amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2021

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La concorrenza negli appalti pubblici tra disciplina ordinaria e disciplina derogatoria della fase emergenziale da Covid-19. La tutela degli interessi dei privati.

di Linda Giovanna Vacchiano

(Avvocato comunale Nocera Inferiore)

Sommario

1. Premessa – 2. Nozione di concorrenza e fondamento giuridico. – 3. 3. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 4. 4. La concorrenza nella materia degli appalti pubblici. – 5. Appalti e concorrenza: istituti giuridici di dubbia efficacia. – 6. 6. Le gare indette da CONSIP S.p.a. – 7. Orientamenti giurisprudenziali recenti in materia delle gare indette da Consip S.p.a. e l'intervento dell'Antitrust. – 8. Concorrenza ed appalti in fase emergenziale: quid pluris?

Abstract

Competition is a general value, which has always affected national and supranational legislation.

Competition is, first of all, an economic value, defined as a condition in which several companies compete on the same market and in which supply and demand meet and in which none of the operators is able to influence the trend of negotiations with their own behavior or their own. decisions.

In order to be able to speak of competition, the following constitutive elements are necessary in the reference market: the number of operators both on the demand side and on the supply side; a freedom of entry into the market; homogeneity of the product; perfect information and transparency in the market; simultaneity of bargaining, the result of a negotiation phase in which the operators become aware of the necessary information.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

La concorrenza è un valore di portata generale, che ha da sempre interessato la normativa nazionale e sovranazionale.

La concorrenza è, innanzitutto, un valore economico, definita quale condizione nella quale più imprese competono sullo stesso mercato e nel quale si incontrano domanda ed offerta e nel quale nessuno degli operatori è in grado di influenzare l'andamento delle contrattazioni con propri comportamenti o proprie decisioni.

Affinché si possa parlare di concorrenza sono necessari i seguenti elementi costitutivi nel mercato di riferimento: la numerosità degli operatori sia dal lato della domanda che dal lato della offerta; una libertà di ingresso nel mercato; omogeneità del prodotto; perfetta informazione e trasparenza nel mercato; simultaneità delle contrattazione, frutto di una fase di trattativa in cui gli operatori vengono a conoscenza delle informazioni necessarie.

Nell'analisi del diritto[1], la concorrenza involge in sé una serie di valori fondamentali soggetti a specifica tutela in contemperamento con gli interessi dei privati che operano nel mercato. Si configurano due tipologie di tutela: tutela della concorrenza nel mercato e tutela della concorrenza per il mercato. Nella prima accezione la concorrenza è tutelata nella sua qualificazione di insieme di misure che prescrivono l'apertura dei mercati e l'eliminazione delle restrizioni di accesso agli stessi. Nella seconda accezione la concorrenza è definita come quell'insieme di misure volte al perseguimento del fine di assicurare procedure competitive che realizzino la più ampia apertura di mercato a tutti gli operatori economici. Proprio per tale loro duplice natura, tali misure concorrenziali necessariamente interessano anche le procedure ad evidenza pubblica.[2]

L'applicazione della disciplina della concorrenza, che assurge al rango di principio fondamentale dell'attività economica e del mercato, incide e condiziona alcuni istituti particolari del diritto amministrativo. Si pensi, in particolare, alle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di contratti pubblici, anche sotto soglia comunitaria, ove in applicazione della concorrenza è preminente l'adozione di criteri oggettivi, imparziali e trasparenti per la scelta dei soggetti contraenti. La disciplina dei r.t.i. è stata, anch'essa, interpretata alla luce della disciplina della concorrenza: tali raggruppamenti sono, infatti, ammessi in quanto non ostacolino la concorrenza, e ciò avviene quando consentono ad imprese di piccole e medie dimensioni di partecipare insieme a gare alle quali non sarebbero state altrimenti ammesse singolarmente. Lo stesso dicasi con riferimento alla disciplina delle concessioni amministrative. Il

[1] V., a tal proposito, D'Alberti M., *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir.pubbl., fasc.2, 2004, pag. 347

[2] Le misure in questione sono, infatti, quelle che prescrivono modalità di gestione dei servizi tali da render necessaria una procedura concorsuale. V., a tal proposito, Concas A., *Il principio della libera concorrenza*, in www.diritto.it

ISSN 2036-7821

conferimento delle concessioni è limitato dalla legge ad un numero di imprese circoscritto e ciò si giustifica in quanto i concessionari devono essere titolari di diritti esclusivi e/o speciali e di privilegi, espressione delle loro posizioni dominanti e di rilievo nei mercati in cui operano. L'ambito della loro applicazione è, dunque, limitato agli ambiti in cui esiste una riserva di beni o di attività a favore di poteri pubblici.[3]

Alla luce di quanto sopra relativamente alla incidenza nel diritto amministrativo del principio di concorrenza, ne deriva che la logica tradizionale del diritto amministrativo di contrapposizione tra autorità pubblica e privata viene pian piano superata in favore di una visione trilatere dell'equilibrio normativo tra potere pubblico, potere privato e libertà (di mercato).

2. Nozione di concorrenza e fondamento giuridico.

Il diritto della concorrenza[4] ha suscitato l'attenzione degli operatori pubblici sin dalla entrata in vigore della Costituzione. La riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione (L. cost. n. 3 del 18.10.2001) ha introdotto, poi, una specifica disciplina in materia di concorrenza, attribuendone in via esclusiva lil potere regolatorio allo Stato, nell'ottica di uniformità ed omogeneità della disciplina nazionale in coordinamento con la disciplina sovranazionale. L' 117, comma 2, lett. e) Cost. attribuisce, infatti, allo Stato la tutela della concorrenza in tutte le sue declinazioni di significato.[5]

A conferma dell'importanza che da sempre il legislatore italiano ha attribuito alla concorrenza occorre richiamare, per completezza, altresì l'art. 41 Cost., che riconosce e garantisce la libertà di iniziativa economica dei privati.[6] Si ci trova, così, di fronte alla tutela costituzionale di un valore - la concorrenza - non fine a sé stesso ma, piuttosto, trasversale e funzionale alla realizzazione "sociale" dell'individuo, in attuazione dell'art. 3 Cost.

---

[3] Si pensi al caso dei consorzi di produzione e commercializzazione di beni alimentari a denominazione protetta, che hanno dato luogo ad intese tra imprese aderenti sul contingentamento della produzione, e che sono state considerate restrittive della concorrenza e sono state, tuttavia, ammesse ad una autorizzazione in deroga.

[4] V. In proposito, Caravita B., *Il fondamento costituzionale della concorrenza, editoriale n. 8 del 19.04.2017*, in www.federalismi.it; Trimarchi Banfi F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in Dir. Ammin., fasc. 1-2, 2013, pag. 15

[5] Viene intesa tale tutela nel senso della tutela della moneta, del risparmio, dei mercati finanziari, della tutela della concorrenza nel mercato e della concorrenza per il mercato. Tuttavia, secondo parte della dottrina la concorrenza oggetto della disposizione citata sarebbe qualificabile solo in termini di concorrenza economica a tutela degli interessi dei privati competitori, riconducendo il fondamento dei limiti pubblici della concorrenza nel disposto di cui all'art. 41 Cost.

[6]M.S. Giannini in merito a tale disposizione ha elaborato una interpretazione che prevede una distinzione tra la previsione del primo comma, quale garanzia costituzionale del diritto di impresa come diritto privato; e la previsione del secondo e terzo comma quali garanzie costituzionali del pubblico potere di sottoporre il diritto di impresa a potestà pubblicistiche a tutela di interessipubblici prevalenti.

ISSN 2036-7821

2.1. Nell'ambito del settore privato è il Codice Civile che disciplina la concorrenza, regolamentando il divieto di patti di non concorrenza tra imprenditori, che si configura nei casi in cui un imprenditore si obblighi, in cambio di una controprestazione di altro genere o senza controprestazione, a non svolgere attività concorrenziale rispetto ad altro imprenditore; ovvero quando due imprenditori si obblighino a non farsi concorrenza, stabilendo ciascuno un settore di attività o una distinta zona territoriale di mercato; o, in alcuni casi determinati, in ipotesi di cartello nelle forme del controllo dei prezzi o del controllo della produzione. A fronte di tali comportamenti, è prevista la sanzione per il danno arrecato dalla c.d. concorrenza sleale all'operatore economico escluso dal mercato.
Specifica disciplina è, poi, emersa con la legge n. 287 del 10.10.1990, istitutiva altresì dell'Autorità preposta alla tutela di tali valori.
Nell'ambito del diritto pubblico, la concorrenza ha sempre avuto una configurazione eterea, evanescente, trasversale, ed ha sempre accompagnato la tutela dell'interesse pubblico e dell'interesse privato in posizione di reciproco contemperamento. Fondamento pubblicistico della concorrenza, secondo orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza, si rinverrebbe, dunque, nella norma di cui all'art. 41 Cost. in combinato disposto con l'art. 43 Cost., ed in sostanza nel principio di buon andamento de imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., a tutela altresì dell'interesse generale alla concorrenza[7].
A livello comunitario, la concorrenza trova il suo massimo riconoscimento negli artt. 101 e 102 TFUE e nel Regolamento CE n. 1/2003 (Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato). Ma il riconoscimento europeo della concorrenza affonda le proprie radici già nel Trattato di Roma del 1957, che per la prima volta detta una disciplina sovranazionale della concorrenza con impatto diretto nella legislazione degli Stati aderenti.[8] Con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, poi, la concorrenza diventa un principio informatore dell'ordinamento comunitario. Nell'art. 3 TFU si legge, infine, che l'azione degli Stati membri deve essere finalizzata all'adozione, tra l'altro, di una politica economica espressione del

[7] Il fondamento costituzionale della tutela della concorrenza si rinviene già nella legislazione delle Repubbliche marinare che iniziarono a stringere rapporti commerciali che le portarono in breve tempo a sviluppare interessi economici di rilevante estensione territoriale. V., in proposito, Boscolo Anzoletti M., *Concorrenza nella Costituzione*, in www.diritto.it; Cintioli F., *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in www.astrid- online.it

[8] La disciplina UE in questione si divide in policies e regole. Le policies vengono utilizzate per garantire la formazione d un mercato comune e il graduale riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, lo sviluppo coordinato delle attività economiche, una stretta relazione tra gli Stati membri e ciò a tutela dell'interesse finale a che la concorrenza non venga falsata. Le regole, invece, individuano le ipotesi di illecito concorrenziale, che hanno trovato ausilio nella definizione delle figure in questione nella giurisprudenza comunitaria.

ISSN 2036-7821

principio di economia di mercato aperta e in libera concorrenza. E proprio da tale disciplina comunitaria ne deriva il fondamento normativo costituzionale del diritto antitrust [9] a tutela di un'economia di mercato fortemente competitiva, che giustifica altresì la creazione di un'autorità (nazionale e sovranazionale) a garanzia della concorrenza. [10]

Nell'ordinamento nazionale, applicazione concreta della regola comunitaria della concorrenza si esplica nella L. n. 287 del 1990. Riferimento esplicito alla concorrenza si rinviene, poi, nel comma 4 dell'art. 1 della legge n. 280 del 1990 [11] che impone una interpretazione delle norme ivi contenute in modo conforme ai principi in materia di concorrenza, determinando in tal modo - pur nei limiti di cui all'art. 11 Cost. - una sorta di rinvio in bianco al diritto comunitario. Nell'ambito della contrattualistica pubblica, infine, a partire dal D.lgs. n. 163/2006 la concorrenza è divenuta l'obiettivo di garanzia fondamentale nello scambio di volontà, finendo per incidere sulla discrezionalità amministrativa funzionale alla massimizzazione degli interessi pubblici di cui la pubblica amministrazione si fa portatrice.[12]

3. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Come meglio sopra evidenziato, il diritto della concorrenza (o diritto antitrust) è quell'insieme di regole ed azioni di vigilanza "*volto ad impedire comportamenti e strategie delle imprese, che possano condurre a posizioni di monopolio o accordi collusivi a danno dei consumatori, che impediscano l'ingresso sul mercato di imprese concorrenti, o in altro modo distorcano la possibilità di libera concorrenza sui prezzi, sulla qualità dei prodotti, sulle innovazioni tecnologiche*".[13]

A tutela dei valori sopra meglio evidenziati, in adesione al modello eurounitario, anche in Italia la legge n. 287 del 1990 istituisce l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (ACGM), attribuendo alla stessa poteri di regolamentazione e controllo, nonchè in alcuni specifici casi sanzionatori, proprio in considerazione della

[9] V. a tal proposito anche Manganelli A., *Il principio di concorrenza fra Antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in Concorrenza e mercato, fasc. 1, 2013, pag. 279.

[10] V. a tal proposito Corte Giust. UE C-41/90 del 23.04.1991.

[11] Norma definita a "gestazione comunitaria" in Benedettelli M. V., *Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza (Riflessioni in margine al disegno di legge n. 3755 ed al regolamento comunitario sulle concentrazioni)*, in "Il Foro italiano", V, 1990, p. 235; e definita affetta da "strabismo costituzionale" in Oppo G., *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in Rivista di diritto civile, 1993, p. 543.

[12] Esempio tipico è la disciplina delle concessioni di beni e servizi condizionata in modo pregnante dal principio di concorrenza. Sia al momento del rilascio (soggetto alla procedura di gara pubblica), che al momento dello svolgimento dell'attività del concessionario, infatti, le regole che devono trovare applicazione non sono più soltanto quelle previste nel disciplinare o nel contratto, od ancor prima nel bando di gara, ma devono trovare applicazione le regole immanenti della concorrenza, ed in particolare le regole in materia di divieto di abuso di posizione dominante. V. a tal proposito anche Trimarchi Banfi F., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione Europea e nella Costituzione*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc. 5, 2012, pag. 723.

[13] Definizione da www.treccani.it

ISSN 2036-7821

peculiare natura ibrida che interessa le autorità indipendenti.[14]
Ai sensi dell'art. 10 della l. N. 287/1990 l'autorità opera "*in autonomia e con indipendenza di giudizio e valutazione*". Essa è indipendente dagli organi centrali; è soggetta solo alla legge; è dotata di autonomia contabile, gestionale e finanziaria; è sottoposta al sindacato ordinario giurisdizionale (in virtù del fatto che trattasi di una pubblica espressione dell'amministrazione) e non ha natura giudiziaria, anche se all'autorità in questione - a differenza che per le altre autorità indipendenti - è attribuito un potere che parte della dottrina qualifica come para-giurisdizionale.
L'AGCM ha il compito di dare risoluzione a questioni concrete di violazione della concorrenza, decidendo in modo vincolante e definitivo le questioni tra gli imprenditori ed i soggetti lesi. Nell'esercizio di tale potere l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non svolge le tipiche funzioni di regolazione, sulla base di un accertamento discrezionale ed in applicazione delle norme di settore. Anche le modalità procedimentali dell'AGCM sono del tutto peculiari per la funzione che la stessa svolge. Tali procedimenti sono caratterizzati da un'ampia partecipazione dei soggetti coinvolti nella violazione della concorrenza, vale a dire le imprese denunciate, le imprese denuncianti e le associazioni di consumatori; sono procedimenti caratterizzati da un ampio contraddittorio ed i cui provvedimenti sono fondati su una istruttoria che acquisisce non solo fatti ma anche prove del comportamento anticoncorrenziale. Inoltre, pur essendo provvedimenti amministrativi, in quanto emanati da autorità amministrativa, sono provvedimenti che hanno contenuto giustiziale.
Le finalità perseguite dall'AGCM nell'esercizio di tali poteri sono: 1) la punizione di intese restrittive della concorrenza; 2) il divieto di abusi di posizione dominante all'interno del mercato nazionale, con effetti negativi per i consumatori e limitazione della libertà di ingresso per le altre imprese nel mercato; 3) la limitazione delle operazioni di concentrazione tra imprese al fine di evitare qualunque elusione della concorrenza mediante accordi collusivi o rafforzamento illegittimo di posizione dominante sul mercato.[15] Con la riforma del 1992 all'Autorità è stato riconosciuto, peraltro, un potere di vigilanza e repressivo sulla pubblicità ingannevole che potrebbe recare danno ai consumatori ed indirettamente falsare la concorrenza, confluita poi nella repressione delle pratiche commerciali scorrette regolate dal codice del consumo.
Accanto a poteri di concreto intervento con riferimento a situazioni potenzialmente o concretamente lesive della concorrenza, la legge istitutiva del 1990 attribuisce

[14] V. In proposito, anche Facondini L., *I contratti pubblici e la tutela della concorrenza*, in www.diritto.it
[15] E 'mediante tali finalità che l'AGCM persegue altresì l'obiettivo di garantire l'accesso libero e le pari opportunità sul mercato, la promozione della innovazione, della riduzione dei costi, il miglioramento qualitativo dei prodotti mediante la differenziazione dei prodotti, arricchendo ilconsumatore delle alternative disponibili, la promozione della meritocrazia.

