

LIBERA UNIVERSITA' DEGLI STUDI LUISS GUIDO CARLI
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA
LA TUTELA DELLA CONCORRENZA
NEGLI APPALTI PUBBLICI

Relatore:

Professor Aldo Sandulli

Laureando:

Davide Tiberi

Correlatore:

Professor Bernardo Giorgio Mattarella

Anno Accademico 2020-2021

PREFAZIONE

La tutela della concorrenza nel settore degli appalti pubblici è oggi più che mai imprescindibile per la realizzazione degli obiettivi dell'Unione Europea, dato il considerevole valore di mercato di tale settore e il relativo impatto sullo sviluppo economico dei Paesi Europei e del nostro stesso Paese.

Nel corso di questa trattazione si analizzerà, preliminarmente, il contesto normativo previgente il Codice dei contratti pubblici del 2016 in rapporto al tema della concorrenza, fino a giungere all'assetto attuale.

L'obiettivo di questa prima parte è quello di mettere in luce il processo normativo di sensibilizzazione che la pubblica amministrazione ha intrapreso sul tema medesimo grazie anche al contributo delle Direttive dell'Unione Europea. A tal fine verranno analizzati alcuni degli strumenti previsti dal Codice dei contratti pubblici attualmente vigente per far fronte ai fenomeni collusivi e rendere le procedure di gara maggiormente improntate al rispetto dei principi di trasparenza, proporzionalità, libertà di concorrenza e massima partecipazione degli operatori economici.

Verranno poi riportati i principali contributi dell'AGCM, intervenuta sul tema con Vademecum del 2013, la Comunicazione n. 91/2021 della Commissione Europea, e la Segnalazione AGCM 2021 per la legge annuale sulla concorrenza, cercando di fornire anche spunti di riflessione a sostegno di un futuro auspicabile rafforzamento dei poteri di intervento dell'AGCM in tale settore. In conclusione verranno poi analizzate alcune delle ultime modifiche introdotte dal legislatore con gli ultimi Decreti Semplificazione 76/2020 e 77/2021, e talune proposte presentate dall' AGCM con la suddetta segnalazione, al fine di mettere in evidenza il loro impatto sulla concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

INDICE SOMMARIO

Capitolo I

IL QUADRO NORMATIVO PREVIGENTE IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. Premessa. pag. 6
2. Il Regio Decreto n. 2440 del 1923 e il Regolamento d' Esecuzione approvato con Regio Decreto n. 827 del 1924. 7
3. I reati di turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p. e astensione dagli incanti ex art. 354 c.p. 11
4. L'apporto della legge antitrust n. 287/90 al tema della concorrenza negli appalti pubblici. 17

Capitolo II

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DEL 2016

1. Premessa. 21
2. Il Codice dei contratti pubblici nel passaggio dal 2006 al 2016. 22
3. Le successive modifiche al Codice dei contratti pubblici del 2016. 26
4. Il Codice dei contratti pubblici del 2016, principi in ottica concorrenziale in riferimento alle disposizioni normative ex artt. 30, 51, 80, 83, 84, 91, 97. . . 27

Capitolo III

GLI INTERVENTI DELL'AGCM E DELLA COMMISSIONE EUROPEA NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

1. Il Vademecum dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del settembre 2013. 58
2. Intese e abusi di posizione dominante. 63
3. Proposte di riforma dell'AGCM e Segnalazione del marzo 2021 ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza. 78
4. La Comunicazione della Commissione Europea n. 91 del marzo 2021. 86
5. Orientamenti espressi dalla Commissione Europea nella Comunicazione n. 91 del 2021 per le modalità di applicazione del motivo di esclusione per collusione. 93

Capitolo IV

PROSPETTIVE FUTURE DI RIFORMA PER LA CONCORRENZA NEGLI APPALTI PUBBLICI

1. Alcune considerazioni e proposte di rafforzamento dell'azione antitrust. . .104
2. Prospettive future di riforma, decreti Semplificazione, Segnalazione AGCM e rischi per la concorrenza. 111
3. Il caso "Biocrea". 116
4. Conclusioni. 117

CAPITOLO I

IL QUADRO NORMATIVO PREVIGENTE IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il Regio Decreto n. 2440 del 1923 e il Regolamento di Esecuzione approvato con R.D. n. 827 del 1924. - 3. I reati di turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p. e astensione dagli incanti ex art. 354 c. p. - 4. L'apporto della legge antitrust 287/90 al tema della concorrenza negli appalti pubblici.

