordo quadro sia stata considerata la migliore dalla stazione appaltante e, solo se quest’ultimo non è capace o interessato a fornire i beni e servizi richiesti, passi a contattare il secondo classificato in graduatoria. Comunque, anche l’utilizzo di una simile modalità operativa deve essere conforme ai principi di trasparenza e non discriminazione, essendo ammissibile esclusivamente una scelta fondata su criteri oggettivi e conoscibili da parte di tutti i concorrenti;

“framework agreements that do not establish all the terms (framework agreements *stricto sensu*) and are concluded with a single economic operator” (par. 3.3.): in questo tipo di accordo quadro i contratti accessivi sono affidati dopo avere consultato l’operatore economico per iscritto e avergli chiesto di fornire ulteriori informazioni in aggiunta alla sua offerta. In conseguenza di tale completamento dell’offerta, il contratto sarà aggiudicato mediante la combinazione dei termini posti nell’accordo originario e di quelli stabiliti durante il confronto tra

¹⁶² Finalità, del resto, già evidenziate nel corso dei paragrafi precedenti. Va aggiunto inoltre che il problema della partecipazione delle piccole e medie imprese agli accordi quadro era stato avvertito in sede comunitaria sin dalla presentazione della prima proposta di direttiva da parte della Commissione, COM (275) del 10 maggio 2000. Cfr. M. MARAGHELLI, *La nuova direttiva europea sugli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, cit., 11-12.

l'amministrazione appaltante e l'impresa aggiudicataria, con il solo limite rappresentato dal divieto di apportare modifiche di carattere sostanziale ai primi;

“multiple framework agreements that do not establish all the terms (multiple framework agreements *stricto sensu*)” (par. 3.4.): per l'aggiudicazione dei precitati accordi si deve ricorrere alla procedura di “*mini-competition*” disciplinata dall'art. 32, par. 4, comma 2. La Commissione ha preso in considerazione l'ipotesi di accordi quadro multipli suddivisi in lotti stabilendo che, in queste particolari circostanze, “there is no obligation to consult those parties not covered by the framework agreement for the type of supplies that are the subject of the specific contract in question” e che “in this written consultations, the contracting authorities indicate the object of the specific contract for which tenders are requested and time limit for their submission”. Infine, relativamente all'affidamento dei contratti, si ribadisce che tale operazione avviene sulla base dei criteri di aggiudicazione contenuti nel capitolato d'onori dell'accordo quadro; ma si provvede a precisare, subito dopo, quanto segue: “It should be emphasised that the award criteria do not have to be the same as those used for the conclusion of the framework agreement itself. Thus, it would be entirely possible to conclude a framework agreement exclusively on the basis of “qualitative” criteria, in terms of the most economically advantageous tender, and to base the award of specific contracts solely on the lowest price, naturally on condition that this criterion was set out in the specifications of the framework agreement”¹⁶³.

Segue: *il recepimento della direttiva 2004/18/Ce nel Regno Unito*

In Gran Bretagna la direttiva unificata è stata recepita mediante l'emanazione delle *Public Contracts Regulations 2006*¹⁶⁴, ossia dei regolamenti riguardanti i contratti pubblici per il 2006: tali regolamenti¹⁶⁵ hanno ripreso sostanzialmente le disposizioni del testo normativo europeo senza apportare significative variazioni né di forma né, soprattutto, di contenuto¹⁶⁶.

Per ciò che concerne gli accordi quadro, la nuova disciplina britannica dei contratti pubblici detta una definizione che riprende quella presente nella direttiva “settori classici”, prevedendo sia accordi con un solo operatore che accordi con più operatori. Secondo parte della dottrina britannica, detta definizione (e quindi anche quella della direttiva europea) “do not impose any legal obligation on either party to buy or supply any requirement that should arise”¹⁶⁷, ma non chiarisce “*how the Directive's /Regulations' rules on framework apply to an*

¹⁶³ Merita rilevare che la citata possibilità di aggiudicare l'accordo quadro con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, successivamente, di procedere all'affidamento degli appalti con il metodo del prezzo più basso non è contemplata dalla direttiva unificata ma, nondimeno, appare perfettamente conforme alle finalità che informano il testo normativo europeo. E tra quest'ultime la flessibilità assume un ruolo certamente decisivo.

¹⁶⁴ Public Contracts Regulations 2006 (SI 2006/5).

¹⁶⁵ Di seguito “*regolamento del 2006*”.

¹⁶⁶ “These largely repeat the Directive's provisions, sticking closely to the Directive's text, but they do omit or add some points”, osserva Sue Arrowsmith. Cfr. S. ARROWSMITH, *Implementation of the new EC procurement Directives and the Alcatel Ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance*, in *P.P.L.R.*, 2006, III, 93.

¹⁶⁷ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 94.

agreement that gives rise to a legal obligation on the part of purchaser to purchase all or certain amount or proportion of its requirement from a specific economic operator”¹⁶⁸.