ISSN 2036-7821

all'Autorità anche un potere di iniziativa nei confronti del Governo ed al Parlamento in merito a proposte di legge o di regolamento che siano idonee a tutelare la concorrenza, ovvero di segnalazione di disposizioni normative che, invece, distorcono - anche in modo indiretto - la concorrenza.

3.1. Tra i poteri attribuiti all'AGCM in materia di concorrenza quello che maggiormente interessa il rapporto tra il diritto della concorrenza ed il diritto amministrativo è sicuramente il potere sanzionatorio e repressivo, conseguente all'accertamento di intese anticoncorrenziali. Ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990 sono considerate intese che restringono la libertà di concorrenza tutti quegli "*accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari*".[16] Tali intese sono vietate nella misura in cui abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, e pertanto sono ritenute nulle.[17] Ai fini della dichiarazione di nullità, l'AGCM procede: 1) all'accertamento dei fatti; 2) alla contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza; 3) al confronto dei fatti accertati con la norma contestualizzata, servendosi anche di elementi probatori oltre che della partecipazione attiva dei soggetti coinvolti nella violazione della disciplina della concorrenza; 4) infine alla diffida alle imprese ed, 5) ove necessario, all'applicazione delle sanzioni.[18] In virtù dell'alto grado di discrezionalità a cui è soggetto tale procedimento, la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato degli indici presuntivi (sintomatici) di sussistenza di intese restrittive della concorrenza. Si fa riferimento, in particolare, al caso in cui una impresa partecipi a riunioni in cui è stata decisa la concentrazione dell'attività economica, non essendo necessaria la prova della adesione della impresa

[16] V. a tal proposito anche Russo F., *Le intese anticoncorrenziali: prova, sanzioni e autorizzazioni in deroga*, in Foro ammin. CDS, fasc. 4, 2008, pag., 1233.

[17] La norma richiama espressamente le condotte tipicamente restrittive della concorrenza, ovvero a) la fissazione diretta ovvero indiretta dei prezzi di acquisto o di vendita ovvero di altre condizioni contrattuali; b) l'impedimento o la limitazione della produzione, degli sbocchi o degli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico od il progresso tecnologico; c) la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento; d) l'applicazione, nei rapporti commerciali con altri contraenti, di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, che determinano per essi ingiustificati svantaggi di concorrenza; e) la subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi. Non è necessario, tuttavia, che ci sia una forma scritta di accordo anticoncorrenziale. Secondo costante orientamento della giurisprudenza e della dottrina, infatti, fanno fede a tal fine anche i gentleman's agreement.

[18] V. a tal proposto anche Garilli C., *Le intese restrittive della concorrenza nell'attività dell'Acgm (anno 2015)*, in Rassegna di legislazione nazionale, Concorrenza e mercato, 2016, pt. 2, pp. 267-290; Cazzuto C. E., *Le intese restrittive della concorrenza nell'attività dell'Agcm*, in Rassegna di decisioni adottate dall'Agc, nel corso del 2013, Concorrenza e mercato, 2014, pt. 3, pp. 383-399; Mangialardi G., *Sulle intese restrittive della concorrenza nelle gare pubbliche, 2017*; Filippelli M., *Le misure correttive per ab usi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, in Concorrenza e mercato, fasc. 0, 2011, pag. 566 e ss.

ISSN 2036-7821

a tale concentrazione né tanto meno la prova dell'esecuzione di tale accordo. A fronte di questa presunzione di illecito è la impresa accusata che deve dimostrare la sua estraneità alla intesa (e - nell'ipotesi sopra meglio espressa - che ha manifestato nelle riunioni il proprio dissenso alla stessa[19]). Comunque, resta fermo che quando mancano significativi elementi probatori esogeni su cui fondare la presunzione di illecito anticoncorrenziale, l'AGCM ha l'onore di provare che eventuali comportamenti paralleli siano frutto di un cartello e non possono essere giustificati in via alternativa, in tale circostanza determinandosi una inversione dell'onere della prova a carico dell'Autorità per la condanna dell'illecito.[20]

3.2. Secondo l'art. 15 della legge n. 287/1990, a fronte dell'accertamento del comportamento anticoncorrenziale edecorso inutilmente il termine per l'eliminazione delle infrazioni di cui agli artt. 2 e 3 (trattasi dei c.d. impegni), ovvero in caso di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata della infrazione, l'Autorità "*dispone […] l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali deve procedere al pagamento della sanzione*". Ove, dunque, non venga data ottemperanza alla diffida alle imprese in posizione anticoncorrenziale, l'Autorità ha il potere di applicare la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione per ritardo di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con il limite massimo del dieci per cento del fatturato di cui al comma 1. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre anche la sospensione dell'attività di impresa fino a 30 giorni.

Ove, invece, le imprese si adoperino con qualificata collaborazione all'attività procedimentale dell'Autorità (trattasi dei c.d. programmi di clemenza), questa può evitare di applicare la sanzione amministrativa ovvero applicarla in misura ridotta nelle ipotesi previste dal diritto comunitario.[21] Diverso è il caso delle c.d. autorizzazioni in deroga di cui all'art. 4 della legge n. 287/1990.[22] Trattasi di dispense

[19] A titolo esemplificativo si vedano i recenti casi decisi dal giudice amministrativo. In particolare, v. T.a.r. Piemonte, Torino, sez. 2, 14.02.2018 n. 219; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 30.01.2018, n. 1090; T.a.r. Lazio, Roma, sez. 1, 31.01.2018, n. 1119; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 23.11.2017, n. 11582; T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 6.12.2017, n. 810; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. II, 22.12.2017, n. 1665.

[20] L'adeguamento delle condizioni di mercato, in linea generale e ferma restando la prova contraria dell'Autorità in merito, deve considerarsi un comportamento lecito in virtù della necessità di essere competitivi sul mercato, a prescindere da qualsivoglia schema collusivo.

[21] Accanto al sistema normativo, i poteri sanzionatori dell'AGCM trovano regolamentazione anche negli orientamenti della Commissione Europea, qualificati dalla giurisprudenza come norme di comportamento indicative della prassi da seguire dalla quale la pubblica amministrazione non può discostarsi senza fornire motivazioni specifiche compatibili con il principio di parità di trattamento.

[22] L'art. 4 cit. dispone che: "*L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i*

ISSN 2036-7821

dalla applicazione della normativa anticoncorrenziale e ciò con l'effetto di rendere lecito un atto o un fatto altrimenti illeciti per il diritto antitrust. Per un periodo limitato nel tempo la legge ammette la possibilità per l'Autorità di autorizzare intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990, nel caso in cui diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato ed i cui effetti comportino un sostanziale beneficio per i consumatori, sempre che sul mercato residui un grado di concorrenza sufficiente. L'autorizzazione deve essere concessa entro 120 giorni dalla presentazione della richiesta all'Autorità da parte dei soggetti interessati, a seguito di una istruttoria disposta ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/1990[23]. Tale deroga, dunque, non può determinare restrizioni che vadano oltre la stretta necessità di raggiungimento di finalità concorrenziali.

4. La concorrenza nella materia degli appalti pubblici.

4.1. La disciplina dei contratti pubblici è in rapporto biunivoco rispetto alla disciplina della concorrenza. La materia dei contratti pubblici è, infatti, finalizzata alla scelta del miglior contraente per il perseguimento dell'interesse pubblico e tale scelta, in linea generale, viene effettuata dalla stazione appaltante in virtù di un procedimento di gara che garantisce la libera concorrenza, la libertà di accesso e la *par condicio* tra le imprese concorrenti.[24]

Già nell'ambito delle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici (direttive n. 23-24-25/2014/UE), recepite in Italia dal D.lgs. n. 50/2016, si prevede una disciplina in materia di contratti pubblici fondata su valori altri rispetto al solo

---

quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessita' di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. 2. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione. 3. La richiesta di autorizzazione e' presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa".

[23] I requisiti che la intesa in deroga deve presentare affinché sia soggetta ad autorizzazione sono: a) miglioramento delle condizioni di offerta di beni e servizi sul mercato, tale da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori; b) non completa eliminazione della concorrenza; c) miglioramento qualitativo della produzione o della distribuzione, ovvero del progresso etnico o tecnologico; d) limitazioni delle restrizioni della concorrenza a quanto strettamente necessario al raggiungimento delle finalità positive di concorrenza. Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento CE n. 1/2003 è la impresa che presenta la richiesta a dover provare la sussistenza di tali requisiti ai fini dell'autorizzazione.

[24] V. a tal proposito Clarich M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in Diritto Amministrativo, fasc.01-02, 2016, pag. 71. I contesti che facilitano, infatti, comportamenti anticoncorrenziali sono quelli in cui vi siano pochi concorrenti, prodotti omogenei, perdurante partecipazione alle gare delle stesse imprese, appalto ripartito in più lotti dal valore economico simile. I fenomeni che possono risultare associati a comportamenti anticoncorrenziali sono, ad esempio, il boicottaggio della gara, la presentazione di offerte di comodo, la rotazione delle offerte e la spartizione del mercato.

ISSN 2036-7821

criterio della maggiore efficienza e minore spesa della pubblica amministrazione. Il secondo considerando della direttiva 2014/24/UE in materia di settori ordinari dispone, in proposito, 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 ed inclusiva, garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista ed aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale*". Anche nella direttiva 2014/25/UE in materia di settori speciali (acqua, energia, trasporti, servizio postale) nei primi considerando si evidenzia la necessità di perseguire il fine di assicurare l'apertura di tali mercati alla concorrenza. Testualmente la direttiva dichiara che "*risulta [ancora] opportuno mantenere norme riguardanti gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in quanto le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di questi enti, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza*".

4.2. Proprio in virtù della "globalizzazione" dei mercati, viene meno il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti agli altri offerenti nella attribuzione degli appalti, sia che la stazione appaltante scelga il contraente in virtù di considerazioni non economiche. Ecco che trova piena attuazione il principio di parità di trattamento degli offerenti, il principio di trasparenza ed il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in attuazione di una concezione di concorrenza molto più estesa rispetto ai confini unicamente nazionali e territorili.[25] Sul punto, di rilevante interesse è l'art. 18 della direttiva 2014/24/UE, il quale impone alle amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici in virtù del principio di par condicio ed in modo non discriminatorio e di agire in virtù della trasparenza e della proporzionalità. In sostanza, la lex specialis di gara deve essere costruita in modo tale da non limitare artificialmente (ed artificiosamente) la concorrenza, intesa come "*la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di*

[25] Altri riferimenti alla tutela della concorrenza si rinvengono nelle direttive europee del 2014. In particolare si pensi agli artt. 51 e 52 della direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni senza previa pubblicazione del bando; all'art. 32 della direttiva 2014/24/UE in materia di proceduranegoziata senza previa pubblicazione del bando limitata a casi tassativi; all'art. 42 della direttiva 2014/24/UE in materia specifiche tecniche per l'accesso degli operatori economici; l'art. 55 della direttiva n. 2014/24/UE in materia di imitazione del numero dei candidati invitati a negoziare ed a presentare un'offerta, che deve essere scelto dalla stazione appaltante in modo che si assicuricomunque un'effettiva concorrenza; all'art. 18 della direttiva 2014/24/UE sui principi diaggiudicazione degli appalti.

ISSN 2036-7821

pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio".[26] La procedura di gara altro non è, infatti, se non uno dei casi in cui la pubblica amministrazione mette a disposizione di soggetti privati una risorsa scarsa - in questo caso il contratto da affidare - e nella quale trovano applicazione i principi generali richiamati dalla normativa comunitaria (c.d. concorrenza per il mercato).[27] In linea generale, ogni procedura ad evidenza pubblica costituisce un atto di scambio su un determinato mercato creato artificialmente ed appositamente, nel quale debbano esser presenti in condizioni di concorrenza vari operatori che siano in grado di erogare quei beni, servizi e forniture del medesimo genere di quello richiesto dalla stazione appaltante.

La disciplina nazionale prevede una serie di riferimenti alla tutela della concorrenza in materia di procedure ad evidenza pubblica. Già il D.lgs. n. 163/2006 all'art. 4 faceva riferimento alla disposizione costituzionale in materia di concorrenza, stabilendo un limite per le regioni in materia di disciplina di selezione dei concorrenti alle procedure di evidenza pubblica.[28] Anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 14 del 2004, ha avuto modo di occuparsi della questione della compatibilità del diritto della concorrenza con il diritto degli appalti statuendo che: 1) la tutela della concorrenza non è una materia il cui oggetto sia identificabile a priori, ma è una finalità che si atteggia in modo diverso a seconda del settore con riferimento al quale si applica l'intervento statale; 2) la funzione di tutela della concorrenza comprende anche interventi regolativi, la disciplina antitrust e le misure destinate a promuovere il mercato aperto ed in libera concorrenza (c.d. concorrenza dinamica); 3) si configura, di conseguenza, una natura trasversale della competenza statale a tutela della concorrenza e quindi la potenziale capacità dell'intervento

[26] Cit. Clarich. M. V. a tal proposito Clarich M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in Diritto Amministrativo, fasc.01-02, 2016, pag. 71.

[27] V. a tal proposito anche Cassetti L., *Appalti e concorrenza: quante sono le "anime" della competenza esclusiva statale in materia di "tutela della concorrenza"?*, in Giur. cost., fas. 6, 2007, pag. 4559; D'Alberti M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in Dir. ammin., fasc. 2, 2008, pag. 297; Caponigro R., *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in Relazione al Convegno "Efficienza, legalità, controlli. Pesi e contrappesi", Napoli, 10.06.2010, in giustamm.it, fasc. 6; Clarich M., *La tutela della concorrenza negli appalti pubblici*, Relazione al seminario Syimez (Associazione per lo sviluppo dell'industria nel Mezzogiorno) "La nuova legge sugli appalti. Aperture al diritto della concorrenza ed opportunità per il Mezzogiorno", Roma, 15.03.2016, in Rivista giuridica del Mezzogiorno, 2016, fasc. 3, pzg. 737 e ss.; Brunetti F., *Note minime su provvedimenti sanzionatori dell'A.G.C.M. [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato] per intese restrittive della concorrenza ed esclusione dalle gare,* Nota a T.A.R. Campania - Salerno, sez. I, 2.01.2017, n. 10, in giustamm.it, 2017, fasc. 7, pp.16; Mangialardi G., *Sulle intese restrittivedella concorrenza nelle gare pubbliche,* Nota a Cons. Stato sez. VI 20.02.2017, n. 740, in Urbanistica e appalti. 2017, fasc. 4, pp. 502 e ss.

[28] La Corte Corte costituzionale ha avallato tale interpretazione normativa stabilendo che la tutela della concorrenza si concretizza altresì "nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura dei mercati 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" (Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401).

ISSN 2036-7821

pubblico di interferire, in modo diretto ovvero indiretto, con le scelte operate nei settori di competenza legislativa concorrente ovvero residuale delle regioni; 4) tale trasversalità comporta la necessità che la Corte costituzionale operi un sindacato finalizzato alla valutazione della proporzionalità, congruità, ragionevolezza della misura statale in relazione alla sua capacità di incidere sugli equilibri economici nazionali. Ed il motivo per cui lo Stato può effettuare tale ingerenza nella competenza regionale è rinvenibile proprio nella necessità di imporre l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza.[29]

Ogni contratto che attribuisce un vantaggio economico all'Ente deve, dunque, osservare un nucleo minimo di garanzie, ovvero rispettare i principi desumibili dal diritto europeo e dal diritto nazionale in materia di concorrenza. Si pensi alla direttiva 2014/24/UE che al considerando n. 2 espressamente afferma che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 per la realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva. Per realizzare tale obiettivo, la direttiva di cui sopra si prefigge l'obiettivo di rimodulare la disciplina degli appalti al fine di garantire l'efficienza della spesa pubblica, favorire la partecipazione alle gare anche delle P.M.I., di conseguire obiettivi a valenza sociale e di assicurare la certezza del diritto. Già in tali obiettivi è ravvisabile un'aura di tutela della concorrenza che viene, poi, esplicitamente menzionata dalla direttiva n. 2014/25/UE sui settori speciali che, nei primi due considerando dichiara la necessità di assicurare un'apertura alla concorrenza dei mercati di tali settori. Anche nella direttiva n. 2014/23/UE sulle concessioni si fa esplicito riferimento alla concorrenza, ad esempio per evidenziare che l'affidamento senza previa pubblicazione del bando dovrebbe essere consentita in casi eccezionali e per una durata predeterminata, al fine di evitare la preclusione all'accesso al mercato e le restrizioni della concorrenza.