1. Premessa.

Nei seguenti paragrafi si cercherà di ricostruire sinteticamente il quadro normativo previgente il Codice dei contratti pubblici con specifica attenzione al tema della concorrenza negli appalti pubblici. Lo scopo di tale capitolo è quello di creare una base di partenza per effettuare, nel prosieguo, un confronto di carattere evolutivo tra la normativa precedente e quella attuale, analizzare i pro, i contro, e le ragioni delle successive modifiche normative intervenute negli anni. Per un'analisi dettagliata della normativa si rinvierà invece ai successivi capitoli.

2. Il Regio Decreto n. 2440 del 1923 e il Regolamento d' Esecuzione approvato con regio Decreto n. 827/1924.

Nel quadro previgente il Codice dei contratti pubblici la disciplina dei contratti della pubblica amministrazione era contenuta nella normativa sulla contabilità dello Stato, rispettivamente R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 e Regolamento approvato con R.D. del 23 maggio 1924 n. 827. Tale normativa prevedeva quattro tipologie di procedure di selezione del contraente: pubblici incanti, licitazione privata, appalto-concorso e trattativa privata; tra queste le due principali erano rappresentate dalle gare mediante pubblico incanto e dalla licitazione privata, sia per i contratti attivi sottoscritti dallo Stato, sia per i contratti passivi rappresentanti un'uscita erariale.

L' interesse primario della disciplina dei contratti statali, come si potrà anche dedurre dalla sua originaria collocazione, era quello di garantire una gestione corretta ed efficiente del denaro pubblico e, principalmente, assicurare alla pubblica amministrazione le condizioni economiche più favorevoli, in base a criteri tecnico-economici e alla capacità e serietà imprenditoriale dimostrata dagli offerenti.

La normativa sulla contabilità del tempo, pertanto, garantiva solo di riflesso la *par condicio* dei partecipanti, i quali, inoltre, potevano essere esclusi, con giudizio insindacabile della P.A., dal fare offerte per tutti i contratti nel caso in cui si fossero resi

colpevoli di malafede o negligenza nell' esercizio di altra impresa. Si riporta in nota il testo normativo di riferimento¹. La prima disciplina relativa alle procedure degli incanti, degli appalti-concorso e delle licitazioni e trattative private era contenuta invece al capo III del Regolamento di Esecuzione n. 827/1924. Si riportano in nota i testi normativi di riferimento².

¹ ART 3. Co. 2° R.D. 2440/1923 *"I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato devono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell' amministrazione"*.

ART 3 Co. 3° R.D. 2440/1923 *"Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell' eseguire altra impresa si siano resi colpevoli di negligenza o malafede, l'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni"*.

ART. 4. co. R.D. 2440/1923 *"Per speciali lavori o forniture possono invitarsi le persone o ditte ritenute idonee a presentare, in base a prestabilite norme di massima, i progetti tecnici e le condizioni alla quali siano disposte ad eseguirli.*

Nei modi e nelle forme che saranno stabilite nell' invito, si procede, a giudizio insindacabile dell'amministrazione al progetto che risulti preferibile, tenuto conto degli elementi economici e tecnici delle singole offerte e delle garanzie di capacità e serietà che presentano gli offerenti, e si fa quindi luogo alla stipulazione del contratto".

² *Procedimento per gli incanti:*

Art. 73. *L'asta, secondo che le circostanze, l'importanza o la qualità del contratto lo facciano reputare più vantaggioso per l'amministrazione, e sia stato disposto dal ministro competente o dall'ufficiale delegato, si tiene in uno dei seguenti modi:*

- *col metodo di estinzione di candela vergine;*
- *per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo massimo o minimo prestabilito e indicato in una scheda segreta dell'amministrazione;*
- *per mezzo di offerte segrete da confrontarsi poi col prezzo base indicato nell'avviso d'asta;*
- *col mezzo di pubblico banditore, quando trattasi di alienare beni mobili fuori d'uso o derrate, cavalli di riforma, residui di fabbricazioni o di costruzioni o di manufatti negli opifici dello Stato.*