In letteratura si è sostenuta la non assimilabilità degli accordi quadro con la figura del contratto pubblico, secondo il seguente ragionamento: “ i. An agreement that gives rise to a legal obligation on the part of the purchaser to purchase all or a certain amount or proportion of its requirement from a specific economic operator in itself is a public contract as defined in the Regulations/Directive.

ii. A public contract is not itself a framework agreement since a framework agreement is an agreement concerning the award of future public contracts by the procuring entity, *and if the agreement itself is a public contract the relevant contract(s) have already been awarded*. Future orders under the agreement may serve to complete or clarify the terms of the parties’ dealing, but *these orders are undertaken pursuant to the original contract rather than new contracts*. *If such binding arrangements with a supplier are not framework agreements under the public sector rules*, this does not mean that they are not allowed, since *they may simply be awarded as contracts under the Directive in the normal way*. What it means, *however, is that the specific provisions on frameworks in the Directives*, such as the presumption against framework of more than four years duration, *will not apply*¹⁶⁹.

iii. Agreements establishing the terms on which future contracts will be awarded other than those referred to under i) above *are not*, on other hand, public contracts as defined in the Regulations/Directives”¹⁷⁰.

Si nega qualsiasi carattere contrattuale all’accordo quadro, stabilendo che, se anche in alcuni accordi fosse dato rintracciare la presenza di un vincolo tra amministrazione e privati, tale legame avrebbe l’effetto di ricondurre l’accordo citato alla categoria del contratto pubblico e non a quella del *framework agreement*, esentandolo dall’applicazione della disciplina comunitaria sugli accordi quadro.

Come si può ben notare, la suddetta linea interpretativa si pone in netto contrasto con quella della Commissione esposta nella nota esplicativa commentata nel precedente paragrafo: secondo l’organo comunitario, infatti, “All agreements setting out terms for future supply in which the terms do not need to be supplemented are themselves “traditional public contracts” . This includes (...) multi-supplier frameworks that do not involve a minimum, and also single-supplier frameworks that establish all the terms, including both those that commit the purchaser to obtaining all or part of its requirements from the framework supplier, and those that do not. In other words, the Commission Note takes a very broad view of what is a public contract (...) The

¹⁶⁸ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 94. In definitiva, questa tipologia di accordi quadro avrebbe un carattere vincolante per l’amministrazione committente e sarebbe ascrivibile alla categoria del contratto pubblico.

¹⁶⁹ Rielaborando le considerazioni sopra espresse: l’accordo che fissa tutte le condizioni può essere ritenuto un contratto pubblico ai sensi della direttiva unificata; d’altro canto, un contratto pubblico non è necessariamente e sempre un accordo quadro, giacché quest’ultimo si preoccupa solamente di disciplinare l’aggiudicazione dei contratti futuri in esso ricompresi, ma non provvede ad affidarli direttamente; tuttavia, se si considera l’accordo quadro come un normale contratto pubblico, tale negozio può essere concluso seguendo le ordinarie procedure previste dal testo comunitario senza ricorrere alle norme di cui all’art. 32. Da ciò, in ultima analisi, si dedurrebbe l’inutilità di aver introdotto la copia di un istituto già presente nel panorama degli appalti pubblici comunitari.

¹⁷⁰ S. ARROWSMITH, *Implementation of the new ... Directives*, cit., 94 (corsivo non dell’originale).

concept of framework agreements in the Directives includes all types of arrangements referred (...) above, including (...) binding single-supplier arrangements”¹⁷¹.

In definitiva, la Commissione rovescia l’interpretazione dei *framework agreements* offerta da parte della dottrina britannica escludendo dal novero dei contratti pubblici solo gli accordi quadro *stricto sensu*: una simile operazione appare condivisibile laddove qualifica contratti a pieno titolo gli accordi non bisognosi di rilancio del confronto competitivo o di completamenti da parte degli offerenti; è meno condivisibile quando non definisce la natura giuridica delle intese che non fissano tutte le loro condizioni. Al fine di ovviare a quest’ultimo problema, pare opportuno includere dette intese fra i contratti pubblici; contratti sicuramente peculiari proprio perché non definiti in tutti i loro elementi costitutivi, ma pur sempre vincolanti per entrambe le parti che aderiscono (il modello che più li richiama potrebbe essere quello dei *marchés à commandes* francesi), non riuscendosi altrimenti a comprendere l’utilità di uno strumento che svolga nulla più che una semplice funzione programmatica (peraltro non cogente) nell’ambito delle amministrazioni pubbliche.

Oltre alla classificazione dei *framework agreements*, la dottrina e la legislazione britanniche si occupano di altre due questioni inerenti agli accordi quadro: la possibilità che più soggetti pubblici stipulino un medesimo accordo; le procedure per affidare i contratti applicativi “a valle” dell’accordo.

In merito alla prima criticità, i dubbi degli interpreti si appuntano sulla modalità di identificazione delle autorità che stipulano l’accordo quadro; più precisamente, ci si domanda se le stazioni appaltanti debbano puntualmente essere individuate nel bando di gara, oppure se basti a tal scopo una generica indicazione della tipologia di amministrazione che farà parte dell’accordo quadro. Sul punto la dottrina ha prospettato differenti interpretazioni: in primo luogo, si è detto che ciascuna autorità appaltante deve essere identificata individualmente nel bando di gara, assicurando così il massimo della trasparenza possibile; in secondo luogo, è stato suggerito di procedere alla suddetta identificazione individuale ma non nel bando di gara, bensì in un documento supplementare reso disponibile ai concorrenti; un’altra interpretazione, di gran lunga più flessibile rispetto alle precedenti, prevede che non si indichino affatto nell’avviso di gara i nomi delle amministrazioni concludenti l’accordo, bastando la semplice menzione delle finalità che esse perseguono e della tipologia di ente pubblico cui esse appartengono (università, ospedali, etc.)¹⁷²; infine, l’ultima soluzione interpretativa dispone che le amministrazioni siano indicate in termini assolutamente generici, senza alcuna ulteriore informazione.