4.3. Nell'ambito del dettato normativo nazionale, la concorrenza trova la sua fonte normativa innanzitutto nell'art. 41 Cost., il quale prescrive la libertà di iniziativa economica; nonchè nell'art. 43 Cost. relativo al contemperamento della suddetta libertà da parte del potere pubblico per il soddisfacimento dell'interesse generale; infine, nell'art. 117 Cost. che individua la concorrenza quale materia di esclusiva protesta legislativa dello Stato, nonostante nella previsione di competenza concorrente siano inserite materie che, seppur indirettamente, interessano la concorrenza, comportando un apparente contrasto di norme, risolto proprio in virtù

[29] Riferimento a tali valori si rinviene, peraltro, già nell'art. 2 del vecchio codice dei contratti pubblici che, nell'individuare i principi che ispirano il corpus normativo, pone in primo piano la qualità delle prestazioni, il principio di economicità, efficacia, tempestività e correttezza aggiungendo che l'affidamento deve rispettare altresì i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

ISSN 2036-7821

della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato. La tutela della concorrenza viene intesa come clausola generale trasversale atta a giustificare la legittimità costituzionale di leggi statali di disciplina del mercato. Le regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella contenuta nel Codice dei contratti pubblici in relazione a tutti quei profili relativi alla selezione dei concorrenti (ad esempio, qualificazione delle imprese, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione ecc ecc), in quanto la normativa nazionale non è altro che espressione di un rinvio generalizzato alle disposizioni sovranazionali di rango europeo relative al tema della concorrenza ed in quanto tale prevalente rispetto a qualunque altra espressione del potere normativo[30].

La normativa nazionale in tema di regolamentazione della concorrenza è individuata: nella L. n. 287/1990, istitutiva, tra l'altro, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella sua funzione paragiurisidzionale in materia; nel D.P.R. n. 217/1998 (regolamento attuativo della disciplina della concorrenza); nel D.lgs. n. 175/2016 sulle società pubbliche; nel D.l. n. 1/2012 sulla concorrenza nelle PA; infine, nel D.L. n. 201/2011 avente ad oggetto la liberalizzazione delle attività economiche e rimozione dei controlli ex ante e nella L. n. 99/2009 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonche' in materia di energia). Disciplina, questa appena citata, convogliata idealmente in un disegno normativo unico, ovvero il Codice della concorrenza. Esso si configura come una raccolta sistematica delle norme primarie e secondarie a tutela e promozione della concorrenza, ideato e curato dall'AGCM, al fine di garantire la massima conoscibilità e trasparenza della materia.

4.4. Di particolare incidenza sulla concorrenza negli appalti pubblici nell'ambito della disciplina nazionale sono la centralizzazione ed il decentramento dei centri di spesa. Nella specie, si fa riferimento, a titolo esemplificativo, alla figura introdotta nel nuovo codice appalti, delle centrali uniche di committenza e delle stazioni appaltanti qualificate, nonché alla frammentazione del mercato per garantire la massima partecipazione alla procedure ad evidenza pubblica anche alle piccole e medie imprese, come obiettivo fissato dalle direttive europee[31]. L'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016, al comma 7, prescrive i criteri di partecipazione alle gare, i quali devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese, in applicazione anche del disposto comunitario in materia[32]. Sono qualificate come

[30] V. per approfondimenti sul punto, Lopilato V., *Il riparto delle competenze fra Stato e regioni nel Codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it; Pizzolato F., *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, Il diritto dell'Economia; Costa P., *L'ordoliberalismo della Corte costituzionale? Sul ripetuto tentativo di giustificazione giustificazione di un modello economico*, in Il diritto dell'economia, 2015.

[31] Tale frammentazione, tuttavia, ha un altro risvolto della medaglia: la esiguità degli importi messi a base d'asta dissuadono le imprese alla partecipazione, con la conseguenza che, di fatto, si va a creare un mercato per le sole imprese locali, restringendo quindi la concorrenza.

[32] La disposizione normativa deriva, infatti, dal recepimento della Comunicazione della Commissione Europe,

ISSN 2036-7821

micro imprese quelle con meno di 10 dipendenti; le piccole imprese sono, invece, quelle che hanno dai 10 ai 49 dipendenti; per medie imprese si intendono quelle che hanno dai 50 ai 249 dipendenti. A rafforzamento della previsione che impone la partecipazione delle PMI alle procedure di gara si richiama l'art. 51, comma 1, del Codice appalti secondo cui "*nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettere qq), ovvero n lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazione nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonchè di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti*"[33]. Secondo l'AGCM, affinché si realizzi un effettivo confronto competitivo tra le imprese partecipanti, il numero dei lotti deve essere inferiore al numero dei partecipanti alla gara.

Tuttavia, fermo restando il principio giurisprudenziale secondo cui la suddivisione in lotti costituisce la regola generale a tutela della concorrenza e che la scelta di suddivisione in lotti è soggetta ad una valutazione discrezionale della P.A. non sindacabile dal punto di vista della mera opportunità, a garanzia dell'ampia partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, come bilanciamento rispetto all'interesse della suddivisione in lotti è stato previsto un divieto di tale suddivisione con finalità meramente elusive, anche se nel rispetto del principio di "apply or explain", ovvero previa motivazione adeguata che giustifichi la mancata suddivisione in lotti funzionali, che sia riconducibile a ragioni di convenienza economica[34].

4.5. Altro strumento introdotto dalla legge a tutela della concorrenza è la rotazione, finalizzata anche al contrasto di potenziali fenomeni correttivi nell'affidamento della commessa pubblica. Esso trova applicazione nella fase di consultazione degli operatori economici ed è volto ad evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente e la cui posizione di vantaggio è determinata proprio dall'acquisizione delle informazioni durante il pregresso affidamento, nonchè di garantire la redistribuzione delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori

al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle Regioni (c.d. Small business act) adottato il 25.06.2008.

[33] Disposizione, questa, già contenuta nell'art. 2, comma I-bis, del D.lgs. n. 163/2006.

[34] Per approfondimenti, v. Gamberini A., in F. Caringella – M. Giustiniani – P. Mantini (a cura di), Manuale dei Contratti Pubblici, III Edizione, DIKE Giuridica Editrice.

ISSN 2036-7821

potenzialmente idonei. Ecco che, in applicazione di tale principio, l'invito all'affidatario uscente deve essere disposto soltanto in via eccezionale e va adeguatamente motivato, avuto riguardo anche al numero ridotto degli operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del procedente contratto ovvero all'oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Maggiore applicazione di tale principio si configura negli appalti sotto soglia, nei quali è maggiore il rischio del consolidarsi di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte dei singoli operatori del settore, in precedenza aggiudicatari, e soprattutto a livello locale. Il problema della limitazione della concorrenza con riferimento alla rotazione, tuttavia, si configura anche nelle procedure aperte: è ben possibile, infatti, che il bando di gara preveda dei requisiti di partecipazione eccessivamente restrittivi, idonei a determinare una sostanziale limitazione della concorrenza a favore di un solo operatore economico, fino ad addivenire alle ipotesi di bandi fotografia. In tali casi, si configurerebbe un abuso del potere discrezionale attribuito alla P.A. nell'adozione delle scelte di evidenza pubblica.

4.6. Nel settore degli appalti, la concorrenza trova la sua espressa tutela sia nella forma oggettiva, di apertura dei mercati alla concorrenza, sia in senso soggettivo, di parità di accesso agli operatori nel mercato.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici è, oggi, l'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016 ad individuare i principi che ispirano l'interno corpus normativo, ponendo in primo piano la qualità delle prestazioni ed i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. L'ambito di applicazione della disciplina degli appalti pubblici svolge, dunque, un ruolo determinante ed una influenza rilevante nell'economia di ciascuno Stato. Ciò trova conferma nella necessità per le pubbliche amministrazioni di trovare un metodo di scelta del contraente che consenta una trasparente, imparziale ed economica gestione del denaro pubblico, a vantaggio della collettività e della qualità ed efficienza della pubblica amministrazione. E sono proprio le procedure ad evidenza pubblica che consentono il rispetto di tali principi, corollario dei quali è la tutela della libera concorrenza tra gli operatori del mercato. La norma aggiunge poi (allo stesso modo che nella versione precedente, v. art. 2 del D.lgs. n. 163/2006), che nell'affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti debbano rispettare altresì "*i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*" […] "*le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, fornire o servizi. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese*". L'art. 2 del nuovo codice dei contratti dispone, inoltre, in merito che "*le disposizioni del presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza*

ISSN 2036-7821

esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto".[35]

4.7. In materia di concorrenza[36], anche la giurisprudenza recente si è pronunciata a favore della sua tutela affermando che "*le imprese del settore sono legittimate a denunciare dinanzi al giudice amministrativo gli effetti distorsivi della concorrenza determinati da affidamenti diretti non consentiti, facendo valere il loro interesse legittimo all'espletamento di una gara*", in tal caso ponendo l'attenzione su un potere-dovere conferito a ciascun operatore in merito alla tutela della concorrenza, in ausilio alla tutela pubblicistica (Cons. Stato, sez. III, 01.03.2021 n. 1708). Ed ancora, secondo TAR Lazio, Roma, sez. II, 09.04.2021 n. 4190, in materia di concorrenza, "*l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta a garantire ex ante e in astratto il rispetto dei principi di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza, nei confronti dei partecipanti alla gara, sicché le è precluso disattendere in ogni modo il valore della certezza delle regole da esse poste in gara (autovincolo) nonché quello dell'affidamento riposto in esse dagli operatori. La violazione di questi principi, una volta consumata, non è sanabile in quanto la convalida degli atti non è comunque in grado di eliminare il vulnus che si è già creato nella procedura di gara e, quindi, nella gestione dell'interesse pubblico*". In tali casi, ferma restando la non applicabilità della misura dell'autoannullamento d'ufficio, in presenza di altri presupposti che legittimino la misura prescelta (ovvero l'interesse pubblico all'annullamento e la comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti), la PA deve provvedere all'annullamento della gara. E proprio in tale ottica, anche Cons. Stato, sez. III, 01.03.2021 n. 1708 ammette la possibilità per le imprese di "*denunciare dinanzi al giudice amministrativo gli effetti distorsivi della concorrenza determinati da affidamenti diretti diretti non consentiti, facendo valere il loro interesse legittimo all'espletamento di una gara*", con la conseguenza di investire ciascun operatore economico di un'aspettativa qualificata alla indizione della gara che consente allo stesso di agire in giudizio per la tutela della propria posizione giuridica soggettiva (v., sul punto, Cons. Stato, sez. V, 08.10.2014 n. 5007). Con riferimento alla posizione degli operatori economici di cui sopra, la giurisprudenza addiviene ad affermare che "*trattasi di un interesse legittimo senza dubbio strumentale rispetto all'ottenimento del "bene della vita" finale (comunque e sempre individuabile nell'aggiudicazione), in relazione a situazioni che sono correlate all'aggiudicazione attraverso un nesso di conseguenzialità diretta; situazioni eccezionalmente prese in considerazione dall'ordinamento alla luce del*

[35] V. sul punto, per ulteriori approfondimenti Fonzi A., *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Giappichelli Editore, 2019.

[36] Sul punto, per maggiori approfondimenti v. AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli Editore, 2020; AA.VV., *Mercato concorrenza regole*, Il Mulino Editore, 2021; Ghidini G., Cavani G., *Proprietà intellettuale e concorrenza. Corso di diritto industriale*, Zannichelli Editore, 2021; Fattori P., Tudino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino Editore, 2019; Rea M., *Public e private enforcement antitrust. La tutela della concorrenza tra riforme europee e ordinamento italiano*, Editoriale Scientifica, 2020; Clarich M., *Concorrenza e mercato. Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property*, Giuffrè Editore, 2019.

ISSN 2036-7821

principio di effettività della tutela, nella consapevolezza che diversamente opinando ne risulterebbe inesorabilmente frustrata la tutela del bene finale". Se di pretendesse la prova dell'utile partecipazione ipotetica, gli affidamenti diretti operati in palese e frontale contrasto con le più elementari norme della concorrenza per il mercato finirebbero per sostanziare abusi senza rimedio, "*con definitiva compromissione dell'interesse pubblico alla trasparenza e alla competizione in materia di appalti (interesse pubblico che rimarrebbe affidato alla legittimazione straordinaria di ANAC, ex 211, commi 1-bis e comma 1-ter del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.)*". Fermo quanto sopra, dunque, con rifermento all'interesse legittimo strumentale e condizionato in capo a ciascun operatore economico, l'azione giudiziale non potrebbe, tuttavia, essere esperita in assenza di qualsivoglia interesse a ricorrere ex art. 100 c.p.c., configurabile nella specie come possibilità di ritrarre una qualche apprezzabile utilità dall'eventuale sentenza di accoglimento che deve permanere per tutto il tempo necessario ad addivenire ad un giudicato. Tale interesse, nella specie, si potrebbe configurare soltanto in capo ai chi effettivamente avrebbe potuto partecipare alla gara non indetta, con la conseguenza che solo in tali casi prevarrebbe la tutela della concorrenza rispetto all'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, espressione dei principi di cui all'art. 97 Cost.

4.8. Proprio per l'importanza attribuita alla concorrenza della legge e riconosciuta da dottrino e giurisprudenza unanimemente, ruolo determinante ai fini della tutela della concorrenza stessa in materia di appalti ricopre anche l'ANAC a cui è attribuito dalla legge un potere di regolazione, monitoraggio, vigilanza e controllo, funzionale a promuovere l'apertura dei mercati e la tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 41 Cost. L'ANAC collabora con l'AGCM nella rilevazione di comportamenti aziendali sospetti al fine dell'attribuzione del c.d. rating di legalità[37]. A fronte di tali segnalazioni, l'AGCM interviene prima con i suoi poteri istruttori ed, a seguito di accertamento delle situazioni anticoncorrenziali, con i poteri di enforcement per la eliminazione delle infrazioni commesse, fino alla comminatoria di sanzioni.

Inoltre, Il decreto Salva Italia convertito nella legge n. 214/2011 ha attribuito all'AGCM[38] il potere di agire in giudizio contro gli atti amministrativi che violano la concorrenza ed il mercato. A seguito di tale attribuzione, ove l'AGCM ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto violativo della disciplina a tutela della concorrenza, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate ed invita la P.A. a conformarvisi entro sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, decorsi i quali l'Autorità può

[37] V. sul punto, Cassano C., *Anticorruzione e concorrenza negli appalti pubblici*, in Amministrazione in Cammino - LUISS

[38] V. sul punto, Bruzzone G., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Arbitri dei mercati - Le autorità indipendenti e l'economia, Bologna, 2012; Mattarella B., Pellissero M., *La legge anticorruzione - Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino 2013; Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in Giornale di diritto amministrativo, 2015; Vannucci A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in Le gare pubbliche: il furuto di un modello, Napoli 2010.

ISSN 2036-7821

presentare, tramite l'Avvocatura generale dello Stato, il ricorso entro i successivi trenta giorni. La giurisprudenza in materia è nel senso di ammettere una incidenza dei provvedimenti emessi dall'AGCM in materia di concorrenza nelle procedure di gara. Resta fermo, tuttavia, che, pur incidendo sulle procedure di gara, le decisioni dell'AGCM non hanno effetto automatico sull'andamento delle stesse. Si richiama, sul punto, il principio chiaramente affermato dal Consiglio di Stato, sez. III, 17.11.2020 n. 7115, secondo cui "*nel giudizio per l'impugnazione del provvedimento Agcm, di accertamento di un'intesa restrittiva e di irrogazione di sanzione pecuniaria, non è tutelabile in via cautelare il pregiudizio fondato sull'esclusione da procedure di affidamento di contratti pubblici. Conformemente alla giurisprudenza della CGUE, l'accertamento della violazione di norme a tutela della concorrenza da parte dell'autorità preposta non determina in via automatica l'esclusione dalla gara di appalto, essendo in ogni caso richiesta una valutazione concreta e specifica della condotta posta in essere dall'operatore. Pertanto, l'esclusione dell'impresa da procedure ad evidenza pubblica non può ritenersi effetto "immediato e diretto" del provvedimento impugnato, e conseguentemente non integra un pregiudizio idoneo a giustificare la misura cautelare richiesta*".