Da tale impianto normativo emerge la considerazione circa la preferenza da parte del legislatore del tempo delle procedure della gara mediante pubblico incanto e della

Procedimenti per licitazioni, per l'appalto concorso e per le trattative private:

Art.89. Si procede alla licitazione privata:

- *invitando per mezzo di avvisi particolari persone o ditte ritenute idonee per l'oggetto della licitazione, a comparire in luogo, giorno ed ora determinata, per presentare le loro offerte;*
- *mediante l'invio, alle persone che si presumono idonee per l'oggetto della licitazione, di uno schema di atto in cui sia descritto l'oggetto dell'appalto e le condizioni generali e speciali, con invito di restituirlo munito della propria firma e con la offerta del prezzo per quale sarebbero disposte ad eseguire l'appalto o con l'indicazione del miglioramento sul prezzo base, se questo sia stato stabilito dall'amministrazione.*

Nel primo caso gli invitati presentano le loro offerte a voce se la licitazione dev'essere verbale, o per iscritto se ad offerte segrete. Se altrimenti non sia stato indicato negli avvisi, l'autorità delegata, dopo invitati ancora i concorrenti a fare una nuova offerta a miglioramento di quella più vantaggiosa presentata, aggiudica l'impresa, seduta stante, al migliore offerente.

Nel secondo caso, l'autorità che deve aggiudicare l'appalto, in un giorno ed ora da indicarsi alle persone state invitate a concorrere, procede in pubblica seduta all'apertura delle obbligazioni ricevute, e delibera la provvista od il lavoro al miglior offerente, stendendo verbale di deliberamento dal quale risultino le ditte invitate a concorrere, le offerte ricevute e l'esito della licitazione.

Art. 91. Quando si procede con la forma dell'appalto-concorso le persone o ditte invitate dall'amministrazione ai sensi dell'art. 4 della legge, presentano il progetto di lavori o delle forniture coi prezzi relativi, nei termini, modi e forme che sono stabiliti nell'invito. L'amministrazione procede insindacabilmente alla scelta del progetto che ritiene preferibile, sentito, ove lo creda necessario, il parere di una Commissione all'uopo nominata, e stipula poi il contratto con l'offerente prescelto.

Art.92. La trattativa privata ha luogo quando dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse.

licitazione privata; la prima aperta indistintamente a tutte le imprese interessate, la seconda basata su un sistema di inviti da parte della P.A. alle sole imprese del settore ritenute più idonee. Le altre procedure erano invece lasciate a casi speciali. Tale scelta da parte del legislatore si può motivare probabilmente con l'intento di limitare per quanto possibile la discrezionalità della P.A. nelle procedure di selezione del contraente; una discrezionalità eccessiva, infatti, avrebbe potuto dare maggiormente adito a fenomeni collusivi e corruttivi tra imprese e funzionari pubblici, danneggiando allo stesso tempo sia i partecipanti che la Pubblica Amministrazione. Va infatti ricordato come i principi della concorrenza e dell'efficienza amministrativa fossero in questo contesto, e sono tutt'oggi, legati tra loro. Basti pensare che una gara aperta alla partecipazione di più imprese, svolta secondo le regole della libera concorrenza, garantisce alla P.A., tramite la competizione tra le imprese partecipanti, le condizioni economiche più favorevoli sul mercato e la conseguente massimizzazione dell'efficienza amministrativa, principali se non unici interessi tutelati dalla normativa del tempo.

3. I reati di Turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p. e astensione dagli incanti ex art. 354 c.p.

A completamento della normativa sulla contabilità dello Stato, presidi a tutela della P.A. nella disciplina dei Contratti pubblici erano previsti dal Codice Penale, titolo II – Dei delitti contro la pubblica amministrazione e nello specifico agli artt. 353 e 354. Questi ultimi e rispettivamente, il reato di turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti, avrebbero dovuto svolgere fin dalla loro adozione nel codice Rocco un importante funzione deterrente verso qualsiasi condotta volta a impedire o turbare o più in generale alterare il normale esito delle gare. Passando ad analizzare ora la normativa di riferimento all' art. 353 del codice penale è previsto che chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusione o altri mezzi fraudolenti, **impedisca o turbi** la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni o ne allontani gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e la multa da euro 103 a euro 1032. Fino a qualche anno fa la giurisprudenza riteneva tale reato come plurioffensivo, affermando che l'oggetto della tutela penale comprendesse, oltre al principale interesse della pubblica amministrazione al libero e regolare svolgimento dei pubblici incanti e delle licitazioni private, anche la tutela della libertà dei partecipanti di poter influenzare l' esito delle gare attraverso il dispiegamento delle naturali regole della libera concorrenza. Con ciò