Delle rilevate interpretazioni l’ultima sembra violare il principio di trasparenza della procedura ad “evidenza pubblica”, fondamentale nella direttiva unificata. Parimenti, qualche dubbio suscita la terza possibilità citata giacché potrebbe prestarsi ai medesimi usi distorsivi della concorrenza esposti con riferimento alla quarta soluzione.

Compatibili con le disposizioni del testo normativo comunitario, invece, paiono la prima e la seconda soluzione: detti approcci sono rispettivamente fatti propri dalla Commissione nella

¹⁷¹ S. ARROWSMITH, *Implementation of the new EC procurement Directives and the Alcatel Ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance*, cit., 95.

¹⁷² Naturalmente tale menzione va corredata dall’indicazione di un documento o di un sito internet in cui gli operatori economici interessati a partecipare all’accordo quadro possano reperire le informazioni necessarie sulle amministrazioni committenti.

richiamata nota esplicativa allorquando afferma che “*The users authorities must be “identified explicitly” either in the notice*”¹⁷³ oppure, in via residuale, “*by reference to some other document, such as specifications or a list*”¹⁷⁴ (seconda interpretazione).

Con riferimento alla seconda problematica (modalità di affidamento dei contratti accessivi), la dottrina anglosassone ha ripreso la consueta distinzione tra aggiudicazione degli appalti mediante riferimento alle condizioni originarie dell'accordo e utilizzo di una “mini-competition” (ossia riapertura del confronto competitivo). Anche in questo caso non mancano i riferimenti all'*Explanatory Note* della Commissione, riferimenti di segno fortemente critico nei confronti delle posizioni dell'organo comunitario: *nel quadro di un accordo quadro multiplo che fissi tutte le condizioni*, l'obiezione che viene mossa alle osservazioni comunitarie consiste nel reputare veri e propri contratti pubblici solo quelli stipulati nella seconda fase dell'accordo quadro, e non l'intesa nel suo complesso. Ciò comporta che detti contratti dovranno essere aggiudicati conformemente alla direttiva unificata e andranno, pertanto, conclusi solo con il fornitore “*whose tender provides the lowest price or most advantageous offer for the particular order (not for the framework as a whole)*”¹⁷⁵. Un metodo alternativo per scegliere l'aggiudicatario di un contratto applicativo potrebbe consistere nel selezionare un solo vincitore per l'intero accordo, premiando il concorrente che ha presentato l'offerta migliore; in un secondo tempo, qualora il *framework agreement* non obbligasse il fornitore prescelto a soddisfare ogni ordinativo del committente pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe legittimata a concludere il medesimo accordo con altri operatori economici, che darebbero seguito alle richieste del soggetto pubblico in caso di rifiuto del fornitore contatto per primo¹⁷⁶.

Viceversa, nell'ipotesi di un *multiple framework agreement* che necessiti di una riapertura del confronto competitivo (“mini-competition”) in conformità alle regole poste dalla direttiva unificata, il problema che si pone in via principale è quello relativo alla determinazione del prezzo che il committente pubblico dovrà pagare per ottenere i beni o servizi oggetto dell'accordo. L'*Explanatory Note* della Commissione pare avallare “*the possibility that price can*

¹⁷³ S. ARROWSMITH, *Implementation of the new EC procurement Directives and the Alcatel Ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance*, cit., 97.

¹⁷⁴ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 97.

Va precisato che la terza soluzione prospettata non è guardata con sfavore dalla Commissione a due condizioni: le potenziali finalità perseguite dai committenti pubblici attraverso l'accordo quadro devono essere espressamente indicate; dettagliate informazioni sul gruppo di enti utilizzatori dell'accordo devono essere disponibili ai possibili concorrenti.

Contrariamente alla linea seguita dalla Commissione, invece, l'*OGC's Guidance on Framework* pare essere favorevole alla quarta interpretazione, privilegiando l'esigenza di flessibilità. A titolo di precisazione, si consideri che l'OGC (Office of the Government Commerce) è una “executive agency” che dal 2000 ha il compito di organizzare gli acquisti pubblici nel Regno Unito, operando come una sorta di centrale di committenza; essa “svolge anche attività finalizzate allo sviluppo e alla promozione di strumenti innovativi per la razionalizzazione e l'aumento di efficienza delle attività di procurement”. Cfr. D. SCERBO e N. SIGNORETTA, *La direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, cit., 429.

¹⁷⁵ S. ARROWSMITH, *Implementation of the new EC procurement Directives and the Alcatel Ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance*, cit., 99.

¹⁷⁶ Si noti che la dottrina britannica non prende in considerazione il metodo della “rotazione”, suggerito dalla Commissione e ripreso dal codice dei contratti pubblici italiano, per proporre una soluzione che francamente appare cervellotica e di difficile compatibilità con le statuizioni normative della direttiva 2004/18/Ce.

be established through a mini-tender”¹⁷⁷, anche perché una simile facoltà “is important in particular to allow price to be adjusted to new market circumstances, in the case of product and services with volatile price”¹⁷⁸; la dottrina britannica, da sempre favorevole ad una maggiore flessibilità nelle procedure di gara, concorda con il punto di vista dell’organo comunitario¹⁷⁹ seguendo un indirizzo normativo e, prima ancora, giurisprudenziale già proprio della High Court britannica nel caso *Denfleet*.