5. Appalti e concorrenza: istituti giuridici di dubbia efficacia.

5.1. In virtù del coordinamento tra la disciplina delle procedura ad evidenza pubblica e della tutela della concorrenza, l'ordinamento disciplina strumenti procedimentali proconcorrenziali che le stazioni appaltanti sono legittimate ad utilizzare per la scelta del contraente e che, invece, possono apparire anticoncorrenziali.

La evidenza pubblica si estrinseca in procedimenti preordinati a far emergere in un atto amministrativo le ragioni per le quali la P.A. stipula uno specifico atto negoziale e l'interesse pubblico che intende perseguire. Le norme che regolano l'evidenza pubblica hanno, di per sé sole giò lo scopo di garantire la trasparenza e la verificabilità del rapporto negoziale instaurato tra la P.A. ed il soggetto privato aggiudicatario, assicurando che la selezione indetta sia volta a garantire la scelta delle migliori condizioni contrattuali per l'amministrazione e l'affidabilità del contraente privato e, dunque, tutelare la concorrenza. E per raggiungere tale finalità, la P.A. può utilizzare procedure tipiche ed atipiche, in applicazione del principio di autonomia contrattuale, ma pur sempre nel rispetto dei principi comunitari e nazionali in materia. Tuttavia, nonostante le prescrizioni normative sopra richiamate, è ben possibile che si configurino nel mondo fenomenico della realtà negoziale ipotesi di "elusione" della concorrenza. E le ipotesi di elusone non si configurano soltanto con riferimento alle ipotesi di applicazione delle fattispecie atipiche, ma anche con riferimento alle fattispecie tipiche.

5.2. Con riferimento alle figure atipiche passibili di configurare una ipotesi di elusione delle regole dell'evidenza pubblica e, di conseguenza, della concorrenza, si fa un cenno all'acquisto di beni immobili mediante la compravendita di cosa futura

ISSN 2036-7821

di cui all'art. 1472 c.c. L'adozione dell'istituto della vendita di cosa futura potrebbe, infatti, determinare la configurabilità di pratiche elusive delle procedure ad evidenza pubblica e collusive. Tuttavia, secondo orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza, sussiste una differenziazione tra la compravendita di cosa futura ed il contratto di appalto di lavori che, pertanto, non possono intrecciarsi. Il contratto di appalto, a differenza del contratto di compravendita di cosa futura, si caratterizza, infatti, per la prevalenza di un facere accompagnato da un risultato determinato; l'oggetto dell'appalto è la elaborazione e trasformazione della materia, che si trasfonde nella creazione di un bene giuridico. Nella vendita, invece, l'elemento essenziale è il trasferimento del bene e l'oggetto del contratto si configura, dunque, in un dare.

Secondo il parere reso dal Consiglio di Stato, si deve, dunque, considerare ammissibile il ricorso alla compravendita di cosa futura "*solo nei ristrettissimi limiti in cui l'opera da realizzare o, meglio, da acquisire, costituisca, secondo un ampiamente motivato e documentato apprezzamento dell'amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche ovvero un unicum non acquisibile in altri modi ovvero a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il piu` solerte perseguimento dell'interesse pubblico*".

5.3. Altro istituto atipico di dubbia concorrenzialità è, poi, il leasing pubblico, contratto atipico che assume svariate forme. In base alla disciplina generale, con il contratto di leasing un soggetto si procura la disponibilità di un bene da lui stesso scelto, che viene acquistato o fatto costruire per suo conto da un soggetto terzo, che lo concede in uso al richiedente per un certo periodo di tempo. Il conduttore si obbliga al pagamento di un canone periodico per tutta la durata del contratto; i rischi di perdita e deterioramento del bene rimangono in capo alla società leasing; alla fine del periodo del leasing, il conduttore può scegliere di acquistare il bene, pagando il prezzo predeterminato, ovvero di prorogare la locazione o restituire il bene. Il leasing operativo, invece, si configura nella ipotesi in cui è lo stesso fornitore del bene a concederlo in leasing all'utente.

Con riferimento a tale contratto, le problematiche si configurano nell'ipotesi in cui il soggetto beneficiario del bene dato in leasing è una pubblica amministrazione e quando il bene oggetto del leasing è un bene immobile. Il leasing pubblico, infatti, potrebbe essere assimilato all'appalto di lavori pubblici ed in quanto tale il caso in cui la P.A. acquisti un bene a mezzo di un contratto di leasing potrebbe configurare una ipotesi di elusione della concorrenza.[39] La giurisprudenza ormai consolidata è addivenuta, però, ad ammettere la legittimità dell'utilizzo di tale strumento finanziario da parte della P.A. previa valutazione di convenienza economica e degli oneri finanziari derivanti, i quali devono risultare sostenibili in riferimento ai valori

[39] V. sul punto decisione Corte dei Conti n. 49/2011.

ISSN 2036-7821

ed ai vincoli di bilancio. Con riferimento specifico, poi, al leasing immobiliare, anche tale forma contrattuale è ammessa per la P.A. purché: 1) vengano mantenute ferme le caratteristiche essenziali del contratto; 2) la realizzazione riguardi un'opera suscettibile di proprietà privata; 3) l'ente pubblico abbia la facoltà di riscattare il bene al termine del contratto. Tale forma contrattuale, infatti, non grava sul bilancio dell'Ente, in quanto non viene qualificata come operazione di indebitamento, né ha patto sul calcolo del saldo ai fini del Patto di Stabilità, ma piuttosto si qualifica come operazione di partenariato pubblico-privato, con allocazione dei rischi di costruzione e disponibilità in capo al concessionario[40].

5.4. Il contratto di sponsorizzazione, anch'esso strumento atipico nelle mani della P.A., è uno degli strumenti utilizzati per realizzare l'interesse pubblico, tenuto conto della scarsità delle risorse finanziarie della Pubblica Amministrazione. Si fa riferimento, in particolare, alla sponsorizzazione passiva, ove è l'amministrazione ad essere lo sponsor. In applicazione di tale forma contrattuale, ogni contributo in beni e servizi, denaro od ogni altra utilità proveniente da terzi vede come contropartita la promozione del nome, marchio od attività del "finanziatore", ovvero una proiezione positiva di ritorno e, sostanzialmente, un ritorno d'immagine. E', anch'esso, un contratto a prestazioni corrispettive (e non un contratto gratuito), mediante il quale la P.A. offre ad uno sponsor la possibilità di farsi pubblicità a fronte del pagamento di un contributo e/o della realizzazione di un'opera per il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

La incertezza circa la possibilità di utilizzo da parte della P.A. di tale strumento contrattuale deriva dall'assenza di previsioni normative che regolano la procedura per la scelta dello sponsor privato, alimentando il dubbio che, stante la particolare causa del contratto di sponsorizzazione, l'amministrazione possa scegliere direttamente lo sponsor senza ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica. Tuttavia, secondo orientamento costante nella giurisprudenza e nella dottrina, è necessario che la P.A. proceda alla scelta del contraente sponsor tramite le procedure ad evidenza pubblica, potendo derogarne soltanto in alcuni casi tassativamente previsti dalla legge, in considerazione anche della circostanza che in caso di sponsor non direttamente esecutore dell'opera e/o della prestazione, è necessario che la P.A. preveda nella lex specials di gara strumenti di scelta dell'esecutore in coerenza con i principi di trasparenza, par condicio e concorrenza, altrimenti violando (e non più eludendo) la disciplina relativa alla stipulazione dei contratti con la P.A.[41]

[40] Diverso è, invece, il caso del leasing finanziario il quale ha una finalità essenzialmente di finanziamento e va considerata una operazione di indebitamento, inserita come tale nel calcolo del disavanzo e del debito dell'Ente. In tal caso, la contabilizzazione dell'operazione dovrà seguire il metodo finanziario e la spesa, sia pur affrontata dalla società di leasing, è qualificata come spesa di investimento dell'Ente.

[41] In sostanza, in questi casi si ci troverebbe di fronte ad un esecutore scelto fiducariamente dallo sponsor, a sua volta scelto fiduciariamente dalla P.A.

ISSN 2036-7821

5.5. La finanza di progetto (c.d. project financing) è un altro strumento in bilico tra proconcorrenzialità ed anticoncorrenzialità. Essa è definita come il finanziamento concesso ad una particolare unità economica, soggetto o gruppo, nel quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito di quell'unità come fonte di fondi per il rimborso di un prestito, o sul patrimonio dell'unità come garanzia per lo stesso. Il prestito in questione mira alla realizzazione di una particolare opera e/o attività, in ragione del fatto che dal ritorno economico di tale opera e/o attività dipende in definitiva la remunerazione del finanziatore. Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, la finanza di progetto rientra nel fenomeno della concessione di costruzione e gestione.
Il corrispettivo per la realizzazione dell'opera consiste nella gestione del servizio connesso all'opera realizzata, in linea generale. Proprio per tale natura, la finanza di progetto può costituire una pericolosa forma di limitazione della concorrenza in ordine all'aggiudicazione dei servizi, in quanto mediante tale strumento giuridico i soggetti privati si assicurano l'affidamento in gestione di opere pubbliche e/o servizi pubblici per un periodo più o meno lungo, necessario per ripagare i costi di realizzazione dell'opera e/o prestazione del servizio, in luogo dell'attivazione della ordinaria procedura di gara.
5.6. Con riferimento, poi, agli istituti codicistici a tutela della concorrenza, dottrina e giurisprudenza ne hanno individuato alcuni che, accanto a quelli atipici di cui sopra, di fatto possono essere interpretati ed utilizzati ad elusione della concorrenza stessa.
Preme evidenziare, in premessa, che tutta la disciplina dei contratti pubblici è volta alla massima partecipazione ed alla par condicio degli operatori economici alle procedure di affidamento. Del resto, uno dei principi cardine del codice degli appalti è proprio la concorrenza (v. a tal fine l'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.)[42], che

[42] L'art. 30 così dispone "*1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualita' delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicita', efficacia, tempestivita' e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresi', i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalita', nonche' di pubblicita' con le modalita' indicate nel presente codice. Il principio di economicita' puo' essere subordinato, nei limiti in cui e' espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonche' alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico. 2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi. 3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X. 4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni e' applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente piu' rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attivita' oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente. 5. In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarita' contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione*

ISSN 2036-7821

trova una deroga unicamente in caso di affidamento diretto nelle ipotesi tassativamente individuate dalla legge all'art. 36. Le procedure "ordinarie" previste dal Codice appalti ai fini dell'affidamento dei contratti di appalto e concessione di lavori, servizi e forniture incarnano, invece, pienamente i principi di cui all'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. Si tratta, in particolare: 1) della procedura aperta; 2) della procedura negoziata; 3) della procedura ristretta[43].

Le procedure aperte si configurano quali massima espressione della concorrenza, in quanto aperte a qualsivoglia operatore economico interessato alla loro partecipazione, che possegga i requisiti previsti dal bando. In tal caso, chiunque può presentare un'offerta, secondo le modalità previste dalla lex specialis di gara. Le procedure ristrette, invece, permettono una concorrenza condizionata agli inviti formalizzati dalla stazione appaltante, tra soggetti, dunque, scelti. Seppur vero che ogni operatore economico può chiedere di partecipare alla procedura di gara presentando richiesta, è anche vero che è la stazione appaltante che sceglie di invitare gli operatori economici a cui richiedere la presentazione dell'offerta. Infine, le procedure negoziate limitano ancor più la concorrenza, pur nei limiti consentiti, in quanto consentono alla stazione appaltante - ferma restando la necessità di invitare un numero di operatori previsto per legge - di consultare gli operatori economici scelti e negoziare con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

5.7. Ferma restando la evidente natura proconcorrenziale - seppur con differenti gradi di apertura - delle procedure di gara sopra evidenziate nelle forme ordinarie di

---

del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. 5-bis. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni e' operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformita', previo rilascio del documento unico di regolarita' contributiva. 6. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5, il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105. 7. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese. 8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attivita' amministrative in materia di contratti pubblici nonche' di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

[43] Per approfondimenti v. Cianflone A., Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè Editore, 2021; AA.VV., *Guida agli appalti pubblici*, Il Sole 24 Ore, 2021; Giustiniani M., Fontana P., *Le gare pubbliche . Guida alle fasi di formazione dei contratti pubblici*, Dike Giuridica Editrice, 2021; Armenante F., *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, 2020; Corradino M., Sticchi Damiani S., *Nuovi appalti pubblici. Commento al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche ed integrazioni*, Giuffrè Editore, 2021; Sandulli A., De Nictolis R., *Trattato sui contratti pubblici - III - Vol. 3 - Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, Giuffrè Editore, 2019; Giovagnoli R., Chieppa R., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2021; Galli D., Gentile D., Corradino M., *I contratti pubblici*, Ipsoa, 2017.

ISSN 2036-7821

affidamento, l'attenzione va posta, piuttosto, sugli istituti di dubbia concorrenzialità. Si fa riferimento, in particolare, ai r.t.i., alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, all'avvalimento, al dialogo competitivo ed al partenariato pubblico.[44]

5.8. I raggruppamenti temporanei di imprese sono individuati dall'art. 48 del D.lgs. n. 50/2016 come riunione di operatori economici che partecipano, in raggruppamento, alla procedura di gara. Si parla di raggruppamenti di tipo verticale quando in un gruppo di operatori economici uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; si parla di raggruppamenti di tipo orizzontale quando il gruppo di operatori economici realizza i lavori della stessa categoria.[45] Differente è la disciplina del raggruppamento di tipo orizzontale o verticale nell'ambito delle forniture o dei servizi: si intende per verticale il raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o forniture indicati come principali, anche in termini economici, ed i mandanti quelle indicate come secondarie; si intende per orizzontale il raggruppamento in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione.

La funzione propria del raggruppamento temporaneo di imprese è quella di creare una sinergia tra imprenditori al fine di garantire loro la partecipazione ad una gara, senza che ciò comporti necessariamente la creazione di un autonomo soggetto di diritto, né la costituzione di una stabile organizzazione di impresa, mediante la creazione di una realtà soggettiva transitoria, in cui vari operatori economici cooperano nella realizzazione dell'opera mediante la commistione delle proprie competenze e mediante la ripartizione del rischio d'impresa e del costo finanziario ed economico, secondo il modello del mandato con rappresentanza.

Dalla configurazione di questo nuovo soggetto di diritto ne derivano, in prima battuta, effetti positivi. In primo luogo, si consente a piccole e medie imprese[46], che sole non avrebbero potuto partecipare alla procedura di gara, di prendervi parte; si conferisce una maggiore garanzia economico-finanziaria alla stazione appaltante; si garantisce una maggiore efficienza tecnica e specializzazione nell'esercizio dell'attività oggetto dell'appalto. Ecco che il raggruppamento temporaneo di imprese diventa uno strumento efficiente e proconcorrenziale, soddisfacendo le esigenze sia della disciplina dei contratti pubblici che della tutela della concorrenza.

Tuttavia, nell'applicazione concerta si configurano casi di utilizzo distorto del

[44] V. per maggiore approfondimento, anche Martini B., *Il principio di concorrenza con particolare riferimento alla figura dell'organismo di diritto pubblico*, in www.justowin.it

[45] V. a tal proposito Bertini F., *Brevi note in tema di associazioni temporanee di imprese: pratica lecita o intesa vietata?*, in Giur. merito, fasc. 6, 2008, pag. 1721.

[46] Le piccole e medie imprese con la nuova disciplina dei contratti pubblici hanno, peraltro, maggiori possibilità di partecipare anche in via autonoma alle procedure di scelta del contraente in virtù della predilezione per la divisione in lotti degli appalti, garantendo così ai massimi livellianche la concorrenzialità ed il libero mercato.

