

PROF. MARCELLO CLARICH
ORDINARIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
LUISS GUIDO CARLI DI ROMA

RELAZIONE SU:
“CONTRATTI PUBBLICI E CONCORRENZA”¹

Sommario: 1. Premessa; 2. La dimensione “macro” e “micro” della concorrenza; 3. Le ragioni della disciplina speciale dei contratti pubblici; 4. La concorrenza nel diritto europeo e nazionale; 5. Il ruolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell’Autorità nazionale anticorruzione; 6. Concorrenza e applicazione della normativa sui contratti pubblici; 7. La pubblica amministrazione come acquirente nel mercato; 8. La pubblica amministrazione come creatore e regolatore del mercato; 9. Cenni conclusivi.

1. Premessa

La concorrenza è ritenuta generalmente un elemento fondante la disciplina dei contratti pubblici, soprattutto quella di derivazione europea. Quest’ultima ha comportato infatti già da decenni il superamento della matrice “contabilistica” che caratterizzava la normativa nazionale sulla contabilità dello Stato². Nel porre una disciplina dei pubblici incanti, la normativa nazionale privilegiava l’obiettivo di garantire una corretta gestione

¹ La presente relazione è stata presentata al 61° Convegno di Studi Amministrativi, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, 17-19 Settembre 2015, Villa Monastero, Varenna.

² Ci si riferisce alla disciplina contenuta nel r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e nel regolamento attuativo approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824 che hanno costituito per molti decenni la base normativa fondamentale del sistema dei “pubblici incanti”. Essa mirava ad assicurare le condizioni economiche più favorevoli per l’amministrazione mettendo in concorrenza le imprese e a proteggere l’amministrazione dal rischio di collusione tra quest’ultime. La normativa mirava ad un tempo a proteggerla dall’altro rischio di fenomeni corruttivi che vedevano coinvolti i propri funzionari.

del danaro pubblico nell'interesse esclusivo dell'amministrazione committente. Solo di riflesso le norme di contabilità, delle quali era addirittura dubbia l'efficacia interna o esterna, garantivano la *par condicio* tra i concorrenti nell'ambito delle procedure per l'affidamento del contratto³.

Tuttavia, se si prendono in considerazione le tre nuove direttive europee in materia di contratti pubblici⁴, ci si accorge che esse sembrano porre in primo piano una serie di obiettivi diversi da quello della concorrenza.

In particolare la direttiva 2014/24/UE sui settori ordinari chiarisce due aspetti (considerando n. 2): che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; che la normativa contenuta nelle precedenti direttive richiede una revisione al fine di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, di conseguire obiettivi a valenza sociale, di assicurare la certezza del diritto.

Soltanto la direttiva 2014/25/UE sui settori speciali (acqua, energia, trasporti, servizi postali) sottolinea nei primi due considerando che il settore è caratterizzato dalla "*natura chiusa dei mercati*" data l'esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri e che la disciplina introdotta persegue il fine di "*assicurare l'apertura alla concorrenza*".

In realtà, la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi del Trattato in materia di concorrenza (art. 101 e seg. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea), bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi

³ Sull'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici e sull'impatto del diritto europeo con l'emersione dell'interesse all'apertura alla concorrenza, cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, pag. 297 e seg.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, pag. 398 e seg.; S. SIMONE- L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, pag. 119 e seg.

⁴ Cfr direttive 2014/23/UE in materia di concessioni, 2014/24/UE sui settori ordinari, 2014/25/UE sui settori speciali che dovranno essere recepite negli ordinamenti nazionali entro il 18 aprile 2016.

espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive⁵. Da questi principi la Direttiva 2014/24/UE fa derivare i principi della parità di trattamento, di non discriminazione di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza attorno ai quali si sviluppa l'intera disciplina (considerando n. 1).

La stessa Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha come fine «*di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche*» Da queste esigenze discende l'obbligo di osservare «*il principio di parità di trattamento degli offerenti*», nonché l'«*obbligo di trasparenza*» al fine di garantire il rispetto del «*divieto di discriminazione in base alla nazionalità*»⁶.

Del resto anche l'art. 2 del Codice dei contratti pubblici⁷, nell'individuare i principi che ispirano l'intero corpo normativo, pone in primo piano la qualità delle prestazioni e i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. La disposizione aggiunge che l'affidamento dei contratti «*deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché quello di pubblicità*». Potrebbe costituire forse una forzatura instaurare una gerarchia tra l'uno e l'altro gruppo di principi, ma certamente il principio di libera concorrenza non si colloca al primo posto.

Il sostantivo “concorrenza” compare peraltro in molti considerando e articoli delle tre direttive. Così, per esempio, i considerando n. 51 e n. 52 della direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni stabiliscono rispettivamente che in considerazione degli effetti negativi sulla concorrenza, l'aggiudicazione di concessioni senza previa pubblicazione

⁵ Cfr. su questo aspetto L.G. RADICATI DI BROZOLO- M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2002, pag. 806; A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2015, pag. 184. Le libertà in questione sono enunciate dagli art. 45 e seg. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

⁶ Si veda, tra le altre, sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99.

⁷ Approvato con d.lg. 12 aprile 2006, n. 163.

di un bando dovrebbe essere consentita solo in circostanze eccezionali e che la durata di una concessione non dovrebbe essere troppo lunga al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza. L'art. 32 della direttiva 2014/24/CE consente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando in casi tassativi tra i quali rientra anche quello in cui la concorrenza è assente per motivi tecnici, sempre che l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto. In quest'ultima prospettiva, l'art. 42, par. 2, della medesima direttiva prevede che le specifiche tecniche devono consentire pari accesso degli operatori economici e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Ancora, l'art. 55 della medesima direttiva consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il numero di candidati invitati a negoziare e a presentare un'offerta, purché il numero assicuri una concorrenza effettiva.

2. La dimensione “macro” e “micro” della concorrenza.

Per cercare di mettere a sistema i dati normativi generali e quelli più specifici contenuti nelle direttive europee e nel Codice dei contratti pubblici e per inquadrare dunque in modo corretto il rapporto tra concorrenza e contratti pubblici conviene muovere da una prospettiva più ampia che tenga conto anche dei contributi della teoria economica e dell'analisi economica del diritto.

Può essere opportuno anzitutto distinguere una visione della concorrenza per così dire “macro” da una visione per così dire micro “micro”⁸.

Dal primo punto di vista, la normativa sugli appalti pubblici e la politica degli acquisti delle pubbliche amministrazioni si prestano a essere inserite nel contesto più generale dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati. Dal secondo punto di vista, la normativa sugli appalti può essere considerata come volta a disciplinare un singolo atto di scambio tra due attori in mercato determinato, imponendo alla stazione appaltante di

⁸ Più in generale per l'idea secondo la quale domanda di beni, servizi e lavori avanzata dalle pubbliche amministrazioni costituisca un distinto segmento di mercato, anche se non è necessariamente individuabile ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza un mercato rilevante a sé stante in corrispondenza di ogni singola gara pubblica, cfr. A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, 2011, pag. 36. Ciò è pacifico in giurisprudenza: cfr. da ultimo Cons. St., VI Sez., 4 novembre 2014, n. 5423 in un caso riguardante una procedura per il rilascio di una concessione per la distribuzione del gas.

avviare una procedura a evidenza pubblica ogniqualvolta decide di stipulare un contratto avente per oggetto un determinato bene, servizio o lavoro.

Nella dimensione “macro” la pubblica amministrazione può essere considerata come un agente che opera “nel mercato”; in quella “micro” come un agente che crea artificialmente un mercato in relazione al singolo atto di scambio al quale sono interessate una pluralità di controparti (concorrenza “per il mercato”)⁹.

Partendo dalla visione “macro”, conviene ricordare che lo Stato (cioè le pubbliche amministrazioni) può condizionare il funzionamento dei mercati in molti modi¹⁰. Può per esempio assumere la veste di produttore diretto di beni e servizi fruibili da parte dei cittadini, talora gratuitamente, talora dietro il pagamento di un corrispettivo (tramite imprese pubbliche o direttamente con strutture operative interne agli apparati). Può offrire ai privati l'utilizzo di risorse scarse di proprietà pubblica, come il demanio o l'etere (tramite lo strumento della concessione). Può sostenere finanziariamente le imprese attraverso sovvenzioni pubbliche, sempre nel rispetto dei parametri posti dalla disciplina europea in materia di aiuti di Stato. Può mettere in opera sistemi di regolazione e anche di programmazione e pianificazione di certe attività economiche. Può svolgere anche un ruolo, che è quello che qui specificamente interessa, di grande acquirente e utilizzatore di beni e servizi prodotti ed erogati da imprese operanti sui vari mercati.

In Europa, negli Stati Uniti e in molti altri paesi il complesso delle risorse pubbliche mobilitate nel mercato del *public procurement* ammonta a vari punti di prodotto interno lordo¹¹.

⁹ In termini antitrust, non è detto peraltro, come si è precisato alla nota precedente, che ogni gara costituisca un “mercato rilevante” a sé stante.

¹⁰ Su questa prospettiva cf. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pag. 511 e seg.

¹¹ Per alcuni dati riferiti al contesto nazionale cfr. A. CAMANZI, *Introduzione*, in AREL (a cura di), *Contratti pubblici*, Roma, 2013, pag. 20-21. In particolare, nel 2010 il valore complessivo della spesa pubblica in contratti ammontava a 130 miliardi di euro ed era distribuita tra un numero elevatissimo di canali di spesa (29.000 stazioni appaltanti) con un valore medio dei contratti molto basso. Su circa 1.500.000 di contratti 1.200.000 aveva un importo inferiore a 40.000 euro.

Non deve dunque stupire che le strategie di acquisto delle pubbliche amministrazioni, considerate come attori che operano principalmente dal lato della domanda in molti mercati, abbiano effetti sulla struttura e sulle dinamiche competitive di quest'ultimi¹².

Se infatti le procedure di selezione dei fornitori sono efficienti, sono cioè atte a selezionare le imprese in grado di effettuare una prestazione a condizioni di qualità e prezzo ottimali per la stazione appaltante, l'effetto complessivo è quello di favorire il successo sul mercato delle imprese migliori. Se viceversa il processo di selezione è distorto da fenomeni corruttivi o da altri tipi di conflitti di interesse, l'effetto è quello di concorrere al successo sul mercato di imprese capaci di sfruttare a proprio favore le procedure di gara piuttosto che di fornire prestazioni ottimali. Là dove la disciplina degli appalti pubblici e le prassi delle stazioni appaltanti consentono in modo sistematico questo tipo di distorsioni, l'esito è quello di indebolire le imprese e in ultima analisi la capacità competitiva del sistema economico.