A titolo conclusivo, è possibile affermare che le differenze tra l’accordo quadro presente nel codice dei contratti pubblici italiano e l’analogo istituto presente nell’ordinamento giuridico del Regno Unito non concernono tanto gli aspetti procedurali della nuova figura negoziale quanto l’interpretazione da dare ad essi, oscillando tra l’esplicita ricerca di flessibilità propria del modello inglese e l’altrettanto decisiva tutela della trasparenza perseguita dal legislatore italiano.

9. La natura giuridica dell’accordo quadro

In dottrina non esiste al momento una risposta univoca alla domanda se l’accordo quadro debba essere considerato un contratto¹⁸⁰.

Sicuramente esso non costituisce un *contratto di somministrazione* (art. 1559 ss. cc.), giacché “in quest’ultimo si possono avere più prestazioni che sono adempiute in tempi diversi ma in base a un impegno unitario ed esaustivo”¹⁸¹: ora, l’impegno che assumono i contraenti dell’accordo quadro – né nella versione francese (*marchés a commandes*), né nell’omologa britannica (*framework agreements*) – non è certo esaustivo in quanto non riporta con esattezza le quantità dei beni e servizi da aggiudicare con i contratti applicativi dell’intesa raggiunta, e ciò vale a eliminare definitivamente ogni sua assimilabilità al contratto di somministrazione.

Similmente l’accordo quadro differisce dal *contratto normativo*, dal momento che quest’ultimo contiene “la disciplina normativa dei negozi giuridici eventuali e futuri, di cui fissa, in via preventiva, i termini, senza con ciò determinare l’insorgenza di rapporti da cui scaturiscono immediatamente diritti ed obblighi per i contraenti”¹⁸²: al contrario, “nell’accordo quadro sembrerebbe difettare il carattere facoltativo ed eventuale della successiva stipula del contratto”¹⁸³.

Tale osservazione permette di rispondere ad uno degli interrogativi sollevati in sede di analisi dei *framework agreements* britannici, e cioè se essi siano vincolanti anche per il soggetto pubblico: la dottrina italiana ha fornito risposta positiva al suddetto quesito analizzando non le

¹⁷⁷ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 100.

¹⁷⁸ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 100.

¹⁷⁹ “This interpretation is also supported by the present author”. Cfr. S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 100.

¹⁸⁰ Le interpretazioni di seguito riportate si riferiscono principalmente (ma non esclusivamente) alla disciplina dell’accordo quadro conforme alla direttiva prevista nel decreto legislativo 158 del 1995, tuttavia possono essere estese anche all’accordo quadro previsto nella nuova disciplina comunitaria sugli appalti pubblici, stanti le numerose affinità riferibili all’istituto in parola e che risaltano ad una lettura comparata dei due testi normativi. Con una sola precisazione: mentre nel caso dell’accordo conforme alla direttiva la natura contrattuale del medesimo non è revocata in dubbio, poiché posta dallo stesso testo normativo; nell’ipotesi caso dell’intesa quadro disciplinata dalla direttiva 2004/18/Ce non è affatto pacifico in dottrina che detta intesa abbia carattere contrattuale.

¹⁸¹ A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, cit., 206; G. MORBIDELLI, *L’appalto comunitario nel settore dell’energia*, cit., 785.

¹⁸² A. NOBILE, *op. cit.*, 206; D. GALLI e C. GUCCIONE, *L’istituto dell’accordo quadro nel decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158*, cit., 16.

¹⁸³ D. GALLI e C. GUCCIONE, *op. cit.*, 16.

“*transactions*” di cui sopra, bensì l’accordo quadro introdotto nell’ordinamento italiano dal d.lgs. n. 158 del 1995 sui c.d. “settori esclusi”, figura che presenta notevoli affinità con le tipologie contrattuali presenti nel Regno Unito. A tal riguardo si è osservato che: “È, infatti, difficile ipotizzare che il legislatore comunitario abbia inteso introdurre una regolamentazione rigidamente procedimentalizzata dell’istituto, lasciando poi le parti medesime libere di concludere *ad libitum* i contratti specifici discendenti dall’accordo quadro e *consentendo al soggetto aggiudicatore di soggiacere o meno al vincolo contrattuale*”¹⁸⁴.

Sotto una differente prospettiva d’analisi, l’accordo quadro non sembra neppure riconducibile al *contratto preliminare* di cui all’art. 1351 del codice civile, attraverso il quale le parti si impegnano a stipulare un futuro contratto, di cui sono definiti i contenuti limitatamente agli elementi essenziali. Anche se quest’ultima eventualità può contribuire ad avvicinare i due istituti, tuttavia detta somiglianza sembra rivelarsi solo parziale e non decisiva per ricondurre l’accordo quadro nella categoria dei contratti preliminari: in questo, difatti, “la determinazione dell’oggetto, che costituisce elemento sostanziale di ogni contratto, si pone come meramente eventuale, attesa la *possibilità per le parti di non indicare la quantità dei prodotti che ne costituiranno l’oggetto*”¹⁸⁵.