ISSN 2036-7821

modello del r.t.i. che ledono, di fatto, la concorrenza. Ed infatti, con riguardo ai requisiti che gli operatori devono possedere per la partecipazione alla gara, quelli di moralità e di affidabilità devono essere posseduti da tutti i partecipanti al raggruppamento; per quel che concerne, invece, i requisiti di idoneità tecnica e di solidità economica l'AGCM e la giurisprudenza prevalente hanno ritenuto che tali requisiti dovessero rispondere ad esigenze oggettive della pubblica amministrazione. Per la frazionabilità di tali requisiti di capacità tecnica ed economica, dunque, risulta rilevante la disposizione della lex specialis di gara in materia. Secondo altro orientamento giurisprudenziale, tuttavia, nel caso in cui l'opera venga realizzata dalle imprese con prestazioni diverse e complementari tra di loro, è necessario per la stazione appaltante abbia almeno la garanzia che i partecipanti al raggruppamento possiedano la totalità dei requisiti richiesti per la prestazione che si impegnano ad eseguire, a nulla rilevando, in tal caso, la migliore condizione della mandataria o di altre imprese mandanti, ed a nulla rilevando la ratio sottesa a fondamento dell'istituto del raggruppamento temporaneo. Tesi mediana, infine, ritiene che, ai fini della regolare partecipazione del raggruppamento temporaneo alla gara, è necessario valutare cosa richieda il bando in merito ai requisiti di capacità tecnica ed economica. Ne consegue che, ove il bando richieda per una determinata opera requisiti in un certo quantitativo in capo a tutti i partecipanti alla procedura di gara, a nulla giova la circostanza che tali requisiti nella misura prescritta nel bando siano posseduti dal r.t.i. nel suo insieme.[47]

Proprio con riferimento al possesso dei requisiti di cui all'art. 83 del Codice appalti, questo accordo tra imprese per la partecipazione alla procedura di gara potrebbe sembrare una forma di intesa restrittiva della concorrenza. Ma, a ben vedere, pur configurandosi una ipotesi di riduzione del numero dei concorrenti e pur sussistendo una ipotesi di limitazione dell'autonomia contrattuale delle parti, prevale comunque la valutazione degli effetti positivi che possono derivare dalla intesa temporanea, sia in termini di vantaggi per il consumer welfare, sia in termini di dinamiche

[47] Anche l'AGCM si è mostrata, nelle proprie decisioni, favorevole a forme di raggruppamenti temporanei di imprese di tipo verticale, in quanto consentono ad imprese che operano in varie fasi della filiera di presentare un unico progetto d'opera che individualmente non sarebbero in grado di presentare per poter partecipare alla gara. Diverso è il discorso con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese di tipo orizzontale costituiti da imprese che producono il medesimo bene o servizio. In questo caso l'AGCM ha rilevato una loro funzione anticoncorrenziale, ove le imprese partecipanti al r.t.i. siano dotate di una dimensione e capacità produttiva sufficienti per lapartecipazione autonoma alla procedura di gara. Secondo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, infatti, posto che una corretta procedura di gara deve garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione, ove, invece, le imprese raggruppate siano in grado di partecipare da sole alla procedura di gara essendogià in possesso dei requisiti richiesti, in tal caso è necessario un intervento in merito della stazione appaltante a tutela della concorrenza. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui i raggruppamenti temporanei di imprese siano partecipati dall'operatore incumbent, consentendo così allo stesso di mantenere il proprio bacino d'utenza e la propria predominanza nel settore interessato. Si configurano, così, dei raggruppamenti temporaneic.d. non necessari o sovrabbondanti che determinano una ripartizione in concreto del mercato in quanto tali vietati ai sensi dell'art. 101 TFUE (ex art. 81 TCE).

ISSN 2036-7821

concorrenziali, sotto forma di incrementi di efficienza che incidono sui consumatori, non determinandosi, dunque, alcuna compromissione della concorrenza.[48] Non si tratterebbe, in tali casi, di intesa giustificata in quanto benefica ai sensi dell'art. 101 comma 3 TFUE e dell'art. 4 della legge n. 287/1990. L'art 4 dispone, infatti, che "*L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessita' di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. 2. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione. 3. La richiesta di autorizzazione e' presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa*".

Peraltro, si consideri altresì la circostanza secondo cui nel nostro ordinamento non esiste una norma che vieti la creazione di c.d. rti sovrabbondanti, purché non violino le prescrizioni a tutela della concorrenza. In proposito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha affermato che l'ammissibilità di una clausola di esclusione di r.t.i. sovrabbondanti è strettamente connessa al principio di proporzionalità; di conseguenza, l'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese c.d. sovrabbondante intanto è ammissibile in quanto in concreto lo stesso incida negativamente sulla libera concorrenza, in violazione delle disposizioni di cui all'art. 101 TFUE ed all'art. 2 della legge n. 287/1990.[49] Se, invece, tale

[48] Ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. n. 50/2016 la disciplina dei contratti pubblici è improntata allatutela della concorrenza. Al comma 1 la norma prevede, infatti, che "*Le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statalein materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui e' riconducibile lo specifico contratto*".

[49] Secondo l'Autorità è, dunque, ammessa tale clausola immediatamente escludente per i raggruppamenti temporanei di imprese sovrabbondanti solo se la clausola espliciti le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto; l'esclusione del r.t.i. non sia automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento; la valutazione della stazione appaltante, relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, tenga conto delle giustificazioni che le imprese partecipanti al r.t.i. forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante.V. anche parere ANAC 21 maggio 2014, n. 114 sulla legittimità della c.d. clausola antitrust. L'ANAC a tal proposito ha chiarito che non è ammissibile una clausola di tal genere che vieti in via generale la partecipazione alla gara ai raggruppamenti sovrabbondanti, trattandosi di clausola escludente in contrasto con il principio di tassatività di cui all'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016 (ex. Art 46, comma 1 bis, del vecchio Codice dei

ISSN 2036-7821

raggruppamento non ha effetti proconcorrenziali ma si presta a rappresentare uno strumento utile ad elevare artificialmente i requisiti di partecipazione e, per le imprese, ad essere un mezzo idoneo a realizzare una spartizione del mercato e ad escludere potenziali concorrenti, allora dovrà trovare applicazione il divieto di cui all'art. 101 TFUE.

5.9. Il D.lgs. n. 50/2016, in recepimento della direttiva n. 24/2014/UE, ed in particolare dell'art. 63, ha innovato la regolamentazione delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara. Trattasi di procedure di scelta del contraente che le amministrazioni aggiudicatici possono utilizzare nei casi previsti dalla legge, dando adeguata motivazione della scelta nel primo atto della procedura. Anche in riferimento a tale strumento di scelta del contraente si è posta la questione in dottrina ed in giurisprudenza circa la sua lesività con riferimento alla concorrenza, alla par condicio ed alla libertà di mercato. Secondo orientamento prevalente, tale procedura negoziata trova una sua ratio giustificativa nella tassatività delle ipotesi e nella valutazione che ne da la giurisprudenza di strumento avente "*carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza*" (Cons. Stato, sez. 3, 18.01.2018, n. 310). La procedura, inoltre, tiene conto della tutela della concorrenza, imponendo la normativa di settore che la scelta del contraente avvenga sulla base di una rosa di almeno cinque operatori economici che si ritengano idonei. L'art. 63, poi, individua - a differenza della disciplina normativa precedente - le ipotesi in cui la stazione appaltante può usufruire dei vantaggi e della celerità della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, che sono riconducibili a situazioni in cui non esiste una reale ipotesi di concorrenza.

5.10. L'avvalimento si configura quando un operatore economico, in possesso di parte dei requisiti per la partecipazione alla gara, si avvale, per i requisiti mancanti, di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016, di un'altra impresa.[50] In tal caso, la legge impone che in allegato alla domanda di partecipazione l'operatore economico depositi anche un contratto di avvilimento nel quale siano individuati specificatamente, a pena di nullità, i requisiti forniti e le risorse messe a disposizione dalla impresa ausiliaria a favore dell'impresa ausiliata concorrente.

---

contratti pubblici). A tal fine, dunque, è la stazione appaltante che deve procedere alla valutazione in concreto della possibile sussistenza di cause di anticoncorrenzialità, e solo ove accerti - a seguito anche dell'audizione delle parti interessate - che la formazione del raggruppamento temporaneo abbia avuto ad oggetto o per effetto quello difalsare o restringere la concorrenza, procederà alla esclusione dalla gara.

[50] V. a tal proposito anche Cannizzaro E., Iannucci M., Caroli L., Ventura S., Scamoni C., *Avvalimento e concorrenza*, in www.diritto24.ilsole24ore.it

ISSN 2036-7821

Da tale disciplina se ne dovrebbe desumere una valutazione positiva in termini di proconcorrenzialità dell'istituto dell'avvalimento in quanto, in primo luogo, consente ad un'impresa di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica a cui altrimenti non avrebbe potuto partecipare in mancanza di requisiti prescritti nella lex specialis di gara; inoltre, determina una maggiore garanzia per la stazione appaltante in virtù del fatto che il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stessa in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di avvalimento.

Secondo altro orientamento della giurisprudenza e della dottrina, tuttavia, lo strumento dell'avvalimento può produrre anche effetti anticoncorrenziali. E ciò giustificherebbe la disciplina interna in materia, più dettagliata rispetto a quella europea, in relazione al riconoscimento in capo alla stazione appaltante del potere di verifica in concreto della sussistenza dei requisiti generali e speciali in capo alle imprese parti del contratto di avvalimento. Inoltre, non è possibile per la impresa ausiliaria esserlo per più di un concorrente, al fine evidente di evitare che le offerte formulate dai concorrenti nella procedura di gara siano frutto in qualche modo di scelte congiunte da più imprese. Inoltre, vige il divieto di avvalimento frazionato, ovvero della possibilità per un concorrente di avvalersi di requisiti di diverse imprese ai fini della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica. Attraverso tale istituto le imprese potrebbero, infatti, accordarsi sulla spartizione del mercato oggetto di gara, e ciò sia in forma esplicita (ove le imprese stabiliscano prima della gara una ripartizione delle capacità che sono oggetto di avvalimento), falsando ex ante la concorrenza; ovvero anche in maniera implicita (mediante il coordinamento delle imprese che, sulla base delle loro caratteristiche e di quelle della fornitura, del servizio ovvero dei lavori, si accordano per non competere su quella o altre gare di settore). Classico esempio di uso anticoncorrenziale dell'avvilimento si verifica quando un operatore, pur essendo in possesso di tutti i requisiti per la partecipazione alla gara, dichiari di volersi avvalere di un altro soggetto. Tale forma distorta di avvalimento determina una compressione della concorrenza, in primo luogo perché consente alla impresa che si è avvalsa dell'ausiliaria di avere una posizione di prevalenza rispetto alle altre concorrenti nella procedura di gara; in secondo luogo, perché impedisce alla impresa ausiliaria di partecipare autonomamente alla procedura stessa; infine, perché scoraggia la partecipazione di altre imprese alla procedura ad evidenza pubblica.

5.11. Il dialogo competitivo è uno strumento di scelta del contraente con effetti negoziali che agevola e semplifica l'operato della stazione appaltante ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico oggetto di gara.[51] Esso è uno strumento

[51] V. a tal proposito anche Fazzone A., *Il rinnovato dialogo competitivo nella direttiva 2014/24/UE: l'occasione per un'inversione di tendenza?*, in www.lab-ip.net.

ISSN 2036-7821

congegnato per far fronte alle necessità informative e conoscitive in materie tecniche della stazione appaltante che deve realizzare appalti complessi; è caratterizzato da una procedura flessibile in grado di consentire alla stazione appaltante di realizzare progetti innovativi al miglior prezzo mediante l'utilizzo di differenti risorse scelte tra le migliori sul mercato; consente di ridurre il rischio di comportamenti opportunistici da parte degli operatori tramite lo strumento concorrenziale che connota in special modo la fase finale post-dialogo per la selezione delle offerte; permette di uniformare gli effetti sfavorevoli dell'asimmetria informativa tra la stazione appaltante e gli operatori concorrenti. Dopo la scelta della soluzione più adeguata a fronte delle proposte avanzate dai singoli operatori economici, infatti, la stazione appaltante invita i concorrenti individuati a presentare le loro offerte finali in base alle soluzioni presentate e specificate nella fase di dialogo.

Le difficoltà applicative dello strumento di dialogo competitivo si rinvengono, però, proprio nella flessibilità di tale procedura di scelta, che a volte mal si concilia con la necessità di rispettare i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento ed effettività e, quindi, della concorrenza, in contemperamento con le esigenze di riservatezza e tutela del know-how dei soggetti partecipanti. A ben vedere, tale procedura, se posta in essere nei limiti di legge, non solo non distorce la concorrenza ma, anzi, diventa strumento proconcorrenziale per eccellenza. E ciò trova conferma nel fatto che la procedura è fondata su valutazioni comparative e simultanee di tutte le soluzioni alternative effettivamente offerte dal mercato in relazione al soddisfacimento di un dato bisogno, in modo da determinare una scelta più consapevole e dinamica e veritiera e concreta della pubblica amministrazione procedente. Peraltro, il dialogo competitivo è l'unica procedura che riconosce tutela anche alle idee non coperte da diritto di proprietà intellettuale. La norma, infatti, prevede che solo con il consenso del soggetto interessato è possibile per la stazione appaltante rivelare la soluzione dallo stesso proposta agli atri concorrenti, intesa in questo caso non come una deroga generale "*ma [come] […] riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate*".[52]

5.12. Accanto al dialogo competitivo, quale forma concorsuale di idee, l'art. 65 del Codice dei contratti pubblici prevede, poi, che le amministrazioni aggiudicatitici e gli enti aggiudicatari possano ricorrere alle procedure di partenariato pubblico per l'innovazione nei casi in cui l'esigenza di sviluppare progetti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, servizi o lavori che ne risultino non trovi soddisfacimento mediante soluzioni già disponibili sul mercato. Nei documenti di gara si devono fissare i requisiti minimi che gli operatori economici devono rispettare per poter presentare una domanda di partecipazione alla procedura e presentare i loro progetti innovativi che, se scelti, verranno realizzati.

[52] Art. 64 cit.

ISSN 2036-7821

Sono, infatti, soltanto gli operatori economici invitati dalle pubbliche amministrazioni, a seguito di valutazione delle informazioni presentate, che possono partecipare alla procedura di negoziazione.
Trattasi di una procedura dinamica strutturata in varie fasi, ciascuna delle quali con il proprio grado di flessibilità, che consente una modifica delle proposte presentate fintanto che non si arrivi alla proposta definitiva, al fine di meglio adeguarla alle esigenze del caso concreto. Resta fermo, tuttavia, che i requisiti minimi richiesti dalla lex specialis di gara non possono essere variati, e ciò a tutela della par condicio degli operatori e della tutela della concorrenza, onde evitare situazioni di accordi collusivi tra stazione appaltante ed operatori o tra gli operatori stessi. Peraltro, a garanzia di tali principi la norma espressamente impone una minuziosa specificazione dei modi di procedere della stazione appaltante per la scelta del miglior offerente, ivi compresa la volontà di avvalersi di una valutazione delle capacità di ricerca ed innovazione per la riduzione del numero di coloro i quali potranno procedere alla progettazione delle soluzioni richieste. Anche in tal caso, dunque, si tratta di una procedura che in una prima fase coinvolge tutti gli operatori che volessero parteciparvi, ed in una seconda fase si restringe soltanto agli operatori che vengano scelti dalla stazione appaltante in virtù di una valutazione fondata su criteri tecnici previsti espressamente dalla lex specialis di gara.
In tale contesto si potrebbe ben pensare ad una ipotesi collusiva degli offerenti, in quanto tale lesiva della concorrenza. A garanzia della stessa, tuttavia, è la norma che impone alla stazione appaltante il segreto sulle informazioni relative a progetti di ricerca e per l'innovazione presentati da ciascun operatore economico, e la non diffusione, se non con il consenso di quest'ultimo. Si proteggono, in questo caso, anche idee non coperte da diritto di proprietà intellettuale. E', inoltre, imposto alla stazione appaltante il dovere di invitare, a seguito di valutazione, comunque un numero minimo di operatori al fine di garantire in via concreta la concorrenza tra gli stessi.
5.13. Allo stesso modo, l'organismo di diritto pubblico è una figura giuridica che, dal punto di vista delle procedure di evidenza pubblica, seppur formalmente privata, esercitando attività di interesse generale non rientrante nel libero mercato, è passibile di elusione delle norme della concorrenza. L'organismo di diritto pubblico rappresenta lo strumento essenziale di riequilibrio di mercato secondo i principi sanciti dall'ordinamento europeo valevoli per gli Stati membri, e rimedio imminente all'urgenza emersa nella fase storica relativa al fenomeno delle privatizzazioni.
La Corte di Giustizia Europea ha ritenuto irrilevante la veste formale di natura privatistica degli enti di diritto pubblico qualora, per le caratteristiche dell'attività esercitata, gli stessi possano ritenersi estranei ai meccanismi competitivi e virtuosi tipici degli operatori del libero mercato, con la conseguenza che anche per l'organismo di diritto pubblico si palesa una obbligatorietà della scelta del contraente