Hanno inoltre effetti rilevanti sulle dinamiche competitive che si registrano sui mercati le politiche di acquisto e le regole volte a promuovere la centralizzazione o il decentramento dei centri di spesa. E' noto in particolare che in Italia il mercato delle commesse pubbliche è frammentato in un numero elevatissimo di stazioni appaltanti, con la conseguente frammentazione della domanda pubblica in appalti di importi poco elevati. Ciò può essere conforme almeno entro certi limiti all'obiettivo, esplicitato, come si vedrà, nelle nuove direttive europee, di favorire le piccole e medie imprese anche al costo di rendere meno efficienti i mercati. La frammentazione favorisce la creazione di una moltitudine di mercati locali, di fatto aperti soltanto alle imprese locali. Infatti, gli importi modesti dei contratti messi a gara dissuadono le imprese non locali a partecipare a procedure che comportano per esse costi di partecipazione più elevati rispetto alle imprese locali e dunque margini di profitto inferiori in caso di aggiudicazione.

Resta comunque aperto l'interrogativo se tra gli obiettivi della politica degli acquisti dello Stato possano legittimamente rientrare anche scelte di politica industriale che

¹² Cfr. su questi aspetti L. PROSPERETTI-M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2012, pag. 40 e seg. Le pubbliche amministrazioni possono operare anche sul lato dell'offerta, là dove per esempio cedano sul mercato beni o aziende di proprietà pubblica.

abbiano effetti sulla struttura del mercato, favorendo per esempio la nascita di campioni nazionali o lo sviluppo delle piccole e medi imprese¹³.

Passando ora ad analizzare la visione “micro”, ogni procedura a evidenza pubblica o la negoziazione diretta avviata da una stazione appaltante costituisce un atto di scambio su un determinato mercato nel quale, se quest’ultimo è concorrenziale, sono presenti anche altri acquirenti di beni, servizi e lavori del medesimo genere e un numero più o meno elevato di fornitori¹⁴.

Rispetto a quanto accade usualmente per coloro che si affacciano sul mercato nella veste di acquirenti o committenti interessati a un singolo atto di acquisto, le pubbliche amministrazioni, in base alla disciplina generale dei contratti pubblici, presentano alcune peculiarità¹⁵.

In primo luogo, a differenza di quanto accade per i soggetti privati, l’obbligo di esperire una procedura a evidenza pubblica imposto alle amministrazioni pubbliche dalla normativa sui contratti pubblici grava quest’ultime di quello che nel linguaggio degli economisti va qualificato come un “costo di transazione”¹⁶. Infatti, le procedure a evidenza pubblica, articolate in fasi complesse con adempimenti defatiganti, comportano costi diretti in termini di risorse finanziarie e professionali da impiegare e

¹³ Secondo Prosperetti e Merini citati alla nota precedente la strategia ritenuta preferibile per le pubbliche amministrazioni è quella di “*gestire il processo di procurement guardando esclusivamente ai propri obiettivi, ed al vincolo di bilancio che su di esse grava, lasciando che sia poi il sistema economico a decidere quali siano i processi di aggiustamento necessari* (op. cit., pag. 41). In generale sul rapporto tra regolazione economica e politica industriale cfr. M. THATCHER, *From old to new industrial policy via economic regulation*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, pag. 6 e seg., con la replica di L. TORCHIA nella stessa rivista (n. 1 del 2015).

¹⁴ Ogni asta può essere considerata come “*un mercato in miniatura*”: cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001 anche per l’ampia parte dedicata all’analisi economica e ai fattori che rendono efficienti tali mercati.

¹⁵ Anche la giurisprudenza amministrativa ha la consapevolezza della specificità della posizione delle stazioni appaltanti rispetto a quanto avviene nel settore privato. Si è infatti osservato che “*nel settore privato i comportamenti delle imprese sono diversi e, anche quando la scelta del fornitore è avvenuta sin base a procedura selettiva, il soggetto prescelto ha interesse a valorizzare la qualità del servizio, anche in senso migliorativo rispetto all’offerta per mantenere il cliente tramite il semplice rinnovo del contratto, mentre ciò non è possibile in via ordinaria per la pubblica amministrazione*”: cfr. Cons. St., VI, 2 marzo 2004, n. 926 nel caso *Pellegrini/Consip*.

¹⁶ Cfr. M. LIBERTINI, op. cit., pag. 547. Per converso e in parallelo le gare possono consentire l’abbattimento di alcune categorie di costi transattivi come quelli correlati all’esigenza della raccolta di informazioni da parte della stazione appaltante: cfr. M. CAFAGNO, op. cit., pag. 132 e seg.

indiretti in termini di tempi spesso molto lunghi per il loro esperimento, tenuto anche conto delle frequenti contestazioni in sede giudiziaria. Tali costi non sono sempre compensati da guadagni di efficienza sotto il profilo dell'acquisizione da parte delle stazioni appaltanti di informazioni utili per selezionare l'offerta migliore. Inoltre, in assenza di una programmazione temporale degli acquisti, i ritardi nella conclusione dei contratti pubblici sono causa di inefficienze funzionali per le pubbliche amministrazioni che possono compromettere l'efficacia dell'azione svolta per il perseguimento di interessi pubblici. Questa specificità può costituire una spiegazione del fatto che anche le amministrazioni pubbliche più virtuose, cercano di evitare l'esperimento delle procedure a evidenza pubblica optando, nei casi tassativi consentiti dalle disposizioni contenute nelle direttive europee e nel Codice dei contratti pubblici, per la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

Inoltre, la disciplina pubblicistica in tema di redazione e pubblicazione dei bandi e di immodificabilità dei medesimi ha anche un'altra implicazione per le pubbliche amministrazioni nella veste di acquirenti e cioè quella di essere costrette, prima di procedere all'atto di acquisto, a rivelare ai fornitori le proprie preferenze. In un mercato libero e concorrenziale gli acquirenti privati invece tendono a non rivelare ex ante le proprie preferenze e anzi proprio i contatti con i potenziali fornitori consentono ad essi di affinarle o modificarle via via fino a che diventi matura una decisione finale in ordine all'acquisto¹⁷.

Altre specificità nella posizione di contraente che condizionano le strategie negoziali delle pubbliche amministrazioni dipendono da vincoli che gravano su di esse in conseguenza dell'applicazione e della specificazione dei principi generali richiamati dal diritto europeo in tema di gare pubbliche. Così, per esempio, l'amministrazione non può ricorrere a talune tecniche di fidelizzazione del fornitore che favoriscono una esecuzione puntuale delle prestazioni consistenti, in particolare, nella possibilità di

¹⁷ Cfr. A. HEIMLER, *op. cit.*, pag. 187 il quale rileva un'altra peculiarità consistente nel fatto che le stazioni appaltanti devono tener conto in sede di aggiudicazione anche dei costi (lavoro, oneri di sicurezza) degli offerenti, mentre di regola per l'acquirente sul libero mercato i costi di produzione del fornitore sono irrilevanti. Le procedure più flessibili introdotte in epoca recente e potenziate dalle nuove direttive (per esempio la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo disciplinati dagli artt. 29 e 30 della direttiva 2014/24/UE) consentano entro certi limiti all'amministrazione di affinare nel corso della procedura le proprie preferenze acquisendo dai potenziali contraenti un bagaglio più completo di informazioni.

prorogare o rinnovare liberamente il contratto nel caso in cui il fornitore abbia soddisfatto pienamente le aspettative della stazione appaltante o, viceversa, nella prospettiva della perdita di affari futuri, cioè della esclusione dalla possibilità di stipulare ulteriori contratti.¹⁸

Queste e altre peculiarità della pubblica amministrazione come acquirente sul mercato richiedono una spiegazione. Occorre cioè cercare di individuare sinteticamente le ragioni principali dell'imposizione alle pubbliche amministrazioni di regole speciali in tema di contratti caratterizzate da una serie di vincoli e di formalità che condizionano l'attività di scelta del contraente e che potrebbero essere considerate penalizzanti.

3. Le ragioni della disciplina speciale dei contratti pubblici

A questo riguardo sono di aiuto le scienze non giuridiche che spiegano alcune ragioni della necessità di un regime speciale in aggiunta a quella più tradizionale, presente già nella legge di contabilità pubblica, di evitare sprechi di danaro pubblico. In particolare, è utile richiamare la teoria dell'agenzia (*principal-agent*) che trova ormai un'ampia applicazione specie nella cultura anglosassone anche nel campo del diritto pubblico¹⁹.

I contratti pubblici presentano almeno due problemi di agenzia²⁰. Il primo si riferisce ai rapporti con il fornitore; il secondo ha una dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante e dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara.

Quanto al primo problema, va considerato che in generale nei contratti pubblici, come del resto in quelli privati, un "agente" (il fornitore) assume dietro corrispettivo l'obbligo di fornire un bene, un servizio o un lavoro in favore del "principale" (l'acquirente pubblica amministrazione).

¹⁸ Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, pag. 254.

¹⁹ Cfr. G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, pag. 95 e seg. per l'inquadramento della normativa dei contratti nel settore pubblico come forma di concorrenza per il mercato. Il diritto europeo consente peraltro nei casi più gravi di escludere dalle procedure l'impresa che abbia evidenziato significative o persistenti carenze in un precedente contratto (art. 57, par. 6. lett. g) della direttiva 2014/24/UE).

²⁰ Cfr. L. PROSPERETTI-M. MERINI, *op. cit.*, pag. 28; A. NICITA-V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Bari, 2005; M. CLARICH, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO- G. FIDONE- G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

Gli obiettivi dei due soggetti spesso non coincidono. Infatti il primo persegue generalmente come obiettivo il massimo profitto, magari anche a scapito della qualità della prestazione, mentre il secondo persegue l'obiettivo di operare un acquisto qualitativamente ed economicamente conveniente. Inoltre le informazioni di cui dispone l' "agente" in relazione alle specifiche caratteristiche della prestazione sono di regola superiori a quelle del "principale" (asimmetrie informative) e ciò rende difficile la redazione dei bandi, la valutazione della qualità dell'offerta e il monitoraggio in sede di esecuzione delle prestazioni. Molte regole pubblicistiche hanno dunque come funzione quella di allineare gli incentivi e di prevenire comportamenti "opportunistici" da parte dell' "agente" a danno del "principale".