Si è anche prospettato che l’accordo quadro sia “un istituto mutuato dalla prassi del commercio internazionale, ove è definito *contrat-cadre o frame agreement*”¹⁸⁶: nei predetti accordi “si definiscono in termini assai generali le categorie di prodotti che saranno scambiati, il loro volume totale, la *ratio* dello scambio globale, il periodo di tempo interessato (da 1 a 5 anni al massimo). Il volume dei singoli beni scambiati viene negoziato periodicamente”¹⁸⁷. Grazie all’accordo quadro, nell’ambito del commercio internazionale, le imprese “possono prevedere le vendite e in genere la produzione in un mercato importante con un alto grado di sicurezza. Gli enti aggiudicatori possono determinare in anticipo i costi o i tipi”¹⁸⁸. Il vantaggio di tale strumento consiste nella sua flessibilità che consente alle parti di organizzare gli scambi tenendo conto dei mutamenti dei prezzi dei prodotti e delle variazioni delle esigenze pubbliche, senza dover rinegoziare ogni volta alcuni punti dell’accordo.

Tuttavia, a parte le finalità comuni all’accordo quadro negli appalti pubblici ed a quello utilizzato nelle transazioni commerciali internazionali, l’analogia tra i due istituti non può essere spinta troppo oltre al fine di non confondere i due differenti campi di applicazione degli strumenti negoziali in esame. Inoltre, l’ipotesi che vuole l’intesa quadro inserita in un rapporto di diretta derivazione dall’omologa figura internazionale non chiarisce affatto la portata giuridica della procedura in esame ed anzi, vista la confusione terminologica con cui essa è designata (si parla di indifferentemente di *contrat cadre* e di *frame agreement*, non rilevando come la nozione di “accordo” e di “contratto” non siano affatto sinonimi ma indichino realtà giuridiche fra loro

¹⁸⁴ D. GALLI e C. GUCCIONE, *op. cit.*, 17 (corsivo non dell’originale).

¹⁸⁵ D. GALLI e C. GUCCIONE, *op. cit.*, 16.

¹⁸⁶ G. MORBIDELLI, *L’appalto comunitario nel settore dell’energia*, cit., 786.

¹⁸⁷ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 786.

¹⁸⁸ V. A. FRIGNANI, *I contratti internazionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, vol. XII, Padova, 1990, 364 ss.

profondamente diverse), non risolve i dubbi attinenti alla eventuale natura contrattuale vincolante dell'accordo quadro tanto a livello comunitario, quanto a livello di Stati membri¹⁸⁹.

Per ovviare a questa *impasse* teorica, parte della dottrina propone di ricorrere alla nozione di “*contratto direttivo*”, che “definisce il contratto che contiene istruzioni generiche o direttive sul modo in cui futuri contratti devono essere stipulati”¹⁹⁰.

Altri ritengono invece che l'accordo quadro si basi sul contratto di commissione francese (*marché à commande*) e che, pertanto, esso costituisca una figura di contratto innovativa a pieno titolo¹⁹¹: sfugge però che, mentre nel contratto di commissione sono fissati il minimo e il massimo delle prestazioni in termini di valore e quantità globali (o in funzione di uno solo di entrambi), nell'accordo quadro è possibile prescindere del tutto dall'indicazione della quantità delle forniture o dei servizi globalmente richiesti e, soprattutto, è da escludere la possibilità di un suo rinnovo fino ad un massimo di cinque anni.

Diversamente, alcuni interpreti hanno proposto l'assimilazione dell'accordo quadro alla tipologia del contratto aperto di manutenzione, utilizzato in caso di lavori pubblici e già previsto dal d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 all'art. 154, comma 2. A detta dei sostenitori di questa interpretazione, volendo ricercare una sorta di antecedente dell'accordo quadro nell'ordinamento italiano, “il richiamo può essere fatto ai cosiddetti contratti aperti (ci si riferisce in particolare al profilo della serialità e ripetitività della prestazione). Il “contratto aperto”, tipico degli appalti di servizi (...) si caratterizza per il fatto che l'appaltatore – che è immediatamente remunerato con certezza per la messa a disposizione dei mezzi di impresa idonei ad eseguire la prestazione in un determinato periodo e normalmente per l'effettuazione di una percentuale minima di prestazione – ha l'obbligo contrattuale di adempiere a richiesta nei limiti della misura massima di prestazione individuata nel bando”¹⁹². Orbene, proprio i caratteri di serialità e di standardizzazione della commessa consentirebbero di modellare gli accordi quadro “sulla falsariga dei contratti aperti”¹⁹³.

Infine, completando la panoramica delle ricostruzioni dottrinali sullo strumento in esame, occorre prendere atto dell'esistenza di una consistente parte di dottrina che nega qualsiasi carattere contrattuale all'accordo quadro¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Poco rileva il fatto che in Francia si parli apertamente di “*marchés a bon de commandes*”, giacché tale categoria negoziale non coincide esattamente con l'accordo quadro, quanto piuttosto ne costituisce un interessante precedente (per un'opinione contraria si veda A. NOBILE, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, cit., 206).

¹⁹⁰ G. MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, cit., 787.