si affermava la prassi secondo cui coloro, che avessero partecipato alla gara e denunciato l'attività illecita e fraudolenta dei denunciati, acquisivano la posizione giuridica processuale di parte offesa e quindi il diritto di ricevere l'avviso di richiesta di archiviazione del P.M. nonché il diritto ad opporsi (Cass. Pen. VI, 25-5-2007, n. 20621). Tale orientamento ha subito peraltro, nel corso degli ultimi anni, una totale rivisitazione; la Suprema Corte infatti ha ritenuto che l'interesse giuridico tutelato dalla norma fosse solo quello della Pubblica Amministrazione ad un regolare svolgimento delle procedure competitive al fine di garantire la selezione dell'offerta migliore per l'amministrazione, secondo i parametri di economicità, efficienza dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, riconducibili al principio del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Ne consegue che il bene giuridico tutelato dall'art. 353 c.p. fa capo alla sola P.A. venendo così ad escludere la possibilità per i partecipanti alle gare viziata da condotte anti competitive di poter assumere la veste di parti offese nel procedimento penale e la loro legittimazione a ricevere e opporsi ad una eventuale richiesta di archiviazione del P.M.³

³ "Nel reato ex 353 cod.pen. il singolo cittadino non è persona offesa ma, ricorrendone le condizioni, eventualmente solo soggetto danneggiato: trattandosi di reato contro la pubblica Amministrazione, unico soggetto passivo quale titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, che nella fattispecie è quello al rispetto delle regole proprie della gara tra i concorrenti" (Cass. Pen. Sez. VI n. 28266/2017, n. 11031/2013).

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della disciplina in questione va specificato che solo i pubblici incanti, caratterizzati dall'essere indistintamente aperti al pubblico, e le licitazioni private, nelle quali i privati sono previamente invitati alla gara, rientrano nella definizione di "gara" prevista dal legislatore. Queste ultime sono state inoltre considerate ipotesi tassative (Cass. VI, 11-11-1998, n. 11665). Passando ora ad un'analisi delle condotte, queste consistono nell'impedire o turbare una licitazione o la gara nei pubblici incanti con l'uso di mezzi intimidatori (violenza o minaccia) o fraudolenti (collusione, doni, promesse). Inoltre il delitto *de quo* è configurabile non solo quando la gara non possa essere effettuata, ma anche quando, pur non impedendone lo svolgimento, se ne disturba la regolarità, alterandone il risultato che, senza l'intervento perturbatore, sarebbe stato diverso (Cass. VI, 25-09-1998, n. 10130). Focalizzandosi ora sulle modalità della condotta e dando per noti i concetti di violenza, doni, minaccia e promesse, deve intendersi per **collusione** ogni accordo clandestino diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte (Cass. VI, 2-4-2012, n. 12298). Sono compresi anche tutti quegli accordi preventivi tra i partecipanti diretti ad alterare i principi della libera concorrenza⁴. La prima giurisprudenza negli anni ha inoltre individuato come indice di collusione la

⁴ "Ne reato di turbata libertà degli incanti, il mezzo della collusione riguarda tutti gli accordi preventivi intervenuti tra i partecipanti sui contenuti specifici delle rispettive offerte, diretti ad alterare il principio della libera concorrenza tra i singoli soggetti giuridici che partecipano in via autonoma alla gara" Cass.Pen, sent. N. 16333/2011.

partecipazione ad una stessa gara da parte di imprese tra loro collegate, specificando però che ciò non è sufficiente perché la norma incriminatrice richiede che la turbativa d'asta sia commessa "con collusione o altro mezzo fraudolento"⁵. Si delineano di seguito le condotte idonee ad integrare le fattispecie in esame, così come elaborate dalla giurisprudenza.