Il secondo problema di agenzia sorge per il fatto che gli incentivi che motivano il comportamento del funzionario ("agente") preposto al servizio acquisti o alla singola procedura di gara possono divergere da quelli dell'amministrazione di appartenenza ("principale")²¹. Infatti il primo può avere un interesse a mantenere buoni rapporti con alcune imprese partecipanti, può essere sensibile a pressioni dei vertici politici dai quali dipende la sua progressione di carriera, può essere tentato a estorcere o accettare compensi o altri vantaggi impropri. Le nuove direttive hanno presente questo rischio tanto da porre una disposizione sui conflitti di interesse che obbliga gli Stati membri ad adottare misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio a queste situazioni in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e alterazione della parità di trattamento²².

Un'altra ragione che sta alla base della necessità di introdurre regole speciali per i contratti della pubblica amministrazione è collegata alla particolare posizione di quest'ultima nella veste di contraente.

²¹ Un problema di agenzia si può porre peraltro anche nei rapporti tra cittadino-contribuente (cioè la collettività) e la stessa pubblica amministrazione che non sempre ha l'incentivo a ridurre al minimo gli oneri economici che in ultima analisi gravano sul primo.

²² Cfr. art. 24 della direttiva 2014/24/UE che riferisce il concetto di conflitto di interesse ai casi nei quali il personale di una stazione appaltante "*ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza*". Le medesime formule legislative si ritrovano nell'art. 42 della direttiva 2014/25/UE.

Infatti, le stazioni appaltanti possono essere considerate a seconda delle situazioni come contraenti “deboli” o come contraenti “forti”²³. La debolezza discende dai rischi sopra considerati di interferenze indebite di interessi individuali. La posizione di contrante forte emerge invece nei particolari mercati nei quali l’amministrazione, nella veste di grande acquirente²⁴, ha una posizione di mercato che potrebbe prestarsi ad abusi che possono essere contrastati anche attraverso procedure competitive trasparenti e improntate ai principi di par condicio e di non discriminazione.

4. La concorrenza nel diritto europeo e nazionale

Chiarite le ragioni sostanziali che stanno alla base della disciplina dei contratti pubblici di derivazione europea e nazionale, conviene ora individuare più da vicino le dimensioni giuridiche della concorrenza che emergono dalle direttive europee e dal diritto nazionale²⁵.

Una prima dimensione, in parte già anticipata, si lega ai principi del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea in tema di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

A questo fine conviene analizzare in modo più analitico l’art. 18 della direttiva 2014/24/UE²⁶ che ha come rubrica “*Principi per l’aggiudicazione degli appalti*”. La disposizione consente infatti di individuare come la concorrenza si rapporta con i principi in esso enunciato.

Il primo paragrafo prescrive alle amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici “*su un piano di parità e in modo non discriminatorio*” e di agire “*in maniera trasparente e proporzionata*”. Il paragrafo aggiunge poi che la concezione della procedura di appalto (cioè in pratica il bando e gli altri documenti che costituiscono la

²³ Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 547.

²⁴ Si pensi per esempio al settore degli armamenti nel quale lo Stato ha una posizione di monopsonio nel mercato nazionale o all’acquisto di farmaci e di attrezzature mediche da parte delle strutture del Servizio sanitario nazionale.

²⁵ Sul fondamento europeo e nazionale del “principio di concorrenza” cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 2013, pag. 16 e seg. che si esprime in senso critico sull’interpretazione della Corte costituzionale del principio di concorrenza applicato ai rapporti tra Stato e regioni ai quali si farà cenno in seguito nel testo.

²⁶ La medesima formulazione si ritrova nell’art. 36 della direttiva 2014/25/UE.

lex specialis) non deve avere l'intento “*di limitare artificialmente la concorrenza*”. Chiarisce nell'ultimo periodo che quest'ultima evenienza si verifica laddove “*la concezione della procedura sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*”.

In buona sostanza le tre proposizioni contenute nell'articolo danno vita a una sequenza logica di tipo circolare che muove dal principio della parità di trattamento e di non discriminazione, si sviluppa attraverso il riferimento alla concorrenza e si conclude ancorando l'intento di alterare quest'ultima a una presunzione che richiama indirettamente proprio i principi della parità di trattamento e di non discriminazione enunciati nella prima parte della disposizione²⁷.

Se così è, si potrebbe addirittura ritenere che il riferimento alla concorrenza ha una funzione meramente evocativa, cioè di richiamo sintetico ai principi che ispirano la disciplina delle gare pubbliche e l'attività delle stazioni appaltanti enunciati nella prima parte della disposizioni senza aggiungere alcuna valenza prescrittiva a quella propria di quest'ultimi.

Del resto riprendendo la visione “micro” che considera ogni procedura di gara come correlata a un singolo atto di scambio, i meccanismi di selezione del contraente basati sui principi enunciati nella prima parte del paragrafo sopra citato costituiscono un caso particolare della molteplicità di situazioni nelle quali le pubbliche amministrazioni mettono a disposizione di soggetti privati una risorsa scarsa (nel caso di specie un determinato contratto) e nelle quali trovano applicazione i medesimi principi generali. Si pensi per esempio alle concessioni di uso esclusivo di beni demaniali, all'attribuzione di diritti di uso di bande di frequenze radio per la telefonia mobile, alle assunzioni di dipendenti pubblici. In tutti i casi nei quali il numero degli aspiranti a un determinato bene o utilità è superiore al numero di beni o utilità disponibili, i principi giuridici

²⁷ Del resto, com'è stato correttamente osservato, il diritto europeo in realtà “*non esprime (...) un “principio” di concorrenza economica quale parametro per valutare la legittimità delle misure del diritto nazionale incidenti sui mercati*”: cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, pag. 49 che cita una sentenza emblematica della Corte di Giustizia dell'Unione europea (11 marzo 2010 C-384/08) avente per oggetto un rinvio pregiudiziale del Tar del Lazio relativo alla normativa italiana che imponeva una distanza minima obbligatoria tra impianti di distribuzione di carburanti e che il Tar ha ritenuto dubitativamente non essere compatibile con quelli che il collegio definisce impropriamente come “*principi comunitari di concorrenza economica e di non discriminazione*”. In realtà, gli art. 101 e seg. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea in materia di concorrenza hanno come destinatari diretti gli operatori economici e non gli Stati membri nella veste di regolatori del mercato.

discendenti dal diritto europeo e dal diritto nazionale prevedono l'esperimento di procedure competitive (concorrenza per il mercato) non dissimili concettualmente da quelle previste dalla normativa sui contratti pubblici.

Basta richiamare la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno che disciplina i regimi autorizzatori per lo svolgimento delle attività incluse nel suo campo di applicazione. Essa pone il principio che i regimi autorizzatori non devono essere discriminatori e il rilascio degli atti autorizzativi deve fondarsi su criteri di valutazione, oggettivi, non discriminatori, resi pubblici, trasparenti e accessibili (art. 9 e 10). In modo ancor più specifico prevede che, quando il numero delle autorizzazioni rilasciabili per una determinata attività sia limitato a causa della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri “*applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*” (art. 12)²⁸.

In questo tipo di situazioni la regola della concorsualità discende in ultima analisi dal principio di imparzialità imposto alle pubbliche amministrazioni, conformemente ai principi dello Stato di diritto e della *rule of law*,²⁹ in tutti gli ambiti in cui esse operano. Si potrebbe in definitiva affermare che la concorrenza, lungi dall'essere un principio guida dell'attività delle stazioni appaltanti, non è altro che la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio³⁰. Ciò è tanto vero che, là dove la stazione appaltante avvia con un unico fornitore una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, nei casi ammessi dalla normativa europea e nazionale, questo tipo di selezione non può essere vista, diversamente da quanto si ritiene talvolta, come una

²⁸ Merita osservare che il considerando 65 della direttiva in questione sottolinea come la libertà di stabilimento, che anche in questo ambito costituisce la base giuridica della disciplina, “è basata sul principio di parità di trattamento”.

²⁹ Una delle componenti della *rule of law*, secondo la concezione comunemente accettata a livello internazionale, non a caso è anche il principio di non discriminazione e di eguaglianza davanti alla legge: cfr. *European Commission for Democracy through law (Venice Commission), Report on the rule of law*, Consiglio d'Europa, n. 512/2009, CDL-AD (2011)003rev.

³⁰ Si pensi, per fare uno degli esempi classici, alle specifiche tecniche individuate nella *lex specialis*. Esse devono essere individuate, in base ai principi di imparzialità e di parità di trattamento, in modo tale da favorire un particolare fornitore.

modalità restrittiva della concorrenza, bensì come “*un atto di scambio normale, e come tale un momento fisiologico del “gioco della concorrenza”*”³¹.

Del resto, a rigore, il modello della procedura competitiva può trovare un fondamento ancor più generale, almeno in alcune situazioni, nel principio della convenienza riferito alla posizione dell’acquirente. Non a caso i meccanismi di confronto competitivo sono utilizzati anche nel settore privato dove non trova applicazione neppure il principio di imparzialità. Si pensi alla buona prassi prevista in molti manuali di procedura aziendali delle richieste di preventivi a una pluralità di fornitori e di altre regole volte prevenire la corruzione tra privati.

Una seconda dimensione della concorrenza ha una valenza prettamente nazionale e ha come riferimento normativo l’art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato un elenco di materie, tra le quali figura anche la “*tutela della concorrenza*”.

La tutela della concorrenza, intesa in senso lato come inclusiva anche della promozione della concorrenza, è stata interpretata infatti dalla Corte costituzionale in varie sentenze come una clausola generale trasversale atta giustificare la legittimità costituzionale di leggi statali di disciplina dei mercati contestate da regioni che le ritenevano invece lesive di proprie competenze legislative specifiche.

Anche il Codice dei contratti pubblici che, nel recepire le direttive europee del 2004, contiene un corpo completo di disposizioni anche di dettaglio, è stato oggetto di ricorsi in via principale proposti da alcune regioni³².

Già l’art. 4 del Codice, per autogiustificare una disciplina così particolareggiata, richiama l’art. 117, comma 2, della Costituzione (senza peraltro esplicitare il riferimento alla clausola di tutela della concorrenza) e stabilisce che le regioni non possono

³¹ Per questa osservazione cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 547. I casi tassativi nei quali è ammessa la negoziazione sono indicati per esempio dall’art. 32 direttiva 2014/24/UE.