¹⁹¹ Afferma recisamente Nobile: “Si ritiene che la natura giuridica dell'accordo quadro possa agevolmente ricavarsi da quanto detto ... in occasione dei “*marchés à commandes*”... e di conseguenza ritenere l'accordo quadro comparabile... ai contratti di commissione. Pertanto si ritiene che l'accordo quadro sia, in sostanza, una figura nuova di contratto previsto dall'art. 16 del decreto legislativo 158/1995, il quale ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico il contratto “à commandes” che è proprio delle legislazioni dei Paesi membri dell'Unione europea, come, in particolare, la Francia e il Belgio”. Cfr. A. NOBILE, *op. cit.*, 206. (corsivo non dell'originale)

¹⁹² S. MEZZACAPO, *Dialogo competitivo se l'appalto è complesso*, cit., 56. Sulla stessa linea interpretativa: A. MASSARI, M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 75; D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M. A. PORTALURI, F. COLAGIACOMI, *Guida alle nuove direttive appalti*, cit., 99.

¹⁹³ F. DE PEPPA, *I contratti aperti di manutenzione nei lavori pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2006, I, 64.

¹⁹⁴ *Ex pluribus*, si considerino i seguenti contributi dottrinali: M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, cit., 759; M. GATTI, *Appalti pubblici di forniture e servizi*, cit., 25 e C. GIURDANELLA, G. CAUDULLO, *La direttiva Unica Appalti*, cit., 64-65. Se fosse vero che l'accordo quadro costituisse semplicemente una *speciale categoria* degli accordi tra privati e amministrazione (non dunque un

In definitiva sono tre le soluzioni interpretative percorribili per inquadrare giuridicamente l'accordo quadro: la prima propende per la sua riconducibilità al contratto normativo; la seconda propone la sua riconduzione alla figura del contratto preliminare; la terza, infine, lo identifica con i *marchés à commandes* di derivazione francese.

Secondo la prima soluzione l'accordo quadro esula dalla nozione di contratto, quale tipizzato dagli art. 1321 e ss. del codice civile, e può invece farsi rientrare nella figura del c.d. contratto normativo¹⁹⁵ avente la funzione di prefissare il contenuto di contratti *eventuali* e futuri¹⁹⁶. La Cassazione ha definito il contratto normativo come il contratto "avente ad oggetto la disciplina di negozi giuridici eventuali e futuri, dei quali fissa preventivamente il contenuto" e che, però, "*non comporta il sorgere di un rapporto da cui scaturiscono immediatamente diritti e obblighi per i contraenti, ma detta norme intese a regolare il rapporto, nel caso che le parti intendano crearlo*"¹⁹⁷. Proprio la non obbligatorietà della stipulazione successiva dei contratti ricompresi nell'accordo quadro rappresenta l'aspetto di maggiore problematicità della posizione ermeneutica appena analizzata, non riuscendosi a comprendere cosa le parti abbiano raggiunto concludendo l'accordo *de quo*, se non una mera possibilità di addivenire alla formazione di contratti futuri: risultato ben misero dal punto di vista del soggetto pubblico, se si considerano le risorse impiegate per realizzare la sola procedura di scelta degli aggiudicatari o dell'aggiudicatario dell'intesa quadro.

Altri ha rilevato che il contratto normativo non è in alcun modo assimilabile con l'accordo quadro, in quanto appare improbabile che il Legislatore comunitario "al dichiarato fine di voler rigidamente guidare la discrezionalità dell'ente aggiudicatore, eliminando la discrezionalità e improntando alla trasparenza e all'imparzialità la condotta dell'ente stesso, abbia a tal fine formalizzato un istituto rigidamente procedimentalizzato, e abbia al contempo lasciato l'ente medesimo libero di concludere o meno, a suo piacimento, i contratti discendenti dall'accordo quadro e consentito al soggetto aggiudicatario di soggiacere o meno al vincolo contrattuale"¹⁹⁸. Se è vero che la direttiva¹⁹⁹ conferisce agli enti aggiudicare la facoltà di considerare un accordo quadro come un appalto, e, dunque, come *immediatamente e definitivamente vincolante*;

accordo sostitutivo o integrativo di provvedimento, quale prospettato dalla legge 241/1990), occorrerebbe definire comunque i caratteri del medesimo. Ma è proprio qui che l'interprete si troverebbe di fronte a difficoltà di ardua risolvibilità, oscillando le interpretazioni possibili tra un estremo tendente a considerare l'accordo quadro al pari di un'intesa di massima non vincolante per ambo le parti o, al massimo, solo per il soggetto pubblico, e un altro che lo ritiene provvisto di efficacia obbligatoria per tutti i soggetti in esso ricompresi (pubblici poteri inclusi).

¹⁹⁵ Sulla figura del contratto normativo in generale si rimanda a G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Milano, Giuffrè, 1994. L'Autore ricostruisce le principali dottrine storicamente succedutesi aventi per oggetto il contratto normativo, sottolineando icasticamente che "la letteratura" sull'argomento "non è particolarmente ricca di contributi e che, forse anche per questa circostanza, non è finora riuscita in più di cinquant'anni a stabilire qualche punto fermo in materia" (cfr. G. GITTI, *op. cit.*, 233). Conclusione certamente poco incoraggiante per l'interprete che si accinge a inquadrare giuridicamente l'accordo quadro partendo da tale tipologia di contratto; ragion per cui le considerazioni che seguiranno saranno da valutare con estrema cautela, al di là del tono assertivo con cui le propone parte della dottrina.