ISSN 2036-7821

mediante forme di evidenza pubblica.
A contrario, un soggetto che opera in condizioni normali di mercato, che mira alla realizzazione del profitto e che sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività, non va considerato un O.D.P. (organismo di diritto pubblico) in quanto è lecito presumere che lo stesso sia stato costituito allo scopo di soddisfare esigenze di interesse generale di carattere e natura industriale e/o commerciale. Per O.D.P., dunque, si deve intendere un soggetto: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) finanziato per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico.
Tuttavia, secondo la teoria dell'organismo di diritto pubblico in parte qua, che ha di fatto soppiantato la teoria del contagio, l'O.D.P. è tale solo con riferimento ad attività di interesse generale come sopra richiamate, ben potendo assumere differente qualifica, con tutto ciò che tale differenziazione ne consegue, con riferimento alle altre attività esercitate, rispondendo ai criteri industriali o commerciali nell'ambito del mercato concorrenziale[53].
5.14. Pur prescindendo dagli istituti specificatamente individuati dalla legge come necessari per la scelta del contraente che siano valutabili come pronconcorrenziali o meno a seconda dell'utilizzo che la stazione appaltante ne faccia, ci sono dei casi in cui la interferenza tra tutela della concorrenza e tutela della scelta del miglior contraente per la realizzazione dell'interesse pubblico si intersecano a tal punto da determinare un'unica generale violazione delle norme di diritto interno. Si fa riferimento, in particolare, al caso in cui il comportamento anticoncorrenziale derivi direttamente da un vizio della lex specialis di gara e, nello specifico, dei criteri di valutazione delle offerte. In questo caso l'amministrazione deve esercitare il proprio potere di autotutela, altrimenti intervenendo il giudice amministrativo per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.
Altro caso concerne il comportamento anticoncorrenziale di un concorrente che venga segnalato dall'AGCM nel corso della procedura di gara. In questo caso, la stazione appaltante deve procedere in via ordinaria all'esercizio del proprio potere discrezionale di scelta del contraente ma, all'esito dell'accertamento, potrà riesaminare i propri provvedimenti di scelta nell'esercizio del potere di autotutela, revocando l'aggiudicazione eventualmente già avvenuta, e con effetti indiretti anche sui contratti eventualmente stipulati nell'ottica dell'esercizio del potere di autotutela pubblicistica esterna.
Altro caso peculiare si configura quando, nel corso della procedura di gara, intervenga una decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che

[53] L'impresa pubblica, invece, a differenza dell'O.D.P., opera al di fuori della concorrenza, svolgendo attività di carattere commerciale ed industriale.

ISSN 2036-7821

accerti la sussistenza di un illecito anticoncorrenziale in capo ad un concorrente. L'amministrazione procedente, ricorrendone i presupposti, deve esercitare il proprio potere di autotutela determinando la caducazione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione in capo all'operatore sanzionato. Infine, se durante lo svolgimento della gara interviene una sentenza di secondo grado che accerti la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale, la stazione appaltate deve adottare i propri poteri di autotutela, anche avverso il provvedimento di aggiudicazione.
In tutte queste situazioni emerge, tuttavia, pur sempre la prevalenza dell'autonomia valutativa discrezionale della stazione appaltante in merito all'affidabilità ed all'adeguatezza del soggetto scelto come aggiudicatario, nonostante la sussistenza di provvedimenti, anche definitivi, che accertino illeciti nell'ambito della concorrenza in capo ad uno dei partecipanti alla gara stessa. Ne consegue, dunque, una situazione di non ingerenza - e quasi estraneità, come se si trattasse di due fattispecie differenti - tra le pubbliche amministrazioni coinvolte nel procedimento di gara in ciascuna delle proprie sfere di competenza, pur nell'ottica di tutela dell'interesse pubblico e nonostante i provvedimenti dall'una emanati debbano in qualche modo influenzare la decisione dell'altra amministrazione. Le ipotesi di ingerenza dell'AGCM nella sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione procedente si ritengono, dunque, eccezionali e si giustificano proprio perché, in carenza di competenza delle stazioni appaltanti in materia antitrust, è l'Autorità di controllo che deve intervenire, imponendo alla stazione appaltante di destinare il proprio potere di autotutela al ripristino di una situazione concorrenziale[54].

6. Le gare indette da CONSIP S.p.a.

In Italia la gestione delle gare pubbliche, fino alle ultime riforme in materia, risultava frammentata in un numero indefinito di stazioni appaltanti, che comportavano la indizione di procedure ad evidenza pubblica spesso per importi poco elevati. Tale frammentazione, pur garantendo la partecipazione anche delle P.M..I., determina - di fatto - la creazione di tanti piccoli mercati locali, di fatto aperti soltanto alle imprese locali in virtù anche degli importi modesti dei contratti messi a base di gara, che si configurano quale disincentivo per le imprese non locali, le quali dall'aggiudicazione dell'appalto ricaverebbero profitti minori rispetto alle imprese locali. Ecco che anche in Italia è stato introdotto il sistema di centralizzazione delle commesse pubbliche, mediante la istituzione delle centrali uniche di committenza.[55] La norma

[54] V sul punto, Facondini L., *I contratti pubblici e la tutela della concorrenza*, in *www.diritto.it*; AA.VV., *Appalti pubblici e concorrenza - progetto concorrenza di Confindustria*; Perin R.C., Rocca G.M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in Diritto Amministrativo - rivista trimestrale - fascicolo n. 2/2010.

[55] V. a tal proposito anche Midiri M., *Il T.a.r., la Consip e il ginepraio delle leggi*, in lamministrativista.it, fasc. 31.10.2017; Di Sciascio A. F., *La centralizzazione degli acquisti, ladimensione dei lotti ed il principio di concorrenza, Nota a Cons. Stato, sez. V 6 marzo 2017, n.1038*, in Urbanistica e appalti, 2017, fasc. n. 3, pag. 380-386; Quaglia G., *Appalti pubblici "Syndacates" aderenti ai "Lloyd's of London" - verifica della sussistenza del*

ISSN 2036-7821

che ha dato origine a tale centralizzazione è l'art. 26 della legge finanziaria per il 2000 (l. 23.12.1999 n. 448), il quale dispone che con procedure competitive si sarebbe dovuto procedere alla selezione di società di consulenza specializzate, tra primarie società nazionali ed estere, a cui affidare l'indizione di gare centralizzate per l'acquisizione di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni e per la stipula di convenzioni tipo. Con il d.m. 24.02.2000 il Ministero dell'economia e delle finanze ha affidato a Consip s.p.a. (precedentemente CON.S.I.P. - Concessionaria Servizi Informativi Pubblici) le funzioni di struttura di servizio per gli acquisti di beni e servizi per le pubbliche amministrazioni, senza procedere, tuttavia, ad una selezione come richiesta dall'art. 26 sopra citato. Fondamento normativo della scelta di Consip S.p.a. e delle funzioni alla stessa attribuite è la legge finanziaria del 2001, che all'art. 58 dispone espressamente che "*le convenzioni di cui al citato articolo 26 sono stipulate dalla Concessionaria sevizi informativi pubblici (CONSIP) S.p.a., per conto del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, ovvero di altre pubbliche amministrazioni […], e devono indicare, anche al fine di tutelare il principio della libera concorrenza e dell'apertura dei mercati, i limiti massimi dei beni e dei servizi espressi in termini di quantità. Le predette convenzioni indicano altresì il loro periodo di efficacia*".[56]
Nella disciplina in materia di contratti pubblici, l'art. 41 del D.lgs. n. 50/2016 evidenzia la necessità di una generale semplificazione delle procedure di scelta del contraente, e richiama espressamente le convenzioni Consip.[57] In particolare, l'art. 41 in questione prevede l'adozione, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita la Conferenza unificata, previa consultazione di Consip S.p.a. e dei soggetti aggregatori [58] di "m*isure di revisione ed efficientemento delle procedure di appalto, degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili*", con il fine ultimo di migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi ed i tempi di espletamento delle gare pubbliche. I criteri che la legge prevede ai fini della

c.d. collegamento sostanziale - rinvio pregiudiziale, Nota a ord. Tar Calabria - Catanzaro sez. I 9 marzo 2017, n. 385, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2017, fasc. n. 2, pag. 507-509; Sabbatini P., *Collusione in appalti: gara "consip, pulizie delle scuole"*, in Mercato concorrenza regole, 2017, fasc. n. 2, pag. 333-335; Fares G., *La disciplina in materia di appalti pubblici sotto soglia e il sistema Consip al vaglio della Corte Costituzionale, nota a C. Cost. 125 novembre 2004, n. 345*, in Giurisprudenza costituzionale, 2004, fasc. n. 6, pag. 3859-3874; Zaramella S., *Appalto Consip: intesa restrittiva della concorrenza, nota a Cons. Stato sez. VI 2 marzo 2004, n. 926*, in Studiumiuris, 2004, fasc. n. 6, pag. 816-817.

[56] Le ulteriori modifiche alla disciplina normativa sono: art. 1, comma 449, della legge 27.12.2006, n. 296; art. 2, commi 573 e 574, della legge 24.12.2007, n. 244; art. 7, del d.l. 7.05.2012, n. 52, conv. in l. 6.07.2012 n. 94; art. 1, del d.l. 6.07.2012 n. 95, conv. in l. 7.008.2012, n. 135; art. 9, del d.l. 24.04.23014 n. 66, conv. in l. 23.06.2014 n. 89; art. 1, commi 508-509-520 del d.l. 28.12.2015, n. 208; art. 1, comma 449, della . 27.12.2016, n. 296.

[57] Anche la giurisprudenza, in merito, dispone che l'adesione volontaria alla convenzione Consip è la opzione privilegiata dal legislatore, in quanto "sorretta da una peculiare presunzione di convenienza" (Cons. Stato, 30.04.2015, n. 2194).

[58] I soggetti aggregatori sono, ai sensi dell'art. 3 del D.lgs. n. 50/2016, "*le centrali di committenza iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n.66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89*".

ISSN 2036-7821

attuazione di tale semplificazione sono la "*standardizzazione di soluzioni di acquisto in forma aggregata in grado di rispondere all'esigenza pubblica nella misura più ampia possibile, lasciando a soluzioni specifiche il soddisfacimento di esigenze peculiari non standardizzabili; aumento progressivo del ricorso agli strumenti telematici, anche attraverso forme di collaborazione tra soggetti aggregatori; monitoraggio dell'effettivo avanzamento delle fasi delle procedure, anche in relazione a forme di coordinamento della programmazione tra soggetti aggregatori; riduzione dei costi di partecipazione degli operatori economici alle procedure*". Da ciò se ne deduce la regola di azione della pubblica amministrazione, che la esonera dall'obbligo di motivare la sua adesione. Solo quando la pubblica amministrazione intenda discostarsi dalla convenzione e far ricorso al mercato libero deve farlo motivando con la constatazione circa la maggiore utilità della propria iniziativa rispetto ai parametri della convenzione Consip di settore. Ratio a fondamento di tale presunzione di preferenza per le soluzioni Consip rispetto alle soluzioni reperibili sul mercato libero si configura nella circostanza secondo cui Consip espleta una procedura ad evidenza pubblica centralizzata, finalizzata a conseguire le migliori condizioni sia economiche che tecniche ottenibili sul mercato, per un quantitativo importante di beni e servizi.[59] Il vantaggio primo che ne deriva alla pubblica amministrazione aderente è la migliore scelta reperibile sul mercato al miglior prezzo. Vantaggio indiretto, invece, è il risparmio di attività amministrativa e dei relativi oneri finanziari per l'espletamento della procedura di gara.[60] Con l'entrata in vigore della legge di stabilità 2016, all'art. 1, comma 510, è stato disposto che l'acquisto autonomo fosse soggetto ad una autorizzazione specificatamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo, da trasmettere anche alla Corte dei conti, che tenga conto delle caratteristiche essenziali del bene o del servizio, non in grado di soddisfare lo specifico fabbisogno della P.A. procedente. Alla luce di quanto sopra, appare evidente che il favor per le convenzioni Consip trova, comunque, un limite nei confronti dei superiori interessi di buon andamento, efficienza ed economicità della pubblica amministrazione.[61]

[59] V. a tal proposito Cons. Stato, sez. V, 1.10.2010, n. 7261; Cons. Stato, sez. III, 24.05.2013, n. 2842.

[60] L'art. 1, comma 7, del d.l. 6.07.2012 n. 95, conv. in l. 7.08.2012 n. 135 impone, peraltro, una adesione obbligatoria alla selezione Consip per tutte le pubbliche amministrazioni e le società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, relativamente ad alcune categoria merceologiche (come, ad esempio, la fornitura di combustibili per il riscaldamento, l'energia elettrica, il gas, i carburanti rete ed i carburanti extra-rete, la telefonia fissa e mobile). La norma, tuttavia, fa salva la possibilità di affidamenti al di fuori di queste modalità purché conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori rispetto a quelli indicati nelle convenzioni Consip o negli accordi quadro. Si fa, in particolare, riferimento a limiti specifici: 10% per la telefonia fissa e mobile, 3% per carburanti, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento.

[61] V. a tal proposito anche Fracchia F., I contratti pubblici come strumenti di accentramento, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2015, 1530 e ss.; Corte dei Conti, sez. centrale di controllo sullagestione delle amministrazioni dello Stato, deliberazione 25.05.2017, n. 6/2017/G.

ISSN 2036-7821

7. Orientamenti giurisprudenziali recenti in materia delle gare indette da Consip S.p.a. e l'intervento dell'Antitrust.

7.1. Nel panorama della tutela della concorrenza, Consip S.p.a. ha da sempre avuto un ruolo preminente e di rilevante importanza, proprio in applicazione del principio di centralizzazione delle stazioni appaltanti, di rilevante importanza è la giurisprudenza recente che, interessandosi a tali procedure ad evidenza pubblica, di fatto ne ha esaltato pregi e difetti in funzione proconcorrenziale.[62]

7.2. Emblematica, sul punto, è la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V n. 1038 del 06.03.2017, avente ad oggetto una procedura ad evidenza pubblica per il servizio di vigilanza presso i palazzi ed edifici sede di enti pubblici, università ed istituti di ricerca. Nel corso della procedura, interveniva l'AGCM rilevando la sussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza. [63] In tale circostanza, infatti, la segmentazione dell'appalto disposta da Consip S.p.a. avrebbe favorito la instaurazione di un mercato oligopolistico e di ridotta competitività, per via della irragionevole limitazione della facoltà di presentazione individuale delle offerte, non essendo la procedura, per come indetta e condotta, conforme al principio del c.d. *favor partecipationis*.[64] In tale contesto, la suddivisione in lotti, pur apprezzata come strumento proconcorrenziale, è stata, infatti, utilizzata da Consip S.p.a. in funzione anticoncorrenziale, in quanto restrittiva della partecipazione di piccole e medie imprese in considerazione dei requisiti richiesti per la partecipazione a ciascun lotto messo a base di gara. Al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché per preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le piccole e medie imprese, correttamente, dunque, l'AGCM è intervenuta nel procedimento di affidamento del servizio.

A fronte di tale provvedimento, Consip S.p.a. presentava ricorso avverso la pronuncia di primo grado che decideva in merito alla decadenza della procedura di gara dalla stessa condotta, rilevando che la dimensione ed il valore dei lotti geografici - di estensione ultraregionale - e l'importo specifico imposto a base di gara fossero irragionevolmente lesivi del favor partecipationis alla procedura di affidamento in questione, in quanto tale lesivi della concorrenza e della par condicio.

---

[62] V. sul punto, Picardi I., *Violazione delle norme in materia di concorrenza e partecipazione alle gare pubbliche*, in www.appaltiecontratti.it

[63] In tale circostanza l'AGCM ha espressamente riscontrato che "dall'analisi delle strategie partecipative nella gara indetta da Consip nel 2014 parrebbe emergere l'assenza di un effettivo confronto concorrenziale tra le parti in termini di mancata sovrapposizione delle offerte maggiormente competitive. L'ipotesi di coordinamento è supportata da legami di natura societaria e consortile intercorrenti tra le suddette imprese e/o le cordate costituite per partecipare alla gara".

[64] Secondo l'AGCM a nulla rileverebbe, in tale contesto, la norma di cui al 78 considerando della direttiva 2014/24/UE che sostiene che il favor partecipationis per la suddivisione dei contratti dell'amministrazione in lotti trovi il suo limite nella facoltà della pubblica amministrazione procedente di scegliere liberamente ed in modo insindacabile, sulla base di qualsiasi motivo rilevante, come suddividere l'appalto, in quanto trattasi di scelte afferenti alla discrezionalità pura dell'azione amministrativa, ovvero a scelte dimerito.