³² Cfr. la sentenza 23 novembre 2007, n. 401. Ma già in precedenza la Corte costituzionale ha avuto più occasioni per chiarire il rapporto tra tutela della concorrenza e appalti pubblici: cfr. L. ZANETTINI, *op. cit.*, pag. 155 e *seg.* Sui rapporti Stato e regioni anche alla luce di questa sentenza cfr. V. LOPILATO, *Il riparto delle competenze fra Stato e regioni nel Codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pag. 95 e *seg.* Più in generale sull’esplicitazione della nozione di concorrenza da parte della Corte costituzionale nella giurisprudenza recente cfr. F. PIZZOLATO, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell’economica*, 2010, pag. 811 e *seg.*; P. COSTA, *L’ordoliberalismo della Corte costituzionale? Sul ripetuto tentativo di giustificazione giurisprudenziale di un modello economico*, in *Il diritto dell’economia*, 2015, pag. 389 e *seg.*;

prevedere una disciplina diversa da quella contenuta nel Codice in relazione a tutti i profili relativi alla selezione dei concorrenti (qualificazione delle imprese, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, ecc.).

La Corte costituzionale ha ritenuto conforme alla Costituzione l'impostazione del Codice facendo leva appunto sulla clausola di tutela della concorrenza, oltre che sul principio di imparzialità enunciato dall'art. 97 della Costituzione.

La Corte ha avvertito tuttavia la necessità di operare un collegamento diretto con i principi europei desumibili dal Trattato. La tutela della concorrenza, secondo la Corte, si concretizza infatti *“nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi”*, nonché *“di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza”*.

Anche nella prospettiva della Corte costituzionale, in definitiva, la concorrenza sembra costituire poco più che un rinvio ai principi del diritto europeo.

Tuttavia, il richiamo alla clausola costituzionale era necessario per poter affermare la competenza esclusiva dello Stato per tutte le disposizioni relative alle procedure a evidenza pubblica contenuta nel Codice che costituiscono strumenti volti a realizzare la concorrenza “per” il mercato³³. Infatti, nonostante il rinvio ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario contenuto nel primo comma dell'art. 117 della Costituzione che gravano sia sullo Stato sia sulle Regioni, i principi del diritto europeo più volte richiamati non costituiscono in quanto tali un criterio per il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni al quale ricorrere per sindacare la legittimità costituzionale del Codice dei contratti pubblici. Da qui appunto la necessità di far leva, anche a costo di qualche forzatura, alla “tutela della concorrenza”.

³³ La Corte ha ben presente che le procedure competitive costituiscono uno strumento volto a realizzare *“la concorrenza “per” il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati*. La Corte chiarisce poi che *“ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza “nel” mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (vedi considerando n. 3 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE)”*.

Una volta individuati i confini della materia della tutela della concorrenza di cui all'art. 117 della Costituzione, la Corte costituzionale ha esaminato le singole disposizioni del Codice oggetto di censura da parte delle Regioni operando una doppia verifica: la prima volta a stabilire se la singola disposizione sia astrattamente riconducibile ai principi della concorrenza per il mercato (o anche nel mercato); la seconda volta a stabilire se la disposizione “*sia congruente rispetto al fine perseguito alla luce dei criteri di proporzionalità e della adeguatezza*”.

In applicazione di questi criteri solo poche disposizioni del Codice dei contratti pubblici a valenza prettamente organizzativa sono state dichiarate incostituzionali. La Corte ha evitato così il rischio di una “balcanizzazione” regione per regione dei regimi delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti pubblici.

5. Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Una terza dimensione della rilevanza giuridica della concorrenza nel settore dei contratti pubblici alla quale occorre accennare è legata al ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. E ciò sotto un doppio versante: il primo, legato ai poteri tradizionali dell'Autorità, aventi per oggetto i comportamenti delle imprese che partecipano alle procedure; il secondo, che costituisce una novità, relativo al monitoraggio sulle stazioni appaltanti soprattutto nella fase di predisposizione della *lex specialis* delle singole gare.

Iniziando dal primo versante e, senza pretesa di dar conto in modo analitico di tutti gli interventi dell'Autorità e del contenzioso amministrativo che essi hanno generato, va ricordato che l'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e l'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 pongono il divieto di intese restrittive della concorrenza e legittimano l'avvio di procedimenti volti ad accertare e sanzionare le condotte assunte in violazione³⁴.

Ebbene, un ambito nel quale questo divieto trova applicazione è proprio quello delle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici che sono esposte a rischi

³⁴ Come già accennato, ogni procedura di gara può costituire o meno a seconda delle specificità della situazione concreta e in particolare della compresenza di altre procedure condotte in parallelo o in sequenza avente per oggetto il medesimo tipo di prestazione, secondo la terminologia del diritto antitrust, un mercato rilevante a sé stante.

collusivi da parte delle imprese partecipanti in relazione alla modalità di presentazione, ai contenuti delle offerte e alla ripartizione dei lotti disponibili (cosiddetto *bid rigging*). A titolo esemplificativo, di recente l’Autorità ha sanzionato due imprese di ristorazione per essersi coordinate in occasione di una serie di gare per la subconcessione del ristoro sulla rete autostradale. Le imprese in questione si erano infatti accordate attraverso la ripartizione dei lotti di rispettivo interesse (otto per ciascuna) messi a gara dalla concessionaria autostradale e l’individuazione di un meccanismo di offerte incrociate con le quali ciascuna impresa ha supportato di fatto l’offerta dell’altra impresa nei rispettivi lotti di interesse³⁵.

Un altro caso recente ha riguardato i comportamenti posti in essere da alcune compagnie di assicurazione in relazione a un’ottantina di gare bandite da quindici aziende di trasporto pubblico locale per l’affidamento del servizio assicurativo responsabilità civile auto³⁶. Per effetto dell’intesa, sostanziata in un coordinamento per la non partecipazione alle gare effettuato per un arco temporale dal 2010 al 2014, quasi tutte le gare erano andate deserte o erano state aggiudicate all’unico offerente, oltretutto coincidente con la compagnia assicurativa già fornitrice del servizio.

Anche il ricorso da parte di imprese operanti nel settore del gas allo strumento dell’associazione temporanea di imprese nell’ambito di una procedura per l’affidamento del servizio avviata da un comune è stata qualificata come un’intesa restrittiva della concorrenza essendo stata accertata la finalità restrittiva della concorrenza da parte di imprese ciascuna già in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione.³⁷

Anche il divieto di abuso di posizione dominante posto dall’art. 103 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea e dall’art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 può trovare applicazione nella materia dei contratti pubblici. Così, per esempio, è stato

³⁵ Cfr. 1775 Procedure di affidamento dei servizi di ristoro sulla rete autostradale ASPI, Provvedimento n. 25435 del 22 aprile 2015. Il meccanismo prevedeva che nei lotti di interesse di un’impresa essa presentasse offerte tecniche di buona qualità associate a rilanci contenuti sulla componente economica, mentre nei medesimi lotti l’altra impresa proponeva offerte tecniche di modesta qualità associate a rilanci economici elevati, sfruttando la formula matematica utilizzata dalla stazione appaltante per l’attribuzione dei punteggi.

³⁶ Cfr. 1744 Gare RCA per trasporto pubblico locale – Provvedimento n. 25382 del 25 marzo 2015.

³⁷ Cfr. Provvedimento del 2 agosto 2012 n. 23974, I- 740 annullato in primo grado dal Tar del Lazio con sentenza riformata in sede di appello: cfr. Cons. St., VI Sez., 4 novembre 2014, n. 5423.

sanzionato il comportamento di un'impresa del settore gas per non aver collaborato con due comuni per conto dei quali gestiva il servizio di distribuzione del gas nel fornire le informazioni necessarie per redigere il bando di gara per l'affidamento del servizio delle quali l'impresa aveva una disponibilità esclusiva, così ostacolando, con intento escludente, la capacità di altri operatori di partecipare alla procedura³⁸.

Nell'esercizio di questi poteri l'Autorità svolge un ruolo di tutela della concorrenza in senso proprio.

Nel solco dei poteri tradizionali si colloca anche l'attività di *advocacy* posta in essere dall'Autorità attraverso l'invio al Governo e al Parlamento di segnalazioni aventi per oggetto procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici e che sono volte a mettere in evidenza distorsioni della concorrenza derivanti da atti normativi o amministrativi (specie i bandi di gara) sollecitando misure correttive³⁹.

In effetti, sin dall'origine la legge 10 ottobre 1990, n. 287 aveva considerato il settore dei contratti pubblici come problematico sotto il profilo concorrenziale in una situazione nella quale le stazioni appaltanti ricorrevano, per esempio, ampiamente alla procedura negoziata piuttosto che alle procedure competitive. L'art. 24 richiedeva infatti alla neoistituita Autorità di predisporre un rapporto sulle azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza, tra gli altri, il settore degli appalti pubblici. Nel rapporto pubblicato nel 1992, l'Autorità metteva in evidenza una serie di criticità nella disciplina all'epoca vigente e nelle prassi applicative delle stazioni appaltanti⁴⁰.

La casistica delle segnalazioni riportata anche nelle relazioni annuali dell'Autorità è piuttosto ampia e ha riguardato sia situazioni specifiche, sia problemi più generali per esempio in tema di bandi di gara⁴¹. I rischi di alterazione della *par condicio* e dunque

³⁸ Cfr. 431 Comuni vari – Espletamento gare affidamento distribuzione gas, Provvedimento n. 23114 del 14 dicembre 2011.

³⁹ Si tratta del potere di *advocacy* di cui all'art. 21 della legge n. 287 del 1990 sul quale cfr. in generale, G. BRUZZONE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati – Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2012, pag. 302 e seg.

⁴⁰ Cfr. Il rapporto Autorità garante della concorrenza e del mercato “*Appalti pubblici e concorrenza*” pubblicato nel 1992 è disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

⁴¹ In particolare Delibera AS187 del 17 dicembre 1999, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*; Delibera AS251 del 31 gennaio 2003, *Bandi predisposti dalla concessionaria dei servizi informatici pubblici – CONSIP S.p.a.*; AS336 del 22 giugno 2006, *Modalità di affidamento di lavori nell'ambito di concessioni pubbliche*; AS311 del 6 settembre 2005, *Modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali*.

della concorrenza per il mercato nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica riguardano tutti i momenti cruciali del procedimento: i requisiti soggettivi di idoneità tecnica e di solidità economica richiesti per la partecipazione, le specifiche tecniche, i criteri di selezione del contraente, l'oggetto del contratto, ecc. Anche in sede di esecuzione del rapporto contrattuale, modifiche contrattuali e altri tipi di rinegoziazioni possono alterare, sia pure *ex post*, il senso della procedura di aggiudicazione⁴².

Nell'esercizio del potere di *advocacy* l'Autorità svolge un ruolo di promozione della concorrenza.