¹⁹⁶ C. MARTELLI, *Figure innovative del codice dei contratti pubblici: l'accordo quadro*, in *www.giustamm.it*, n. 12, 2006, par. 6. (corsivo non dell'originale)

¹⁹⁷ Cass. Civ., Sez. II, 18.12.1981, n. 6720 (in C. MARTELLI, *op. cit.*, par. 6, corsivo non dell'originale).

¹⁹⁸ E. FONTE, *L'accordo quadro in tema di appalti pubblici*, cit., 154.

¹⁹⁹ Trattasi della direttiva 93/38/CEE. Il riferimento è all'accordo quadro aggiudicato conformemente a detto testo normativo il quale, come già sottolineato, appare *in toto* sovrapponibile all'accordo di cui all'art. 32 della direttiva unificata.

dall'altro lato, occorre rilevare che una gara ha dei costi, talora molto elevati. Che senso avrebbe allora indire una gara se dall'aggiudicazione dell'accordo quadro non sorgesse in capo all'impresa l'obbligo di stipulare il contratto definitivo? E quale interesse potrebbe avere tale impresa ad aggiudicarsi l'accordo quadro se dall'aggiudicazione derivasse soltanto un'aspettativa di fatto?"²⁰⁰.

Tali questioni non consentono tuttavia di escludere che le intese qui analizzate possano, "nella prassi, essere stipulate nei termini di contratti normativi"²⁰¹: il che riporta l'interprete al punto di partenza, senza offrire alcun sicuro canone interpretativo.

Al fine di superare detta *impasse* teorica, alcuni autori hanno proposto di ricondurre gli accordi quadro alla categoria dei contratti preliminari (seconda soluzione interpretativa proposta), superando la genericità contenutistica dell'intesa stessa che, a ben vedere, escluderebbe la sua assimilabilità alla figura contrattuale sopra richiamata. I predetti interpreti, infatti, rimarcano come l'obbligo di indicare il prezzo all'atto della stipulazione dell'accordo²⁰² permetterebbe di attribuire un contenuto minimo al contratto, sfuggendo in tal modo alla sua possibile nullità "per indeterminatezza dell'oggetto"²⁰³. Se si considera, inoltre, che la direttiva 2004/18/Ce prevede che le parti siano libere di indicare, a seconda delle circostanze, le quantità dei beni o servizi richiesti nell'accordo, si comprenderà come quest'ultimo abbia (almeno potenzialmente) un contenuto non generico ma sufficientemente definito, e quindi *vincolante* per le parti allorché decidano di stipulare i contratti applicativi in esso ricompresi.

Tuttavia, anche se per tale via si riuscisse a delineare un contenuto di massima dell'accordo, parimenti non si riuscirebbe a comprendere se sussista in capo al soggetto pubblico la facoltà di "non indire le gare per i singoli contratti attuativi"²⁰⁴, oppure – ipotesi più ragionevole ma di difficile configurabilità pratica – se sul medesimo gravi l'obbligo di aggiudicare comunque detti contratti, incorrendo in una multa penitenziale nelle ipotesi di suo recesso. Nel primo caso l'accordo quadro assumerebbe la veste di contratto preliminare unilaterale estremamente favorevole agli interessi del soggetto pubblico e assai pregiudizievole di quelli della impresa o delle imprese aggiudicatrici²⁰⁵; nel secondo caso, invece, l'accordo si configurerebbe alla stregua di un preliminare bilaterale con multa penitenziale a carico dell'ente pubblico nell'ipotesi di recesso ingiustificato: circostanza, quest'ultima, che potrebbe delineare spiacevoli scenari di contenziosi giurisdizionali azionati dal o dagli aggiudicatari non beneficiari di alcun contratto applicativo.

²⁰⁰ E. FONTE, *L'accordo quadro in tema di appalti pubblici*, cit., 152. (corsivo non dell'originale)

²⁰¹ E. FONTE, *op. cit.*, 152. (in corsivo le modifiche rispetto all'originale)

²⁰² E, sommariamente, le caratteristiche dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti.

²⁰³ E. FONTE, *op. cit.*, 152. *Contra* una simile impostazione teorica Galli e Guccione, i quali affermano che: "Nell'accordo quadro la determinazione dell'oggetto, che costituisce elemento sostanziale di ogni contratto, si ponga come meramente eventuale, attesa la possibilità per le parti di non indicare le quantità di prodotti che ne costituiranno l'oggetto". Cfr. D. GALLI e C. GUCCIONE, *L'istituto dell'accordo quadro nel decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158*, cit., 16.

²⁰⁴ E. FONTE, *op. cit.*, 152.

²⁰⁵ Rilevano Galli e Guccione come sia arduo immaginare che il legislatore comunitario abbia introdotto un istituto rigidamente procedimentalizzato per poi lasciare le parti libere o meno di soggiacere *ad libitum* al vincolo contrattuale, specie da parte del soggetto pubblico. Cfr. D. GALLI e C. GUCCIONE, *L'istituto dell'accordo quadro nel decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158*, cit., 17.