- **Turbamento:** si verifica quando si influenza il risultato della gara che, in assenza di tale condotta, sarebbe potuto essere diverso (Cass. VI, 14-7-1967, n. 415), o comunque quando se ne altera il normale svolgimento, senza che sia richiesta in questa ipotesi un'alterazione dei risultati di essa (Cass. VI, 8-7-2013, n. 28970).
- **Impedimento:** la condotta viene integrata ogni qual volta è resa impossibile l'effettuazione della gara, che rimane deserta. È richiesto pertanto un ostacolo non superabile (Cass. VI, 17-7-1998, n. 8443).
- **Allontanamento:** si verifica quando taluno degli offerenti venga distolto dal partecipare alla gara (Cass. VI, 17-7-1998, n. 8443).

⁵ "Il collegamento formale o sostanziale tra società partecipanti alla stessa gara non è di per sé sufficiente a configurare il delitto di turbata libertà degli incanti, occorrendo a tal proposito la prova che, dietro la costituzione di imprese apparentemente distinte, si celi un unico centro decisionale di offerte coordinate e che le imprese, sfruttando tale rapporto di collegamento, abbiano presentato offerte concordate" Cass. Pen. Sent. N. 42965/2016.

A questo punto, per completezza, si consideri anche brevemente la fattispecie penale di cui all'**art. 353-bis c.p. "Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente"**, inserito molti anni più tardi con la Legge n. 136/2010. Tale intervento da parte del legislatore fu necessario dal momento che la fattispecie della turbata libertà degli incanti presuppone per la sua applicazione che vi sia già una gara procedimentalizzata, non potendo venire in rilievo prima dell'inizio della stessa. "La gara costituisce il necessario presupposto del reato, e pertanto il reato di turbata libertà degli incanti di cui all' art. 353 c.p. non è configurabile prima che la procedura di gara abbia avuto inizio, ossia prima che il relativo bando sia stato pubblicato⁶.

Al fine dunque di contrastare il fenomeno della turbativa d'asta, che nelle sue varie forme può influenzare anche il procedimento di formazione del bando di gara, intaccandone il contenuto in modo che un determinato soggetto possa essere fuorviato nell'aggiudicazione in una fase ancora prodromica all'apertura della gara, mettendo in pericolo, da un lato il buon andamento della pubblica amministrazione e dall'altro la libera concorrenza dei partecipanti alla gara, venne introdotta la nuova figura di reato descritta dall'art. 353 bis c.p. Quest' ultima, affiancando l'art. 353 c.p., assolse il compito di reprimere le condotte di turbativa poste in essere antecedentemente alla pubblicazione del bando, ipotesi che fino ad ora sfuggivano alla

⁶ In tal senso Cassazione Penale Sez. VI del 22/10/13 n. 44896.

sanzione penale. La tutela dell'interesse della P.A. ad un regolare svolgimento delle gare era inoltre garantito dall' art. 354 c.p. rubricato "Astensione dagli incanti", questo ultimo reato prevede la reclusione sino a sei mesi o la multa fino a 516 euro per chiunque si **astenga dal concorrere** agli incanti o alle licitazioni indicati nell' articolo precedente, per denaro, dato o promesso a lui o ad altri, o per altra utilità a lui o ad altri data o promessa. La fattispecie in esame viene considerata un'ipotesi di concorso mediante omissione nel reato previsto all'art. 353 c.p., intendendosi per astensione non solo la mancata partecipazione alla gara, ma anche il caso in cui si ometta di porre in essere atti necessari perché la propria offerta sia presa in considerazione. Ratio della norma è non lasciare esente da pena colui che si lasci corrompere dal soggetto attivo del reato di turbativa di incanti e licitazioni, causando una lesione all'interesse tutelato, ovvero, l'efficienza della pubblica amministrazione.

Come si potrà notare, il legislatore e la giurisprudenza del tempo cercarono di arginare il fenomeno della collusione nella materia degli appalti pubblici fin dagli albori, elaborando delle condotte dai confini più ampi in alcuni casi, vedi ad es. "Turbamento" e condotte maggiormente specifiche e definite in altri, vedi ad es. "Impedimento" e "allontanamento". Sicuramente un importante ruolo in tal senso venne ricoperto più tardi dalla normativa europea sulla concorrenza e dalla successiva normativa antitrust nazionale con legge 287/90.