Di recente, il potere di segnalazione, che in molti casi non trova seguito concreto in modifiche legislative e altri atti volti ad adeguare l'ordinamento ai principi di concorrenza attesa la sua natura non cogente, è stato rafforzato con uno strumento più efficace. All'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stato attribuito infatti il potere di proporre un ricorso davanti al giudice amministrativo contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁴³.

Questo nuovo strumento, che per quel che qui rileva, riguarda anche le stazioni appaltanti, rappresenta quasi un *unicum* nel nostro ordinamento processuale che non prevede in termini generali il potere di impugnazione di atti amministrativi attribuito ad amministrazioni pubbliche a tutela degli interessi pubblici da esse curati⁴⁴.

Anche su questo versante la prima casistica applicativa include esempi di esercizio del nuovo potere in materia di gare pubbliche. Così, l'Autorità ha inviato un parere e poi, a causa del mancato adeguamento della stazione appaltante ai rilievi, ha proposto ricorso

⁴²Si tratta dell'art. 12-*bis* della legge n. 287 del 1990. Su tutti questi aspetti si è soffermata la dottrina a commento delle norme europee e del Codice dei contratti pubblici e vi è un'ampia casistica giurisprudenziale: Cfr. A. LALLI, *op. cit.*, pag. 410 e seg.; A. MASSERA, *op. cit.*; C. FRANCHINI (a cura di), *op. cit.*; M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*; M. LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 552 e seg.; C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. COMPORTI (a cura di), pag. 66 e seg.

⁴³ L'articolo è stato inserito dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214.

⁴⁴ L'eccezione relativa all'interesse pubblico alla tutela della concorrenza appare particolarmente significativo perché finisce per riconoscere a quest'ultimo una posizione di preminenza nella gerarchia degli interessi pubblici e per attribuire, di riflesso, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato un rango più elevato rispetto ad altre autorità amministrative.

al Tar in relazione a una gara per l'affidamento in concessione dei servizi di gestione e rendicontazione dei corrispettivi dovuti dall'utenza avviata dal ministero delle Infrastrutture e Trasporti⁴⁵.

Un caso più virtuoso, nel quale dopo l'invio del parere da parte dell'Autorità l'amministrazione ha provveduto a recepire le indicazioni, ha avuto per oggetto una lettera d'invito relativa a una procedura di affidamento in concessione dei servizi di trasporto pubblico locale da parte di una regione contenente una clausola ingiustificatamente restrittiva della concorrenza, cioè l'obbligo di subentro nella universalità di beni mobili e immobili già dal precedente gestore.⁴⁶

In definitiva, la somma dei poteri attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato consente a quest'ultima di monitorare con strumenti efficaci e in una visione unitaria sia le imprese che partecipano alle gare sia le stazioni appaltanti, cioè entrambi i soggetti che entrano in un rapporto contrattuale nel contesto di una procedura a evidenza pubblica.

Un cenno va dedicato anche al ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione (subentrata nelle funzioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) disciplinata dal Codice dei contratti pubblici.

In base al Codice essa è titolare di poteri generali di vigilanza sulla corretta applicazione della disciplina legislativa e regolamentare in materia di contratti pubblici anche al fine di assicurare l'economicità di questi ultimi (art. 6). L'Autorità può segnalare al Governo e al Parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa (lett. e)). Nel suo ambito opera l'Osservatorio dei contratti pubblici, volto a raccogliere informazioni relativi alle procedure avviate e a determinare i costi standardizzati per tipo di servizi e fornitura (art. 7).

Di recente è stata investita del compito di promuovere l'uniformità, a livello sublegislativo, delle regole di gara attraverso la predisposizione di bandi-tipo dai quali

⁴⁵ Cfr. AS1078 del 13 agosto 2013.

⁴⁶ Cfr. AS 1184 dell'11 febbraio 2015 al quale è seguito da parte della regione un'attività di revisione dei beni oggetto di subentro obbligatorio ritenuta soddisfacente dall'Autorità ai fini di rimuovere i dubbi concorrenziali espressi nel parere.

le stazioni appaltanti si possono discostare solo adducendo una motivazione adeguata (secondo il modello *comply or explain*).⁴⁷

Queste e altre attività servono a rendere più trasparente e omogeneo, quanto ad applicazione concreta delle regole, il settore dei contratti pubblici e hanno dunque un impatto indiretto positivo sulla concorrenzialità del mercato sia nella dimensione “macro”, sia in quella “micro”.

L’Autorità ha tuttavia anche un’altra anima, che è quella ormai prevalente, legata all’applicazione della recente normativa anticorruzione che introdotto un’ampia gamma di strumenti organizzativi e funzionali volti a prevenire il fenomeno della corruzione (piani anticorruzione, nomina di funzionari responsabili dell’anticorruzione, *whistleblowing*, rotazione degli incarichi, ecc)⁴⁸.

La normativa in questione ha riflessi specifici anche sul settore dei contratti pubblici. Infatti, da un lato, questo settore è stato incluso dalla legge 6 dicembre 2012, n. 190 nell’elenco di quelli più esposti al rischio corruzione⁴⁹; dall’altro, le stazioni appaltanti sono state sottoposte a obblighi specifici, che si aggiungono a quelli generali, di pubblicazione di dati relativi ai contratti aggiudicati. Così, in particolare, le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare sui propri siti istituzionali una serie di informazioni tra le quali in particolare l’oggetto del bando, l’elenco degli operatori invitati a presentare l’offerta, l’aggiudicatario, l’importo di aggiudicazione, ecc. (art. 1, comma

⁴⁷ Cfr. art. 64, comma 4-*bis* del Codice.

⁴⁸ Cfr. B. MATTARELLA- M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione – Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013 e in particolare, per quanto riguarda, la materia dei contratti pubblici il contributo di G. RACCA, pag. 125 e seg. Per un quadro completo delle misure specifiche (patti di integrità, protocolli di legalità, *white lists*, ecc.) riguardanti i contratti pubblici cfr. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. di Dir. Amm.*, 2015, pag., 325 e seg. anche per il *caveat* secondo il quale “*le regole della gara non devono essere considerate il mezzo per contrastare la corruzione se questo implica che si perda l’obiettivo principale della selezione dell’offerta migliore*” (pag. 343); A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORTI (cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2101, pag. 265 e seg.

⁴⁹ Cfr. art. 1, comma 16, lett. b).

32). Tutti questi dati devono essere inviati all’Autorità che cura la pubblicazione dei medesimi in modo da consentire una comparazione tra stazioni appaltanti⁵⁰.

Le finalità di contrasto alla corruzione perseguite dalla recente normativa si intersecano con quelle volte a favorire l’instaurazione di una sana concorrenza per il mercato nell’ambito delle procedure di gara.

In effetti, contrasto alla corruzione e concorrenzialità delle gare pubbliche sembrano costituire, entro certi limiti, due facce della stessa medaglia. Infatti le regole di matrice europea, peraltro presenti in parte nella legislazione nazionale della contabilità pubblica, volte a rendere trasparenti e competitive le procedure di per sé scoraggiano azioni corruttive⁵¹. Simmetricamente, anche le regole specifiche di matrice nazionale introdotte dalla recente normativa anticorruzione concorrono a migliorare il monitoraggio e a rendere ancor più trasparenti e competitive le medesime procedure e dunque mirano a realizzare ancor più pienamente gli obiettivi posti dalle direttive europee. La disciplina generale delle gare pubbliche e la disciplina anticorruzione innescano dunque un circuito virtuoso di rafforzamento reciproco.

Analogamente gli strumenti a disposizione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e quelli a disposizione dell’Autorità nazionale anticorruzione possono operare in modo sinergico. Non a caso l’Autorità garante della concorrenza e del mercato e l’Autorità nazionale anticorruzione hanno avviato di recente una stretta collaborazione disciplinata da un protocollo di intesa⁵².

⁵⁰ Altri obblighi informativi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dal Codice dei contratti pubblici sono previsti dagli artt. 37 e 38 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 emanato sulla base di una delega legislativa contenuta nella legge n. 190/2012.

⁵¹ Sul tema della corruzione negli appalti pubblici la letteratura è molto estesa. Utile è per esempio un ampio studio della Commissione Eu, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 30 6- 2013, nel quale è indicate tra le tante altre misure la seguente: “*Support measures that increase the transparency of public procurement, not only for future measurement purposes, but also as a tool for prevention and detection. Examples of such measures are the introduction of (mandatory) e-procurement, broader use of forensic audits, strengthening investigation and enforcement capacity, voluntary disclosure programmes, external monitoring, reporting and access to information and information sharing*” (pag. 38). La trasparenza è considerata fondamentale ai fini della lotta contro la corruzione anche negli studi dell’OECD in materia di corruzione: cfr, in particolare, *Principles of Integrity in Public Procurement*, OECD, 2009.

⁵² Si tratta di un protocollo sottoscritto nel dicembre 2014 sulle attività di contrasto alla corruzione negli appalti pubblici e sui nuovi criteri per l’attribuzione del rating di legalità alle imprese che prevede uno scambio di informazioni anche in tema di appalti pubblici. Su di esso cfr. la già citata Relazione Annuale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sull’attività svolta nel 2014, pag. 257 e seg.

Va peraltro sottolineato che considerare la disciplina dei contratti pubblici prevalentemente dall'angolo di visuale della lotta alla corruzione rischia di far perdere di vista gli altri obiettivi della disciplina e in particolare quello dell'efficienza.

6. Concorrenza e applicazione della normativa sui contratti pubblici

La concorrenza, intesa come situazione di fatto riferita ai mercati in senso “macro”, ha un impatto diretto sulla disciplina dei contratti pubblici volti a creare mercati in senso “micro” nel senso di concorrere a definire il campo di applicazione di quest'ultima. Ciò accade sia per l'ambito oggettivo, sia per quello soggettivo delle regole.

Per quanto riguarda il primo aspetto, viene in rilievo la procedura di esenzione dall'applicazione delle norme europee in materia di contratti pubblici relative ai settori speciali volta ad accertare se l'attività “è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili”⁵³. I settori speciali sono quelli dell'energia elettrica, gas, acqua, trasporto, porti e aeroporti e poste nei quali sono presenti elementi di monopolio naturale (infrastrutture che costituiscono, nel linguaggio antitrust, *essential facilities*). Per questa ragione esse sono oggetto di discipline settoriali europee, usualmente amministrate da autorità di regolazione indipendenti, volte a creare i presupposti normativi per aprire il settore alla concorrenza⁵⁴.