ISSN 2036-7821

Nell'appello, la stazione appaltante ha sostenuto che, con rifermento ai requisiti ritenuti dal giudice di prime cure escludenti (divisione in lotti ed individuazione del requisito del fatturato richiesto per la partecipazione alla gara), era stata sentita anche l'AGCM, la quale aveva reso parere favorevole ai sensi dell'art. 22 della L. n. 287/1990 e ss.mm.ii., in assenza di qualsivoglia ipotesi lesiva della concorrenza. I giudici di secondo grado, definitivamente pronunciando, hanno affermato che, per effetto della dimensione dei lotti territoriali - sebbene frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante - sarebbero stati violati i principi di concorrenza, buon andamento, ragionevolezza e proporzionalità. In virtù dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara sarebbe stato, infatti, semplice per la stazione appaltante scegliere tra i grandi operatori già detentori di posizioni consolidate sul mercato, i c.d. incumbents, precludendo per contro tale procedura alle piccole e medie imprese. Secondo il Consiglio di Stato "*anche gli istituti finalizzati alla massima partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, quali il raggruppamento temporaneo di imprese o l'avvalimento possono rivelarsi insufficienti, e determinare quindi l'illegittimità della normativa di gara, quando sia dimostrata […] l'eccessiva restrizione della platea di concorrenti, a tutto svantaggio delle numerosissime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato*". Ne consegue che una irragionevole formazione della domanda pubblica, sotto il profilo dimensionale, può vanificare i principi di massima concorrenzialità che presiedono al diritto degli appalti pubblici.

7.3. Altra pronuncia di rilevante importanza in materia è quella emessa dal T.A.R. Lazio, sez. II, n. 2394 del 02.03.2018. Il ricorso veniva promosso avverso e per l'annullamento del provvedimento di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. f) del D.lgs. n. 163/2006 dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di pulizia ed igiene ambientale, nonchè per altri servizi aggiuntivi da eseguirsi presso gli immobili ad uso caserma per le pubbliche amministrazioni (c.d. Gara Caserme con bando pubblicato in data 10.11.2015) e per l'affidamento dei servizi di pulizia, sanificazione ed altri servizi per gli enti del servizio sanitario nazionale (c.d. Gara Sanità, avviata con bando del 19.12.2014). Il provvedimento di esclusione impugnato faceva seguito ad una sanzione comminata all'escluso dall'AGCM n. 25802 del 22.12.2015, in occasione della c.d. Gara Scuole (procedura diversa da quella oggetto di affidamento), per una pratica concordata anticoncorrenziale insieme ad altre società partecipanti alla medesima gara. A fronte di tale sanzione, Consip risolveva ai sensi dell'art. 1456 c.c. le convenzioni già stipulate, e provvedendo alla sua esclusione nelle procedure ancora in corso.[65] A fronte di tale esclusione le società ricorrenti hanno presentato ricorso, lamentando in capo a Consip una ipotesi di eccesso di potere per

[65] Tale provvedimento sanzionatorio è stato impugnato da Manutencoop e da C.N.S. dinanzi al T.A.R. Lazio ma è stato riformato soltanto nella parte relativa al quantum sanzionatorio.

ISSN 2036-7821

violazione della tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006. [66] L'illecito antitrust, alle ricorrenti eccepito, secondo tale ricostruzione concernerebbe ad una fase preliminare alla gara. Peraltro, l'accertamento dell'illecito in questione non avrebbe avuto nemmeno i caratteri della definitività. Eccepivano, dunque, che la circostanza dell'illecito antitrust in una gara precedente non avrebbe potuto costituire una ipotesi automatica di esclusione dalla gara né ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 né ai sensi dell'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016, attribuendo di fatto all'AGCM poteri limitativi della capacità giuridica di un concorrente ad una procedura di gara, nei rapporti con la P.A., e ciò in palese violazione sia dell'art. 24 Cost che dell'art. 41 Cost. Contrasto, questo, che si concretizzerebbe altresì in una violazione del principio del ne bis in idem, in quanto la condotta sanzionata dall'AGCM avrebbe assunto nuova ed autonoma rilevanza come causa di esclusione per una serie indefinita di procedure competitive.[67]

Con riferimento a tali eccezioni, il T.A.R. Lazio[68] è arrivato ad affermare che è la stazione appaltante che deve valutare, in linea generale, l'affidabilità della impresa concorrente. Una eventuale esclusione in virtù della comminatoria di una sanzione antitrust andrebbe valutata soltanto ai fini del rapporto fiduciario destinato a porsi a fondamento dei rapporti contrattuali di appalto pubblico, con riferimento in particolare alla credibilità professionale ed al rapporto fiduciario che dalla procedura ad evidenza pubblica ne deriverebbe.[69] Tuttavia, secondo i giudici di primo grado tale condotta ben potrebbe essere ricompresa nella ipotesi di "*errore nell'esercizio dell'attività professionale, in quanto concernente alle ipotesi di negligenza, malafede o incapacità di assolvere ab origine alle prestazioni contrattuali che comportano una violazione della disciplina antitrust*", di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 (ora art. 80 del D.lgs. n. 50/2016).[70] Si mette in dubbio, in tal modo, l'affidabilità dell'operatore economico, e di conseguenza si mette a repentaglio il soddisfacimento dell'interesse pubblico.[71]

---

[66] La norma in questione dispone la esclusione del concorrente dalla gara quando "secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

[67] V. a tal proposito anche Cons. Stato, sez. II, n. 1092/2018.

[68] V. Sul punto, anche T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 25.05.2021 n. 536

[69] Nel caso di specie, l'illecito rilevato dall'AGCM consisteva in una concentrazione complessa contraria all'art. 101 TFUE diretta a condizionare gli esiti della gara Consip mediante l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e laspartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo fissato dalla lex specialis.

[70] Anche nel D.lgs. n. 50/2016 recante il nuovo codice dei contratti pubblici all'art. 80, comma 5, lett. c), il legislatore ha inserito tra i gravi illeciti professionali "*il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio*" ed "[il fornire] *informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*".

[71] A sostegno, peraltro, della motivazione addotta dalla stazione appaltante circa l'inaffidabilità di Manutencoop e di C.N.S. Consip richiama altresì l'avvio di un nuovo procedimento da partedell'AGCM in data

ISSN 2036-7821

In merito, poi, all'adozione delle misure self-clearing adottate dalle società ricorrenti ai fini di adeguare la propria posizione sul mercato, il T.A.R. Lazio ne afferma la loro irrilevanza ai fini della esclusione disposta da Consip in quanto trattasi di "*misure* [che] s*ono state adottate successivamente alla presentazione dell'offerta* [in violazione anche delle linee guida ANAC n. 6 al nuovo codice dei contratti pubblici] *e non sono sufficienti a dimostrare in relazione alla gara in oggetto una effettiva dissociazione dalle precedenti condotte sanzionate perché riguardano condotte, quali il coordinamento delle iniziative e lo scambio di informazioni, che per loro natura si inseriscono nella fase che precede la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta, e quindi inidonee ad incidere ed alterare anche solo potenzialmente, l'intero impianto di gara*".[72]
Avverso tale sentenza è stato proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato che già in fase cautelare[73] ha affermato la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora ai fini dell'accoglimento delle istanze cautelari (si fa riferimento, in particolare, alla escussione della cauzione da parte della stazione appaltante) e sospeso la esecutività della sentenza del T.A.R. Lazio in merito alla esclusione di Manutencoop e C.N.S. dalle procedure di gara oggetto di contestazione. Con l'emissione del dispositivo di sentenza (sentenza n. 439 del 20.01.2020), il Consiglio di Stato ha parzialmente accolto gli appelli promossi da C.N.S. e Manutencoop (poi riuniti), ed in parte respinto gli stessi a conferma della sentenza di primo grado, compensando tra le parti le spese[74].

8. Concorrenza ed appalti in fase emergenziale: quid pluris?

8.1. Con l'avvento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 che ha interessato anche l'Italia, l'intento del Governo è stato quello di adottare misure di semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, prima per gli approvvigionamenti sanitari a tutela della salute e dell'incolumità pubblica, poi, in via generale, per tutti gli affidamenti, e ciò al fine di garantire una rapida ripartenza dell'economia nazionale, anche in vista dell'attuazione del c.d. Recovery Fund. Con i

21.03.2017 (ed ancora in corso) finalizzato ad accettare eventuali condotte anticoncorrenziali nella c.d. gara FM4. Anche in tale procedura di gara si è riscontrato il sospetto di condotte anticoncorrenziali violative dei principi di correttezza, buona fede e libera concorrenza, talmente gravi da far ritenere leso il rapporto fiduciario necessario per la conclusione del contrattotra pubblica amministrazione e operatore economico.

[72] V. a tal proposito anche provvedimento n. 36357/2017 e n. 36358/2017 dell'AGCM; provvedimento n. 25802/2015 dell'AGCM relativamente alle gare indette da Consip nel 2012. Secondo altro orientamento della giurisprudenza, proprio tale riferimento espresso alla tutela della concorrenza assente nella vecchia formulazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del D.lgs. n. 163/2006 farebbe propendere per una interpretazione restrittiva della causa di esclusione della negligenza e dell'errore professionale.V. a tal proposito Cons. Stato, sez. V, 4.12.2017 n. 5704 che accoglie una interpretazione restrittiva del disposto di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del Dlgs. n. 163/2006 ricomprendendovi soltanto le gravi negligenze e gli errori professionali nella fase di esecuzione, categoria questa incui non rientra l'illecito antitrust; Cons. Stato, sez. V, sent. Non def. 5.02.2018 n. 722.

[73] V. a tal proposito, Cons. Stato, sez. V, ord. 5.04.2018 n. 1532; decr. 13.03.2018 n. 1170.

[74] V., anche, AA.VV., *Negli appalti pubblici prevale la tutela della concorrenza*, in www.ipsoa.it

ISSN 2036-7821

decreti c.d. "Semplificazioni" ed il decreto "Milleproroghe" il Governo ha, infatti, sospeso l'efficacia di parte del Codice dei contratti pubblici, riducendone l'efficacia a favore della maggiore celerità degli affidamenti[75]. Le riforme che si sono susseguite hanno determinato una innovazione nostalgica del codice appalti e della gestione delle procedure ad evidenza pubblica, nell'ottica, tuttavia, della ripartenza e della ripresa economica[76].

In tale contesto, ruolo determinante ha avuto sin dall'inizio l'ANAC che, con la delibera n. 312 del 09.04.2020, in piena fase emergenziale, ha individuato i comportamenti che le stazioni appaltanti avrebbero potuto adottare in fase di emergenza sanitaria con riferimento alle varie fasi della procedura di gara, a completamento ed integrazione delle indicazioni già fornite a livello europeo dalla Comunicazione UE del 01.04.2020 nonchè in attuazione del Decreto c.d. Cura Italia (D.L. n. 18/2020), concernenti soprattutto le procedure di gara per l'approvvigionamento delle forniture necessarie a fronteggiare l'emergenza sanitaria. Nella prima fase emergenziale, dunque, sono state bloccate sostanzialmente tutte le iniziative ad evidenza pubblica (v. il blocco dei termini relativi ai procedimenti amministrativi di cui all'art. 103 del D.L. n. 18/2020), ad eccezione di quelle indifferibili ed urgenti, soggette ad un regime semplificato e paragiuridico, purché comunque a garanzia della trasparenza e della concorrenza. Si è introdotta, per la prima volta, la possibilità per le stazioni appaltanti di svolgere le procedure di gara con modalità telematiche, effettuando sedute a distanza, evitando sopralluoghi in casi non necessari, utilizzando i collegamenti in streaming o da remoto, e consentendo i pagamenti n modalità tematica.

Proprio nell'ottica emergenza, sin dal D.L. n. 6/2020, come meglio specificato dall'ANAC nel suo ruolo di raccordo e specificazione delle varie disposizioni emergenziali emanate dal Governo centrale in materia di appalti, con specifico riferimento alla fase di esecuzione del contratto, è stata prevista l'esclusione della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardato od omessi adempimenti, relativa a contratti di servizi e forniture, in considerazione del rispetto delle misure di contenimento del contagio (che, nella fase iniziale della pandemia, comportavano il divieto di spostamento da un comune all'altro), alla stessa stregua di una causa di forza maggiore a giustificazione del ritardo nell'adempimento due contratti.

---

[75] A ciò si aggiunga la nota trasmessa dal Presidente dell'AGCM al Presidente del Consiglio dei Ministri nel quale si da atto della necessità di sospendere completamente la disciplina degli appalti per velocizzare la realizzazione delle opere finanziate con il Recovery Fund. V. sul punto, anche il contributo di Sanna L., *Procurement e libera concorrenza, perchè eliminare il Codice appalti non è la soluzione*, in www.agendadigitale.eu; Delfino G., *Codice dei contratti: analisi della proposta dell'Antitrust*, in www.lavoripubblici.it

[76] Per maggiori approfondimenti v. Usai S., *Affidamento diretto e procedure negoziate. Dopo la conversione del decreto "semplificazioni": le procedure in deroga e le procedure ordinarie*, Maggioli Editore, 2021; Capotorto D., Massari A., *Appalti pubblici dopo la conversione del decreto semplificazioni*, Maggioli Editore, 2021;

ISSN 2036-7821

Nell'ottica della continuità amministrativa, le misure acceleratorie disposte dalle normative emergenziali e specificatamente dettagliate dall'ANAC hanno, poi, riguardato: 1) la riduzione dei termini delle procedure ordinarie di aggiudicazione[77]; 2) il ricorso all'affidamento diretto ad operatore economico preselezionato che risulti essere l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie, nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza; 3) l'adozione di procedura negoziate senza bando, in luogo delle procedure ordinarie; 4) l'adozione di strumenti digitali e telematici per garantire la massima partecipazione; 5) la non applicabilità del termine di stand still, con possibilità di stipulare immediatamente il contratto nelle ipotesi specificatamente previste dalla legge, e comunque nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione determini un gran danno all'interesse pubblico, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari. Per tutte le procedure "semplificate" è stato attribuito all'amministrazione procedente un potere di controllo postumo.

Diverso è strato, invece, il caso delle procedure di somma urgenza e di protezione civile di cui all'art. 163 del Codice appalti, per le quali la norma ha previsto la possibilità di immediato avvio, per i lavori entro il limite dei 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio, e per le forniture nei limiti dello stretto necessario, mediante lo strumento dell'affidamento diretto, consentendo agli aggiudicatari di provvedere all'autodichiarazione dei requisiti di cui alla legge, fermo restando il potere di controllo dell'Amministrazione a ciò deputata nei successivi 60 giorni.

8.4. Con il Decreto Rilancio (D.L. 34/2020), il Governo ha conferito sistematicità alle deroghe poste alla legislazione in materia di appalti ed adottate con il Decreto Cura Italia (D.L. n. 18/2020, convertito in L. n. 27/2020), introducendo anche agevolazioni economiche ai fini della ripartenza. Ed infatti, si è partiti dal temporaneo esonero dal pagamento dei contributi Anac fino al 31.12.2020, alla possibilità di aumentare l'importo dell'anticipazione del prezzo sul valore dell'appalto dal 20 fino al 30%, ferme restando le risorse disponibili[78].

Con il D.L. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni, convertito in L. n. 120/2020), sono state confermate le disposizioni contenute nel Decreto Sblocca Cantieri, concernenti la sospensione di efficacia della normativa ordinaria in materia di appalti fino al 31.12.2021, ad eccezione della disciplina normativa in materia di subappalto, soggetta

[77] Secondo il disposto normativo, a fronte di una giustificata emergenza, i termini per la presentazione delle offerte potevano essere ridotti, per le procedure sopra soglia, da 35 a 15 giorni dalla data di invio del bando, e da 30 a 10 giorni in caso di offerta elettronica. Per le procedure sotto soglia, invece, si prevedeva un dimezzamento dei termini previsti dalla legge.

[78] V. Giuffrè, Guglielmo Aldo, *ANAC: pubblicato un Vademecum volto a velocizzare e semplificare gli appalti pubblici*, in Diritto e Giustizia - il quotidiano di informazione giuridica; Borriello Filippo, *Emergenza Covid-19. Le indicazioni dell'ANAC per lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica "a geometria variabile" e "a più velocità"*, in Diritto e Giustizia - il quotidiano di informazione giuridica.