4. L' apporto della Legge Antitrust n. 287/90 al tema della concorrenza negli appalti pubblici.

Come già specificato, il tema della concorrenza acquisì autonomia e centralità solo grazie all'apporto del legislatore europeo. Le prime disposizioni europee sulla concorrenza erano inizialmente contenute nel Trattato istitutivo della CEE (1957), specificatamente agli artt. 85 e 86, poi fatti successivamente confluire nell' odierno TFUE agli artt. 101 (intese restrittive) e 102 (abuso di posizione dominante). A queste ultime si aggiunse poi nel 1989 il Regolamento n. 4064 relativo alla figura delle concentrazioni. Fu perciò grazie alla spinta dell'Unione Europea che il nostro legislatore nazionale si dotò negli anni '90 di una normativa antitrust interna, con Legge 287/90, finalizzata a combattere e reprimere le sempre più frequenti condotte anti concorrenziali degli operatori economici. Le disposizioni fondamentali per il tema in esame sono rappresentate dagli articoli 2 (intese restrittive della concorrenza) e 3 (abuso di posizione dominante). Al fine di perseguire i risultati auspicati dal legislatore veniva istituita l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, acronimo AGCM, Autorità di vigilanza, dotata di penetranti poteri di indagine e rilevanti poteri sanzionatori. All'AGCM è stato riconosciuto anche un importante ruolo di tutela e

promozione della concorrenza nel settore degli appalti pubblici⁷; essa, infatti, gode da un lato di poteri di segnalazione e consultivi, dall' altro, di poteri sanzionatori in materia di intese anticoncorrenziali e di abuso di posizione dominante.

Fu proprio grazie a tale intervento normativo e alla pedissequa attività portata avanti dalla stessa Autorità che il panorama delle condotte anticoncorrenziali nel mercato degli appalti pubblici venne ad arricchirsi, facilitando così il compito della giurisprudenza nella attuazione della normativa in questione (legge 287/90), ma anche nella individuazione di quelle nuove e sempre più elaborate pratiche atte ad eliminare o ridurre il gioco della libera concorrenza nella materia degli appalti. La tutela penale della concorrenza, in un certo senso anticipatoria, agevolò il compito dell'Authority.

La normativa, come già accennato, ruota intorno alle tre diverse figure/fattispecie delle intese restrittive della concorrenza, dell'abuso di posizione dominante e delle concentrazioni. Per quanto concerne il campo di nostro interesse la figura che più di frequente ricorre è senza dubbio quella dell'intesa. Quest' ultima può assumere le varie forme di : accordo tacito o espresso tra imprese, pratica concordata, decisione, frutto perfezionata tramite un accordo o una decisione di associazione di imprese,

⁷ Secondo l'art. 24 legge 287/90 "L'Autorità, sentite le amministrazioni interessate, entro diciotto mesi dalla sua costituzione presenta al Presidente del Consiglio dei Ministri un rapporto circa le azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza la normativa relativa al settore degli appalti pubblici"

come un incontro di volontà tra più soggetti allo scopo di eliminare o ridurre la concorrenza su un dato mercato. Più complessa è invece la definizione di pratica concordata, che si può indicare come una consapevole collaborazione tra imprese, il cui effetto porta ad un coordinamento tra le strategie e le scelte economiche delle imprese partecipanti non spiegabile attraverso le normali logiche di mercato, e pertanto considerabili come economicamente irrazionali⁸. Il fenomeno delle pratiche concordate può consistere in una forma di coordinamento tra più imprese, non formalizzata e né particolarmente intensa, che tuttavia si riconosce dai comportamenti uniformi e paralleli facenti capo a più imprese, frutto di una vera e propria concertazione di fatto tra le stesse e non di iniziative unilaterali⁹.

Il legislatore nazionale poi sulla scorta di quanto previsto dalla normativa europea delinea alcune tipologie di attività e pratiche che, a prescindere dal loro concreto effetto sul mercato, si possono considerare sempre vietate per via del loro oggetto anticoncorrenziale. Esse consistono in attività di ripartizione del mercato o delle fonti di approvvigionamento, attività volte ad impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico.