Il modello, già presente nelle direttive precedenti recepite nel Codice (art. 219), muove dall'idea che se uno di questi settori è sottoposto alla stessa pressione concorrenziale dei mercati non regolamentati, ciò elimina il rischio che la politica degli acquisti degli operatori sia distorta da fattori non economici. Pertanto diventano superflue le regole speciali che impongono alle stazioni appaltanti il rispetto dei principi europei della *par condicio* e della trasparenza e pubblicità più volte citati⁵⁵.

⁵³ Cfr. art. 34 della direttiva 25/2014/UE.

⁵⁴ Cfr. art. 8-14 della direttiva il cui All. III contiene l'elenco delle direttive settoriali che gli Stati membri sono tenuti a recepire.

⁵⁵ Nei settori speciali, a differenza di quelli ordinari, i soggetti aggiudicatori spesso sono imprese che non impiegano risorse pubbliche per gestire le loro attività. Essi sono però titolari di diritti speciali o esclusivi che attribuiscono un potere di mercato nei confronti degli appaltatori che va temperato attraverso le procedure a evidenza pubblica almeno fin tanto che tale potere non venga annullato dall'instaurarsi di una concorrenza effettiva anche in attuazione delle direttive europee di settore volte a liberalizzare i mercati: cfr. sul punto S. CADEDDU-S. FIENGA, *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*, in M. CLARICH (a cura di, *op. cit.*, pag. 1004 a commento dell'art. 219 del Codice. Cfr. altresì

La procedura di esenzione fa capo alla Commissione europea e prevede una valutazione sia del mercato dell'attività in questione, sia del mercato geografico di riferimento, sia della piena attuazione e applicazione della legislazione settoriale dell'Unione. I criteri per valutare la concorrenzialità del mercato sono posti dalle disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e includono *“le caratteristiche dei prodotti o servizi interessati, l'esistenza di prodotti o servizi alternativi considerati sostituibili sul versante della domanda o dell'offerta, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale dei prodotti o servizi in questione”*⁵⁶.

La richiesta di esenzione deve essere avanzata da un singolo Stato membro (ma anche, se consentito dalla legislazione nazionale, dal singolo ente aggiudicatore) e deve contenere informazioni su tutte le circostanze pertinenti, incluso lo stato di attuazione della normativa europea di settore, allo scopo di dimostrare che l'accesso al mercato *“è libero di fatto e di diritto”* (par. 3, comma 2). Nella procedura può essere acquisita una valutazione dell'autorità di regolazione nazionale indipendente. (art. 35).

In definitiva, gli strumenti di analisi dei mercati tipici del diritto antitrust condizionano, a seconda degli esiti della valutazione, che non a caso spetta alla Commissione europea preposta all'applicazione della normativa antitrust, il campo di applicazione della disciplina europea in materia di contratti pubblici. Il settore di attività, oggetto di un provvedimento di esenzione all'esito della procedura sopra descritta, resta comunque sottoposto, come accade anche per i mercati deregolamentati, *“all'applicazione della normativa in materia di concorrenza”*⁵⁷.

Un'analoga giustificazione sostanziale vale per delimitare anche sotto il profilo soggettivo la disciplina europea in materia di contratti pubblici. Ci si riferisce cioè alla nozione europea di organismo di diritto pubblico, già presente nell'attuale disciplina del

A. LALLI, *op. cit.*, pag. 405 secondo il quale l'esistenza di un non accettabile livello di concorrenza in questi settori diviene *“presupposto autonomo e sufficiente per l'applicazione della disciplina sugli appalti”*.

⁵⁶ Cfr. art. 34, par. 2. Quanto al mercato geografico di riferimento esso è costituito *“dal territorio nel quale le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di prodotti e di servizi nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee”* (par. 3).

⁵⁷ Cfr. art. 34, par. 1 e considerando 44.

Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 26) e ripresa anche nel nuovo pacchetto di direttive europee⁵⁸.

Com'è noto, gli organismi di diritto pubblico sono inclusi tra le “amministrazioni aggiudicatrici”, cioè alle pubbliche amministrazioni in senso proprio (Stato, enti territoriali, enti non economici, ecc.) alle quali si applicano le regole pubblicistiche più rigorose perché maggiore è il rischio che la politica degli acquisti sia condizionata da ragioni non economiche⁵⁹.

L'organismo di diritto pubblico viene individuato in base a tre parametri: deve essere dotato di personalità giuridica, non importa se pubblica o privata; deve essere sottoposto a un'influenza dominante da parte di una pubblica amministrazione; deve essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, cioè produrre di regola beni pubblici o servizi pubblici in una logica non di mercato.

Soprattutto quest'ultimo parametro ha dato origine a incertezze interpretative e a interpretazioni giurisprudenziali oscillanti, talune più estensive, altre più restrittive⁶⁰.

Come chiarisce la direttiva 2014/24/UE, si deve ritenere, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che non dovrebbe essere considerato come un organismo di diritto pubblico il soggetto “*che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività*” (considerando n. 10). In presenza di questi elementi, è lecito supporre

⁵⁸ Cfr. art. 2, par. 1, n. 4) della direttiva 2014/24/UE.

⁵⁹ Cfr. Art. 3, comma 25, del Codice. Cfr. G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, p. 839 e seg.; M. A SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004; .; R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Foro amm. – consiglio di Stato*, 2005, p. 1347 e seg. Per l'origine della nozione, che riprende la distinzione francese tra *établissements publics à caractère industriel e commercial* e *établissements publics à caractère administratif*, M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e Impr.*, 2008, p. 1201 e seg. anche per una disamina approfondita della *ratio* dell'applicazione della disciplina degli appalti pubblici.

⁶⁰ Per riferimenti allo stato della giurisprudenza cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza, op. cit.*, pag. 548 e seg. anche per la tesi secondo la quale la nozione restrittiva risulta preferibile atteso che solo quando un operatore economico non è esposto a una concorrenza effettiva e non sopporta un rischio di impresa si pongono i problemi di agenzia sopra richiamati che giustificano l'imposizione delle procedure di evidenza pubblica.

che il soggetto è stato istituito per soddisfare esigenze di interesse generale che sono in realtà di natura industriale e commerciale.

Anche in questo caso è essenziale verificare il contesto fattuale e giuridico nel quale opera il soggetto. La circostanza che l'operatore economico operi in un contesto pienamente concorrenziale costituisce un elemento indiziario molto rilevante, per quanto non di per sé decisivo⁶¹.

Infatti, perché l'operatore economico sia incentivato a effettuare gli acquisti mirati a selezionare il contraente che offre le condizioni migliori, occorre anzitutto appurare se esso sia esposto a una pressione concorrenziale effettiva, cioè se esso sia un operatore "nel mercato". Inoltre occorre valutare se il rischio di perdite derivanti da una cattiva gestione ricada interamente su di esso o se le perdite vengano magari ripianate a piè di lista e poste a carico della collettività. Se manca questo secondo presupposto l'operatore "nel mercato" non può essere considerato "di mercato", cioè motivato dagli stessi incentivi di tutti gli altri operatori.

In ogni caso, l'analisi del mercato secondo le tecniche proprie del diritto antitrust costituisce uno strumento essenziale per stabilire se un operatore economico sia qualificabile come organismo di diritto pubblico e come tale tenuto al rispetto delle regole poste dalla normativa europea e nazionale in materia di contratti pubblici.

7. La pubblica amministrazione come acquirente nel mercato.

Dopo aver esaminato come il diritto europeo e nazionale concorrono a definire le varie dimensioni dei rapporti tra appalti pubblici e concorrenza, conviene approfondire la posizione della pubblica amministrazione come operatore nel mercato (in senso "macro"), cioè come acquirente di beni, servizi e lavori⁶².

⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia CE 10 maggio 2001, cause C-223 e 260/99, *Agorà e Excelsior*, 42; 10 novembre 1998, causa C360/96, *BFI Holding BV*, 48-49.

⁶² In questo saggio non ci siamo occupati della sua posizione come venditore soprattutto di beni (immobili) e azioni detenute in società (privatizzazioni) con riferimento alla quale la normativa vigente prevede meccanismi di concorrenza per il mercato.

Si è già osservato che le stazioni appaltanti, a differenza dei normali operatori economici, sono costrette a rivelare *ex ante* le proprie preferenze in ordine agli acquisti da effettuare già in sede di predisposizione della *lex specialis* della gara⁶³.

Va ora precisato meglio che le stesse preferenze delle stazioni appaltanti non sono del tutto libere, ma sono almeno in parte orientate dalla disciplina europea e nazionale in materia di contratti pubblici.

La direttiva 2014/24/UE in materia di forniture e di servizi già richiamato chiarisce che gli appalti pubblici sono anche uno strumento per realizzare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva con l'obiettivo di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, di conseguire obiettivi a valenza sociale⁶⁴.

La direttiva ricorda in modo più specifico che l'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nelle politiche e azioni dell'Unione nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile (considerando n. 91). La direttiva spiega inoltre come, nell'individuare il miglior rapporto qualità/prezzo, le stazioni appaltanti possono far riferimento a fattori che includono aspetti ambientali o sociali quali, per esempio, *“la stampa o meno di libri su carta riciclata (...) i costi imputabili alle esternalità ambientali o l'agevolazione o meno dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili tra le persone incaricate dell'esecuzione dell'appalto”* (considerando n. 93).

Questa impostazione condiziona l'individuazione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto e la determinazione dei costi del ciclo di vita⁶⁵. Quest'ultimo concetto, del tutto nuovo nella materia degli appalti pubblici, consente appunto alle stazioni appaltanti di scegliere l'offerta che abbia i costi minori in termini di esternalità negative

⁶³ Come si è già osservato, alcune procedure più flessibili come per esempio il dialogo competitivo risolvono in parte questo problema perché l'amministrazione utilizza i contatti con le imprese che partecipano alla procedura per chiarire meglio i propri bisogni e le soluzioni più confacenti.

⁶⁴ Cfr. considerando n. 2. In particolare sui cosiddetti appalti verdi cfr. G. FIDONE, *Il Green public procurement nel diritto comunitario con particolare riferimento alle nuove direttive appalti e concessioni*, in G.F. CARTEI- M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015, pag. 223 e seg.

⁶⁵ Cfr. artt. 67 e 68 della direttiva.

come per esempio i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici (art. 68, par. 1, lett. b)).

L'integrazione di considerazioni sociali e ambientali nelle procedure di appalto può essere effettuata ricorrendo a criteri di aggiudicazione o a condizioni di esecuzione dell'appalto richiedendo per esempio che la fabbricazione dei prodotti acquistati non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche, che i servizi siano forniti usando macchine efficienti dal punto di vista energetico, che siano utilizzati prodotti del commercio equo, che siano ridotti al minimo i rifiuti (considerando n. 97).