ISSN 2036-7821

a sospensione unicamente fino al 31.12.2020[79]. Si è confermata la possibilità di avviare procedure ad evidenza pubblica, anche senza la loro programmazione nei documenti di cui all'art. 21, comunque soggetti ad aggiornamento entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione (15.10.2020).
Per le procedure sottosoglia, in deroga alla normativa vigente, è stato disposto l'esonero dalle garanzie provvisorie (tranne che in casi eccezionali e specifici, ma comunque per importi dimezzati). Sono stati individuati, altresì, termini precisi per la conclusione delle procedure: 1) due mesi dalla data di adozione dell'avvio del procedimento per affidamenti diretti e 60 giorni per la firma del contratto; 2) 4 mesi per le procedure negoziate e 60 giorni per la firma del contratto. La tardività nelle operazioni di conclusione delle procedure, anche in ottica di emergenza sanitaria, è stato previsto che possa essere imputata al RUP ai fini del danno erariale e, qualora imputabile all'operatore economico, possa determinare la sua esclusione e la risoluzione del contratto per inadempimento, operando la stessa di diritto.
Mutano anche le soglie per gli affidamenti: 1) affidamento diretto di lavori fino a 150.000 €; 2) affidamento diretto di servizi e forniture fino a 75.000 €; 3) per gli affidamenti fino a 40.000 € la pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento diventa facoltativa; 4) per i lavori da 150.000 € e fino a 350.000 € è ammessa la procedura negoziata senza bando con invito di almeno 5 operatori; 5) per i lavori da 350.000 € e fino a 1.000.000 € è ammessa la procedura negoziata senza bando con invito di almeno 10 operatori; 6) per i lavori da 1.000.000 € e fino alla soglia comunitaria è ammessa la procedura negoziata senza bando con invito di almeno 15 operatori; 7) per i servizi e forniture da 75.000 € a 214.000 € è possibile procedere a procedura negoziata senza bando con invito di almeno 5 operatori; 8) limite per i servizi tecnici, ferme restando le soglie di cui sopra, è l'applicazione esclusivamente del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 9) per le procedure sopra soglia si prevede un termine di conclusione pari a 6 mesi, nonchè termini ridotti per tutte gli atti endoprocedimentali; 10) per le procedura sopra soglia, inoltre, si prevede la possibilità di deroga delle disposizioni normative (tranne che di quelle penali) quando sussistono situazioni di estrema urgenza, connesse all'emergenza epidemiologica. In deroga alle disposizioni vigenti, inoltre, è stato previsto che, se per qualunque causa l'operatore economico non possa portare a termine l'esecuzione dell'appalto, la stazione appaltante deve risolvere il contratto di diritto ed ha facoltà di interpellare la graduatoria alle condizioni proposte dall'operatore interpellato o avvia nuova procedura di gara. Con la L. n. 120/2020, di conversione del Decreto Semplificazioni, poi, è stato esteso fino al 31.12.2021 il termine per l'applicazione delle nuove modalità semplificate degli appalti[80].

[79] A far data dal 01.01.2021 è prevista la necessità del limite fino al 40% del subappalto, nonchè la indicazione in fase di gara della terna dei subappaltatori.

[80] V. sul punto Bovino C., *Decreto Semplificazioni: superbonus , appalti, ZES e misure ambientali. Quali sono le novità*,

ISSN 2036-7821

Sempre fino al 31.12.2020 è stata, poi, prevista la possibilità per la PA di corrispondere alle imprese ed ai privati benefici economici comunque denominati (ad es. erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti) anche in assenza della documentazione antimafia, qualora la stessa non sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale. In questo caso, i benefici vengono erogati sotto condizione risolutiva. Inoltre, è stato previsto che le PA possano stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture sulla base di una informativa antimafia provvisoria, anche in tal caso sottoposti a condizione risolutiva (previa verifica dal rilascio della documentazione antimafia entro il termine di 30 giorni).

8.5. Con il D.L.n. 77/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni Bis), attualmente vigente in materia, si prevede la regolamentazione di tutte le misure attuative del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza). Il D.L. Smplificazioni bis contiene una disciplina transitoria applicabile agli interventi finanziati con le risorse del c.d. Recovery Plan (previste dal Regolamento UE 2021/240 e 2021/241, nonchè dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui all'art. 1 del decreto legge 6 maggio 2021, n. 59), ed una disciplina transitoria generalizzata in materia di evidenza pubblica. Il D.L. Semplificazioni bis riduce - di fatto - l'accelerazione e la spinta che erano state garantite agli appalti dal D.L. Semplificazioni e dal D.L. Milleproroghe, riconoscendo tale velocizzazione delle procedure in casi più limitati, e comunque fino al 30.06.2023. Muta nuovamente la disciplina sul subappalto che, fino al 31.10.2021 è ammesso nella misura dl 50% dell'importo complessivo del contratto; dal 01.11.2021 viene rimosso qualunque limite quantitativo al subappalto, con la individuazione specifica, tuttavia, da parte delle stazioni appaltanti, dei lavori e prestazioni oggetto di esecuzione obbligatoria a cura dell'aggiudicatario nonchè delle opere e lavori per i quali è necessario rafforzare il controllo delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori, al fine di evitare infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nelle White List o nell'anagrafe antimafia. Resta ferma la solidarietà di responsabilità tra aggiudicatario e subappaltatore nei confronti della stazione appaltante.

Ritorna l'appalto integrato, avente ad oggetto l'affidamento per la progettazione e l'esecuzione dell'opera sulla base del progetto di fattibilità. L'aggiudicazione è legata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, affinché si tenga conto degli aspetti qualitativi oltre che economici.

Si incentiva l'inserimento di donne e giovani a lavoro, prevedendo che per le imprese, anche di piccole dimensioni, che partecipano alle gare l'obbligo di presentare un rapporto sulla situazione del personale in riferimento all'inclusione

in www.ipsoa.it; Bovino C., *Decreto Semplificazioni: quali sono le norme "sblocca appalti" estese a tutto il 2021*, in www.ipsoa.it.

ISSN 2036-7821

delle donne, pena l'applicazione delle penali e l'esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche per 12 mesi. Inoltre, è previsto il riconoscimento di punteggi aggiuntivi per le aziende che utilizzano strumenti di conciliazione vita-lavoro, che si impegnino ad assumere donne e giovani under 35, che nell'ultimo triennio abbiano rispettato i principi di parità di genere ed adottato misure per promuovere le pari opportunità, imponendo la previsione di una quota di riserva per le assunzioni di tali categorie di soggetti

Novità in materia di soglie si configura anche con tale nuovo D.L. il quale prevede la possibilità di affidare servizi e forniture con affidamento diretto fino ad un massimo di € 139.000 (anziché 75.000 €); per i servizi e forniture di importo superiore ai 139.000 €, invece, è previsto l'espletamento di una procedura negoziata senza bando, con invito di almeno 5 operatori. I lavori sotto soglia, ferma restando la soglia dei 150.000 € per l'affidamento diretto, vengono invece affidati mediante procedura negoziata senza bando, secondo le seguenti modalità: 1) con invito di almeno 5 operatori per importi fino ad 1.000.000 €; 2) con invito di almeno 10 operatori nel caso di importi fino alla soglia comunitaria.

E' prorogato fino al 30.06.2023 l'obbligo di costituzione del Collegio Consultivo Tecnico per la risoluzione delle controversie in corso di esecuzione dei contratti per la realizzazione di opere pubbliche di importo sopra soglia. Si implementa l'importanza del CCT a tal punto che l'operatore che non rispetti le deliberazioni del CCT, poi confermate dal giudice, è soggetto alla condanna alle spese di lite nonchè al pagamento a favore dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato. Resta ferma la remunerazione dell'incarico del CCT unicamente in caso di svolgimento di attività (deliberazioni e pareri).

Si conferma la riduzione dei termini procedimentali: 1) termine non inferiore a 15 giorni per la ricezione delle offerte; 2) riduzione del termine a 10 giorni in caso di procedure con invito[81].

Semplificazioni ulteriori, infine, sono previste per l'acquisto di strumenti e servizi informativi finalizzati alla realizzazione del PNRR in materia di procedure di e-procurement e di acquisto di beni e servizi informatici sopra soglia, attraverso la possibilità di ricorrere a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, purché

[81] Resta fermo, comunque, il principio di massima partecipazione. Secondo la giurisprudenza recente, infatti, "*i termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta, e l'art. 79 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – come già il previgente art. 70 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – dispone che, nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte ("fatti salvi i termini minimi"); la stazione appaltante deve dunque operare secondo canoni di proporzionalità (cfr. art. 30, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e il termine di scadenza per la presentazione delle proposte deve essere idoneo alla loro corretta e ponderata predisposizione*" (TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 01.07.2019, n. 613; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 14.06.2021, n. 1930).

ISSN 2036-7821

le procedure siano avviate entro il 31 dicembre 2026.
Resta, invece, priva di proroga la disposizione derogatoria generalizzata della normativa dei contratti pubblici per le infrastrutture strategiche (università, attività giudiziaria, polizia ecc ecc), e ciò a dimostrazione dell'evidente riespansione graduale delle maglie della tutela della concorrenza, schiacciata inevitabilmente a causa dell'emergenza sanitaria[82].
8.6. Sintetizzando, le novità in materia di disciplina emergenziale concernono: 1) la possibilità di indire procedure ad evidenza pubblica anche senza la previsione delle stesse nei documenti di programmazione, a patti che questi ultimi vengano aggiornati entro 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto legge; 2) l'assenza di garanzie provvisorie (salvo che per casi particolari e specifici, e comunque per importi dimezzati); 3) la previsione di tempi stretti per addivenire all'aggiudicazione; 4) la modifica delle soglie di affidamento; 5) la previsione di una durata massima della procedura; 6) l'ammissione di procedure negoziate ex art. 63 del codice appalti nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria. A fronte di tali semplificazioni, il legislatore ha comunque introdotto i c.d. presidi di legalità. In particolare, si è imposta la velocizzazione del rilascio della documentazione antimafia, proprio in attuazione della velocizzazione delle procedure di gara. A tutela della trasparenza e del controllo viene riconosciuto un maggior spazio al monitoraggio attuativo degli investimenti pubblici, coinvolgendo anche la Ragioneria Generale dello Stato.

9. Conclusioni

Sulla base di quanto sopra meglio evidenziato ed in considerazione del regime di emergenza da Covid-19 che ha imposto al Governo di adottare misure di semplificazione ed accelerazione delle procedure ad evidenza pubblica, a vantaggio dell'economia del Paese, si configura un quadro abbastanza variegato tra misure a tutela della concorrenza e misure che, proprio per la loro semplificazione, appaiono in contrasto con la concorrenza stessa.
Seppur nella prima fase emergenziale si è assistito ad un sostanziale schiacciamento delle esigenze di concorrenza in favore della tutela della salute pubblica, con la previsione normativa di massima semplificazione in deroga a qualunque procedura di affidamento, con l'affievolirsi delle situazioni emergenziali la concorrenza ha riacquistato, pian piano, il suo spazio originario, fino ad addivenire con il Decreto Semplificazioni Bis ad una palese rivalutazione della concorrenza quale valore primario da tutelare e che, in sostanza, limita le procedure ad evidenza pubblica. Nel nuovo disegno normativo si assiste, infatti, ad una semplificazione delle procedure finalizzata alla ripresa economica (le proroghe, infatti, sono previste fino al 2023), ma

[82] V. anche Paziani Ilenia, *Gli appalti pubblici nel nuovo D.L. n. 77/2021: tra novità e proroghe del "vecchio" DL Semplificazioni*, in www.mediappalti.it; Scantamburlo L., Di Michele M., *Nuovo DL Semplificazioni: cosa cambia in materia di appalti pubblici. L'analisi del Team di Public Law di DWF*, www.dwfgroup.it.

ISSN 2036-7821

sempre in un'ottica di par condicio e concorrenza, valore, questo, non suscettibile più di deroga alcuna.

E proprio in tale prospettiva, di rilevante importanza - ancor maggiormente rispetto a prima - si configura l'intervento dell'AGCM, con l'esercizio del potere sanzionatorio, finalizzato a punire un comportamento che, seppur secundum legem, lede il valore primario della par condicio e della concorrenza nel mercato. La legge istitutiva n. 287/1990 ha conferito, infatti, all'AGCM il compito di tutelare la struttura concorrenziale del mercato mediante poteri istruttori e decisori, di controllo preventivo delle concentrazioni e repressivo di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante. Tra questi poteri emerge quello di comminare sanzioni pecuniarie amministrative (v. in proposito l'art. 31 della legge n. 287/1990) che sono soggette alle disposizioni di cui alla legge n. 689/1991 per quanto applicabile. In particolare, l'art. 10 di tale legge dispone piena autonomia ed indipendenza di giudizio e di valutazione in capo alle autorità indipendenti per la emissione di provvedimenti sanzionatori.

Per quanto all'AGCM possa essere riconosciuta autonomia e discrezionalità tecnica nelle decisioni anche sanzionatorie a fronte di condotte delle imprese potenzialmente lesive della concorrenza e del mercato, trattasi comunque di provvedimenti amministrativi ed in quanto tali impugnabili dinanzi al giudice amministrativo. Ecco che tali provvedimenti, sicuramente incidenti sulla materia di contratti pubblici, non possono certamente determinare in via automatica l'effetto escludente degli operatori economici partecipanti, men che meno avere l'effetto automatico di determinare la caducazione di una procedura ad evidenza pubblica in quanto non garantisce la par condicio dei partecipanti, come del resto confermato dalla recente giurisprudenza, altrimenti configurandosi una ipotesi di ingerenza dell'AGCM nei poteri decisori della stazione appaltante che gode di un'ampia discrezionalità amministrativa in merito, nonchè di interferenza con gli obiettivi della ripresa economica e del PNRR.

Ove, tuttavia, si volesse provvedere a qualificare le sanzioni per condotta anticoncorrenziale quale espressone del potere paragiurisdizionale dell'AGCM, la questione, invece, si complica.

In tale contesto, infatti, ci si troverebbe di fronte ad una stazione appaltante che disattende ad una decisione paragiurisdizionale in merito alla illegittimità riscontrata in capo ad un'impresa potenziale aggiudicataria. Conseguenza di tale visione sarebbe la necessità di mettere in discussione la portata dei poteri della stazione appaltante nel decidere ed i poteri dell'Autorità di controllo a tutela della concorrenza e del mercato che, piuttosto che esercitare una funzione di coordinamento, controllo ed ausiliaria nei confronti delle stazioni appaltanti, si trova a svolgere una funzione decisoria (e, di fatto, non passibile di contestazione da parte della stazione appaltante, nemmeno mediante adozione di una motivazione rafforzata) in merito a condotte delle imprese concorrenti che possono anche non

ISSN 2036-7821

aver alcun rilievo concreto in relazione alla specifica procedura di gara per cui si procede ma che, tuttavia, di fatto determinano una lesione della concorrenza. In tale contesto, dunque, si ci troverebbe di fronte ad una duplice gerarchia di autorità con riferimento alla materia degli appalti: la stazione appaltante, con poteri di autonoma gestione delle procedure; l'AGCM con poteri immanenti di controllo e tutela del valore trasversale della concorrenza.

La giurisprudenza recente che si è occupata del tema, tuttavia, non è dello stesso avviso, ma piuttosto tende a tutelare la posizione di primazia della stazione appaltante nelle procedure ad evidenza pubblica, conferendo alle valutazioni dell'AGCM in merito alla concorrenza unicamente valore di elementi che la Pubblica Amministrazione deve valutare ai fini dell'esercizio del suo esclusivo potere decisorio in materia di appalti. La tesi prevalente, infatti, mantiene in capo alla stazione appaltante una certa autonomia di valutazione e decisione circa l'affidabilità di un operatore economico, pur dovendo la stessa tenere in debito conto la tutela della concorrenza e di tutti i principi ad essa connessi, in relazione anche alla importanza alla stessa attribuita dalle direttive n. 23-24-25/2014/UE e dal D.lgs. n. 50/2016.

Resta inteso che, a parere di chi scrive, proprio il nuovo quadro normativo derogatorio della disciplina degli appalti necessita, ora più che mai, di una figura di preminente controllo che, affiancata all'ANAC (peraltro, ormai depotenziata nel proprio ruolo, soprattutto dopo il Decreto Sbloccacantieri), garantisca una corretta e "giusta" gestione delle procedure ad evidenza pubblica, e ciò soprattutto a tutela dello sviluppo economico del Paese nella fase di post-emergenza epidemiologica da Covid-19.

ISSN 2036-7821