Attesa l'inidoneità dei riferimenti alle riferite tipologie di contratti, si può valorizzare la totale novità del nuovo strumento, che sfugge agli schemi codicistici in quanto, con esso, il legislatore comunitario e poi quello nazionale hanno voluto creare una figura *sui generis*²⁰⁶. Le esperienze di altri Paesi dell'Unione europea possono assumere un ruolo importante per l'interprete, specie in riferimento all'ambito ed alle modalità di applicazione dei *marchés à bons de commande*²⁰⁷ francesi (terza interpretazione proposta), figure contrattuali assai affini alle intese quadro di origine comunitaria.

Il *Code des marchés publics* del 2006 si occupa dei *marchés à bons de commande* all'art. 77, definendoli contratti conclusi con uno o più operatori economici ed eseguiti "au fur et à mesure de l'émission de bons de commande"; tali contratti possono prevedere "un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclus sans minimum ni maximum" e la loro durata non può superare i quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati.

L'emissione dei *bons de commande*²⁰⁸ si effettua senza negoziazione né rimessa in concorrenza dei candidati aggiudicatari del *marchés* stesso, conformemente alle modalità previste in esso.

Da quanto detto sopra, appaiono evidenti le somiglianze che accomunano questa particolare tipologia contrattuale agli accordi quadro comunitari definenti tutte le condizioni dei contratti applicativi. In particolare, rileva sottolineare come i *marchés à bons de commande* escludano espressamente una riapertura della concorrenza fra gli aggiudicatari (in caso di *marchés* conclusi con più operatori) oppure la necessità di negoziazioni ulteriori con l'unico candidato selezionato (nelle ipotesi di *marchés* stipulati con una sola impresa) al fine di dare attuazione ai *bons de commande*, contribuendo in tal modo ad avvicinare ulteriormente l'istituto francese alla tipologia di accordo quadro. Inoltre lo stesso *Code* (trattando degli accordi quadro all'art. 76) dispone che i contratti aggiudicati sulla base di un accordo quadro possono essere dei *marchés à bons de commande*, stabilendo così un legame diretto fra i due istituti che, in questa peculiare ipotesi, finirebbero per sovrapporsi²⁰⁹.

Occorre tuttavia precisare come tale sovrapposizione non sia da considerarsi perfetta, dal momento che ne rimarrebbero esclusi gli accordi quadro necessitanti di una riapertura del confronto concorrenziale poiché non definenti tutte le condizioni d'esecuzione dei contratti applicativi. Al fine di inquadrare questa particolare categoria di accordi non si rivela dunque convincente il riferimento ai *marchés à bons de commande*, anche se il *Code* – diversamente dal codice dei contratti pubblici italiano – ribadisce la piena natura contrattuale di ogni categoria di intese quadro²¹⁰, definendole come "contrats conclus a titre onereux entre les pouvoirs

²⁰⁶ F. DE PEPPA, *I contratti aperti di manutenzione nei lavori pubblici*, cit., 62 ss

²⁰⁷ Il *Code des marchés publics* del 2001 parlava di *marchés à commandes*, mentre quello del 2006 tratta dei *marchés à bons de commande*. A parte la leggera variazione terminologica, non sembrano però intercorrere decisive variazioni sostanziali tra le due figure contrattuali, le quali si possono ritenere pressoché coincidenti ai fini dell'analisi qui condotta.

²⁰⁸ "Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité" (art. 77, comma 1).

²⁰⁹ A. MÉNÉMÉNIS, *Code des marchés publics 2006: quelques points forts*, in *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, ottobre 2006, 1764.

²¹⁰ Si noti che l'interpretazione degli accordi quadro data dal legislatore agli accordi quadro contrasta con quella fornita dalla Commissione europea nella comunicazione interpretativa sugli accordi quadro, di cui si è detto in

adjudicateurs (...) et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services” (art. 1, comma 1): soluzione, quest’ultima, che risolve il problema della natura giuridica degli accordi quadro ma non indica a quale tipologia contrattuale debbano essere ricondotte quelle intese che non prevedono tutte le condizioni di esecuzione dei contratti applicativi.

Come si può evincere dall’ordinamento francese, neppure l’accostamento degli accordi quadro ai *marchés à bons de commande* vale a risolvere tutti i problemi interpretativi sollevati circa la natura giuridica dell’istituto. A questo punto, due sembrano essere le vie percorribili per l’interprete: in primo luogo, è possibile qualificare le intese quadro come *contratti atipici*, assolutamente nuovi per l’ordinamento italiano e, come tali, di caratterizzazione; in secondo luogo, è prospettabile la riconduzione del nuovo istituto comunitario alla fattispecie dei “contratti aperti”, esaminati in sede di rassegna delle principali posizioni dottrinali sul nuovo strumento contrattuale. Tale interpretazione avvicina l’accordo quadro ad una figura negoziale già presente nell’ordinamento italiano e per di più non molto dissimile dai *marchés à bons de commande* francesi; ricordando che finora in Italia i “contratti aperti” sono riferiti agli appalti pubblici di lavori, mentre gli accordi quadro sono impiegabili principalmente nei contratti pubblici di servizi e forniture.

precedenza; in tale documento l’organo comunitario riconosceva infatti natura contrattuale solo agli accordi quadro definenti tutte le condizioni di esecuzione dei contratti in essi ricompresi (c.d. *framework contracts*), mentre la negava per le restanti tipologie di accordi (c.d. *framework agreements stricto sensu*).