I criteri di aggiudicazione dovrebbero tener conto anche degli aspetti sociali del processo di produzione e dovrebbero favorire in particolare l'attuazione di misure volte a promuovere l'eguaglianza tra uomini e donne nel mercato del lavoro, la conciliazione tra lavoro e vita privata, l'assunzione di un numero di persone svantaggiate superiore a quello minimo stabilito dalla legislazione nazionale, e persino il benessere degli animali (considerando n. 98). I medesimi criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione dell'appalto possono includere anche misure volte a promuovere la tutela della salute del personale coinvolto nei processi produttivi, la promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate favorendo, per esempio, l'assunzione di disoccupati di lunga durata, la formazione dei disoccupati o dei giovani. Le specifiche tecniche possono prevedere requisiti di natura sociale come, in particolare, l'accessibilità per persone con disabilità o la progettazione adeguata per tutti gli utenti (considerando n. 99).

Peraltro, i criteri di aggiudicazione non conferiscono all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata perché essi devono garantire *“la possibilità di una concorrenza effettiva”* (art. 67, par. 4), parametro quest'ultimo che, anche su questo aspetto specifico, costituisce un limite alla discrezionalità nella esplicitazione di preferenze così particolari.

In termini più specifici, poi, le preferenze delle stazioni appaltanti legate a fattori ambientali e sociali devono essere strettamente legate all'oggetto dell'appalto (art. 67, par. 2), e non possono spingersi sino *“a imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale”* (considerando n. 97). In ogni caso non devono scoraggiare la partecipazione alle procedure competitive.

Le preferenze delle stazioni appaltanti sono orientate anche da un altro punto di vista. Ci si riferisce l'indirizzo espresso dal diritto europeo e dal Codice dei contratti pubblici a facilitare la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese⁶⁶. A questo fine, in particolare, secondo la direttiva 2014/24UE le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Nel far questo dovrebbero essere poste in condizione di decidere liberamente l'entità e l'oggetto dei lotti, addirittura senza essere soggette "a supervisione amministrativa o giudiziaria", essendo semmai obbligate a motivare la scelta opposta di non procedere alla suddivisione dell'appalto in lotti (considerando n. 78). Inoltre le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta (considerando n. 79). L'art. 46 della direttiva riflette questa impostazione obbligando le amministrazioni a indicare i motivi principali della eventuale decisione di non suddividere in lotti l'appalto e consentendo ad essi di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente.

Già il Codice dei contratti pubblici, in seguito ad alcune modifiche introdotte nell'ambito della manovra volta a contrastare la crisi economica degli ultimi anni, prevede che le stazioni appaltanti, ove possibile ed economicamente conveniente, devono suddividere gli appalti in lotti e funzionali, che i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese e che anche la realizzazione delle grandi infrastrutture deve garantire la modalità di coinvolgimento di queste ultime⁶⁷.

Il quadro normativo ora delineato sembra configurare le pubbliche amministrazioni come acquirenti con una sensibilità e con preferenze spiccatamente distinte da quelle di gran parte degli operatori di mercato. Ciò appare lecito in linea di principio, tenuto conto che anche i normali acquirenti si presentano sul mercato con scale di preferenze diversificate. Nel caso della pubblica amministrazione vi è però il rischio che ciò vada a scapito, almeno entro certi limiti, dell'esigenza di contenere al minimo gli esborsi a carico della finanza pubblica.

⁶⁶ Su questi temi cfr. M. COZZIO, *Percorsi di innovazione giuridica (e non solo) per le MicroPMI nella direttiva europea sulle concessioni*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *op. cit.*, pag. 255 e seg.

⁶⁷ Cfr art. 2, commi 1-bis e 1-ter.

Ove questo genere di preferenze, in gran parte suggerite ma non rese obbligatorie dal diritto europeo e nazionale, fossero fatte proprie con piena convinzione dalle singole stazioni appaltanti, la politica complessiva degli acquisti delle pubbliche amministrazioni potrebbe avere effetti rilevanti sul mercato inteso nella dimensione “macro”.⁶⁸ Potrebbe infatti condizionare la struttura dell’offerta dei beni e servizi inducendo con l’esempio anche altri acquirenti a mutare le proprie preferenze in senso ecocompatibile e di maggiore sensibilità agli aspetti sociali. Si tratta di scenari, almeno per l’esperienza italiana, ancora remoti.

8. La pubblica amministrazione come creatore e regolatore del mercato.

Qualche cenno va dedicato alla posizione della pubblica amministrazione nel momento in cui definisce nella *lex specialis* e applica le regole della concorrenza per il mercato, cioè con riferimento al mercato nella dimensione “micro”.

Si è già osservato che la regola della concorsualità delle singole procedure di gara costituisce il corollario dei principi di non discriminazione, trasparenza e pubblicità enunciati dal diritto europeo e dal Codice.

La prima questione che si pone è quella di stabilire il *quantum* minimo di partecipazione che deve essere assicurato per garantire una “concorrenza effettiva”, espressione usata, come si è visto, ripetutamente nelle direttive europee.

In realtà non sembra esistere un numero ottimale di fornitori per garantire il raggiungimento di questo obiettivo. Talvolta sono sufficienti due imprese rivali perché si instauri una concorrenza vivace; altre volte imprese in numero elevato possono avere interesse a non competere e tendono piuttosto a colludere. In ogni caso massimizzare il numero dei partecipanti alle gare non garantisce di per sé un risultato vantaggioso per l’acquirente⁶⁹. La massima partecipazione alle gare assicura infatti il massimo di

⁶⁸ Per la tesi secondo la quale gli “appalti verdi” possono innescare un circuito virtuoso, ma che sarà difficile farlo fin tanto che le stazioni appaltante saranno libere di decidere se inserire “clausole verdi” nella disciplina di gara e, più in generale, per una disamina delle nuove direttive per questi aspetti cfr. S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la “competitività non di prezzo” anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Il diritto dell’economia*, 2015, pag. 355 e seg. e specialmente pag. 386.

⁶⁹ Cfr. per queste tesi A. HEIMLER, *op. cit.*, pag. 185.

concorrenza effettiva solo in un una situazione ideale di concorrenza perfetta statica, caratterizzata da beni fungibili e da identità di informazioni disponibili⁷⁰.

Qualche indicazione numerica è comunque ricavabile dalle direttive europee. Così la direttiva 2014/24/UE prevede che sia possibile ridurre il numero di candidati da invitare a partecipare alle procedure ristrette, alle procedure competitive con negoziazione e alle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, richiedendo che alle procedure ristrette siano invitati almeno cinque candidati, alle altre procedure almeno tre. Il numero minimo deve essere comunque sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza e le stazioni appaltanti possono anche indicare il numero massimo dei partecipanti⁷¹.

La direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni non fissa un numero minimo limitandosi a porre il criterio della garanzia di una concorrenza effettiva⁷².

E' indispensabile però che la stazione appaltante indichi nella *lex specialis* criteri obiettivi e non discriminatori in modo da ridurre la discrezionalità nella scelta dei soggetti da invitare alla procedura. Questa operazione non è affatto semplice e può essere foriera di contestazioni. Ciò spiega, per esempio, perché nell'ordinamento italiano il cosiddetto metodo della forcella previsto in passato⁷³, cioè la previsione di un numero minimo e massimo di offerenti da far partecipare alla procedura, è stato applicato assai di rado.

Nel disegnare nella *lex specialis* le regole della gara le pubbliche amministrazioni godono di un'ampia discrezionalità che è stata accentuata dalle nuove direttive.

Il massimo di discrezionalità è previsto per le concessioni. La direttiva 2014/23/UE stabilisce infatti che le amministrazioni sono in linea di principio “*libere di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto della presente*

⁷⁰ Cfr. M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, cit., pag. 1223.

⁷¹ Cfr. art. 65, par. 2 e par. 3.

⁷² Cfr. art. 37, par. 3. Neppure la direttiva 2014/25/UE fornisce indicazioni numeriche (art. 78, par. 2).

⁷³ In particolare dall'art. 22 del d.lgs. n. 157/1995 in materia di servizi e di forniture.

*direttiva*⁷⁴ e che nella concezione (*sic*) della procedura devono rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza⁷⁵.

Per quanto ampia sia la discrezionalità la concezione della procedura non deve mirare a limitare artificialmente la concorrenza⁷⁶.

Particolare attenzione viene posta dalle direttive ad alcuni passaggi che possono comportare il rischio di limitare o falsare la concorrenza. Così, per esempio, le stazioni appaltanti, prima dell'avvio della procedura, possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto, avvalendosi anche di consulenze di esperti o degli stessi partecipanti al mercato. Ma queste consulenze non devono avere l'effetto di falsare la concorrenza e comportare una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza⁷⁷. Anche le specifiche tecniche non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza⁷⁸. Nella stessa individuazione dei criteri di aggiudicazione deve essere garantita la possibilità di una concorrenza effettiva⁷⁹. Inoltre le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere dalla partecipazione alla procedure un operatore economico quando esse dispongano di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che esso ha sottoscritto accordi con altri operatori intesi a falsare la concorrenza, oppure quando un conflitto di interesse tale da falsare la concorrenza o una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento nella preparazione della procedura non possono essere risolti con misure meno intrusive⁸⁰.

Particolare cura deve essere comunque rivolta dagli Stati membri, come si è già accennato, affinché le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate in

⁷⁴ La direttiva prevede poche regole soprattutto in tema di pubblicità dei bandi e degli esiti della procedura.

⁷⁵ Cfr. art. 30 che rinvia all'art. 3.

⁷⁶ Cfr. art. 18, par. 1, della direttiva 2014/24/UE.

⁷⁷ Cfr. art. 40 della direttiva 2014/24/UE.

⁷⁸ Cfr. art. 42, par. 2, della medesima direttiva.

⁷⁹ Cfr. art. 67, par. 4, della medesima direttiva.

⁸⁰ Cfr. art. 57, par. 4 lett. d), e), f) della medesima direttiva.

materia di conflitti di interesse in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e da garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici⁸¹.

Ragioni legate alla salvaguardia della regola della concorsualità ispirano anche altre decisioni spettanti alle stazioni appaltanti come quella di escludere le offerte anomalmente basse⁸² o quella di ammettere modifiche contrattuali in fase di esecuzione nei casi e nei limiti ristretti consentiti dalla disciplina o, in alternativa, di risolvere il contratto⁸³.

Un cenno va dedicato alla *ratio* della disciplina delle offerte anomale che è oggetto di varie interpretazioni. A quella più tradizionale, secondo la quale la essa mira a garantire la qualità della prestazione a favore dell'amministrazione in relazione ai rischi che l'impresa non completi o non esegua a regola d'arte la prestazione, si oppone quella secondo la quale il divieto di offerte anomale costituisce un'applicazione particolare del principio della tutela della concorrenza in quanto volta a scoraggiare la pratica dei prezzi predatori (cioè una specie di abuso di posizione dominante) e delle vendite sottocosto (cioè come atto di concorrenza sleale)⁸⁴.

Dal complesso delle disposizioni contenute nelle direttive europee emerge in definitiva come le stazioni appaltanti non sono libere di plasmare la *lex specialis* come meglio credono. Al contrario i principi europei più volte richiamati costituiscono un limite alla

⁸¹ Cfr. art. 24 della medesima direttiva.

⁸² Cfr. art. 69 della medesima direttiva.

⁸³ Cfr. artt. 72 e 73, lett. a) della medesima direttiva.

⁸⁴ Per quest'ultima tesi, cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea, cit.*, pag. 564. Per l'altra tesi, cfr. A. HEIMLER, *op. cit.*, pag. 197 e seg. secondo il quale l'obiettivo della disciplina non è l'impatto sulla concorrenza, ma quello di verificare che il prezzo sia tale da incentivare l'impresa a non lasciare l'amministrazione senza la fornitura o con l'opera incompiuta, cioè di evitare la selezione avversa, l'azzardo morale o la cosiddetta maledizione del vincitore (chi vince la gara subisce perdite). Secondo Heimler il problema della scarsa affidabilità dell'offerente va risolto con strumenti diversi quali la possibilità di escludere dalle gare successive i fornitori che non abbiano rispettato i contratti precedenti, cioè sulla falsariga di quanto prevede l'art. 57, par. 4, lett. g) della direttiva 2014/24/UE. Cfr. altresì, G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia*, in CIARICH (a cura di), *op. cit.*, pag. 488 ove si richiama sia la tesi più risalente relativa all'inaffidabilità di un'offerta eccessivamente bassa, sia quella che sottolinea gli aspetti concorrenziali e agli interessi contrapposti dei concorrenti che hanno offerto prezzi di mercato e che non vogliono vedersi superati da azioni sleali.

discrezionalità delle stazioni appaltanti e consentono di evitare che la concorrenza tra i partecipanti alla gara sia falsata o arbitrariamente ristretta.

Il che non vuol dire che le direttive esprimano un *favor* per gli automatismi e le decisioni vincolate, che invece il diritto italiano per lungo tempo ha privilegiato proprio a causa della tradizionale diffidenza nei confronti della discrezionalità della pubblica amministrazione, considerata come un elemento che consente arbitri e favoritismi.

Al contrario le nuove direttive europee, come già sottolineato, vanno nella direzione di ampliare la discrezionalità delle stazioni appaltanti che devono essere in condizione di presentarsi sul mercato per quanto possibile libere da vincoli e da formalità non strettamente necessarie per garantire la *par condicio*⁸⁵. Si pensi per esempio alla disciplina del dialogo competitivo o a quella già richiamata delle concessioni.

Nel contesto delle discipline amministrative di settore volte a regolare l'attività d'impresa concorrenza e discrezionalità sono di regola concetti antitetici. Infatti, il buon funzionamento del mercato richiede un quadro di regole certe, stabili nel tempo, poste *ex ante*, mentre la discrezionalità introduce flessibilità ma anche incertezza relativa alle determinazioni della pubblica amministrazione. Si pensi per esempio al *favor* del diritto europeo nei confronti delle autorizzazioni vincolate che in molti settori (per esempio in quello del credito) hanno sostituito, in attuazione di direttive europee di apertura dei mercati alla concorrenza, strumenti di controllo più intrusivi della libertà di impresa come le concessioni discrezionali previste dalle legislazioni nazionali⁸⁶. Pertanto anche nel singolo mercato artificiale collegato a una procedura di gara si potrebbe ritenere che discrezionalità della stazione appaltante costituisca un elemento negativo.

⁸⁵ In effetti il diritto europeo non è mai stato nemico della discrezionalità e anzi è noto che la Corte di giustizia ha censurato il legislatore italiano che aveva cercato di eliminarla sia con riferimento all'esclusione delle offerte anomale sia con riferimento ai criteri di aggiudicazione (riducendo i casi di ricorso al criterio dell'offerta più vantaggiosa, a favore di quello automatico del prezzo più basso): cfr. G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pag. 452 e p. 491 anche per il richiamo alle sentenze della Corte di giustizia 22 giugno 1989 in C-103/1988 e 7 ottobre 2004 in causa C-247/2002.

⁸⁶ Va ricordato che la direttiva servizi già richiamata qualifica come requisiti vietati dei regimi autorizzatori quelli che subordinano il rilascio del provvedimento alla valutazione discrezionale e al bisogno economico del mercato anche in termini di sufficienza degli operatori già presenti.

In realtà, a ben considerare, l'incertezza *ex ante* fa parte della fisiologia delle relazioni contrattuali tra soggetti privati, visto che fino all'ultimo momento un'offerta può essere lecitamente rifiutata, salvo il rispetto del principio di buona fede, nella fase delle trattative.

Inoltre, nel contesto dei contratti pubblici, gran parte della discrezionalità viene spesa dalle stazioni appaltanti nella fase di redazione della *lex specialis*, esaurita la quale la competizione si svolge sulla base di regole certe che vincolano la stessa amministrazione, che non può legittimamente disapplicarle.

Infine, la discrezionalità può essere governata o monitorata attraverso regole sui conflitti di interesse, trasparenza e pubblicità, obblighi di motivazione stringenti, sistemi di controllo sull'operato delle amministrazioni, ecc.

In definitiva la "buona" discrezionalità, cioè affidata alla professionalità, affidabilità e probità delle stazioni appaltanti, non è nemica della concorrenza⁸⁷. Anzi procedure di gara gestite in modo corretto possono costituire un incentivo a una maggiore partecipazione di imprese che ritengano che possa valer la pena giocare le proprie *chance* in una competizione leale e gestita da un arbitro imparziale.

9. Cenni conclusivi

Come si cercato di argomentare, la concorrenza, riferita al settore dei contratti pubblici, è un prisma dalle molte facce e richiede una serie di distinzioni che meritano di essere riprese e precisate in sede di conclusioni.

La dimensione "macro", che considera le pubbliche amministrazioni come attori nel mercato, non può essere confusa con quella "micro", che considera ogni procedura di gara come uno strumento per introdurre un momento di confronto concorrenziale in un singolo atto di scambio.

Vero è peraltro che vi è una correlazione tra le due dimensioni nel senso che la somma delle singole gare esperite, cioè dei "mercati in miniatura" artificialmente costruiti dalle

⁸⁷ Per la tesi secondo il partenariato pubblico privato, specie nella forma delle concessioni, va considerato come un fattore della riforma della pubblica amministrazione proprio per rendere le stazioni appaltanti capaci di gestire in modo corretto e professionale procedure complesse, cfr. M. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI/M. RICCHI (a cura di), *op cit.*, pag. 22. Il dialogo con i privati in rapporti negoziali complessi richiede una pubblica amministrazione ben attrezzata quanto ai mezzi e alla formazione dei funzionari.

stazioni appaltanti in applicazione della normativa europea e nazionale, concorrono, se ben strutturati, in ultima analisi ad accrescere la concorrenza nella sua dimensione “macro” (oltre che l’efficienza complessiva). Infatti procedure aperte, trasparenti, gestite in modo imparziale hanno effetti positivi a livello di sistema in termini di efficienza e di competitività e, nella prospettiva europea, possono dare un impulso alla crescita del mercato unico⁸⁸.

Anche la nozione di tutela della concorrenza applicata dalla Corte costituzionale alla potestà legislativa dello Stato e delle regioni ha come obiettivo la promozione della concorrenza nella dimensione “macro”. Infatti, regole uniformi per le procedure di gara a livello nazionale rendono più semplice e meno costosa la partecipazione delle imprese alle singole gare bandite nelle varie parti del territorio nazionale, cioè la promozione della concorrenza vista nella sua dimensione “micro”. Del resto, a livello europeo, le stesse direttive europee del 2014 richiamano nelle premesse, come fondamento giuridico della nuova normativa e per le stesse finalità, anche l’art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea in tema di ravvicinamento delle legislazioni.

Le due dimensioni “macro” e “micro” si intersecano anche nell’azione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell’Autorità nazionale anticorruzione nell’esercizio dei propri poteri. Così, la prima, da un lato, può accertare e sanzionare illeciti antitrust posti in essere dalle imprese che partecipano alle gare promuovendo così il buon funzionamento delle singole gare e del mercato nel suo complesso. Dall’altro lato può operare una verifica della correttezza delle singole gare esperite, attivando i nuovi poteri di diffida delle stazioni appaltanti e di impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti amministrativi generali ai sensi dell’art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990. L’Autorità nazionale anticorruzione, tra gli altri compiti, promuove l’uniformità, a livello sublegislativo, delle regole di gara attraverso la predisposizione di bandi-tipo (art. 64, comma 4-*bis* del Codice). Le buone prassi possono condizionare positivamente la concorrenzialità del mercato forse ancor più delle buone regole.

L’esistenza o meno di un mercato concorrenziale è poi un presupposto di fatto che condiziona l’applicabilità delle regole pubblicistiche in materia di procedura a evidenza

⁸⁸ Cfr. M. CAFAGNO, *op. cit.*, pag. 189-190 anche per l’osservazione che imparzialità e concorrenza solo legate da una relazione biunivoca (pag. 169).

pubblica a casi particolari (la procedura di esenzione nei settori speciali e l'organismo di diritto pubblico). Le tecniche di analisi di mercato proprie del diritto antitrust diventano così parte integrante del sistema della contrattualistica pubblica.

La pubblica amministrazione non è un attore neutro nel mercato inteso in senso "macro". Anzi essa si presenta come un acquirente con un sistema di valori e di preferenze che possono orientare l'offerta e anche in qualche misura la domanda per tener sempre più conto di obiettivi di tutela dell'ambiente e sociali.

Infine, la concorrenza, intesa come apertura delle procedure a un grado di competizione effettiva, costituisce un vincolo per le stazioni appaltanti, sotto forma di un limite alla discrezionalità amministrativa.

In definitiva, molti fili legano gli appalti pubblici e la concorrenza e il tentativo svolto nelle pagine che precedono è stato quello di cercare di dipanarne alcuni.