⁸ Catricalà “La pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all’attuazione di un vero e proprio accordo (espresso), sostituisce in modo consapevole, un’espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza” in DIRITTO ANTITRUST pag. 169, Ed. Giuffrè Francis Lefebvre 2021. In tal senso anche il CdS con sent.n. 4123/2015.

CAPITOLO II

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DEL 2016

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il Codice dei contratti pubblici nel passaggio dal 2006 al 2016 – 3. Le successive modifiche al Codice dei contratti pubblici del 2016. – 4. Il Codice dei contratti pubblici del 2016, principi in ottica concorrenziale in riferimento alle disposizioni normative ex artt. 30, 51, 80, 83, 84, 91, 97. - 4 a). Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni. - 4 b). Suddivisione in lotti e raggruppamenti temporanei di imprese - 4 c). Motivi di esclusione e illeciti professionali. - 4 d). La selezione degli offerenti e il meccanismo di rotazione - 4 e). Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici. - 4 f). Riduzione del numero dei candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare. - 4 g). Offerte anormalmente basse.

1. Premessa.

In tale capitolo verranno analizzate le novità più rilevanti che la materia degli appalti pubblici ha subito con il passaggio dal Codice dei contratti pubblici del 2006 a quello del 2016, e con le successive modifiche intervenute nei tempi più recenti con i vari decreti sblocca cantieri e semplificazioni. Saranno inoltre analizzate alcune delle disposizioni del Codice del 2016 più significative per la concorrenza negli appalti pubblici. L'obiettivo è quello di mettere in luce l'importanza che il tema della concorrenza ha acquisito nella materia degli appalti pubblici nel corso del tempo e gli strumenti definiti dal legislatore europeo e nazionale per far fronte ai fenomeni collusivi.

2. Il Codice dei contratti pubblici nel passaggio dal 2006 al 2016.

Nella sistematica delle fonti normative sul tema dei contratti pubblici, la legge Merloni, n. 109 dell'11 febbraio 1994, cosiddetta legge quadro per i Lavori Pubblici (intervenuta dopo lo scandalo di Tangentopoli) rappresenta un primo importante elemento di evoluzione, introducendo regole per una maggiore trasparenza nelle gare d'appalto, nonché istituendo una apposita Autorità con funzioni di vigilanza, l'A.V.C.P. La materia degli appalti pubblici, sempre in continuo aggiornamento, subì poi nel 2006 gli effetti di un primo vero intervento di aggiornamento e riorganizzazione della disciplina con l'adozione del primo Codice dei contratti pubblici con D.lgs. n. 163 del 12/04/2006, il quale attribui particolare rilevanza allo scopo della garanzia della concorrenza. Il contributo maggiore venne senz'altro dall'Unione Europea che con le direttive 17 e 18 del 2004 chiedeva agli Stati membri di attuare interventi mirati nel settore degli appalti pubblici. Il Codice del 2006 rappresentò pertanto la risposta dell'Italia a tali richieste e l'adempimento del nostro Paese agli obblighi nei confronti dell'UE. L'impianto normativo, come si potrà notare dalle prime disposizioni, ruota sempre intorno ai classici criteri di efficienza e trasparenza, ai quali si aggiungono con maggiore evidenza anche quelli dell'economicità, proporzionalità e tutela della concorrenza, fondamentali per garantire una corretta gestione delle finanze pubbliche di ogni stato membro, ma anche e soprattutto una apertura del mercato degli appalti

finalizzata a favorire una sempre maggiore circolazione intracomunitaria di beni e servizi. Il passo successivo nell'evoluzione della materia si realizzò dieci anni dopo con l'approvazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, noto come il "nuovo" Codice dei contratti pubblici.

L'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici ha apportato significative modifiche nelle relazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici, introducendo innovazioni nella gestione delle procedure di affidamento al fine di perseguire gli obiettivi e gli scopi dell'Unione Europea. Il decreto legislativo 50/2016 è stato infatti adottato in attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Il Codice, strutturato in sei parti e composto da 220 articoli, disciplina l'intera materia dal momento in cui si decide una procedura di affidamento a quello finale dell'esecuzione.

Vengono declinate le fasi della pianificazione, programmazione, progettazione, modalità di affidamento e collaudo, momenti fondamentali per la stazione appaltante, individuando allo stesso tempo i principi comuni a tutti i tipi di affidamento:

trasparenza, economicità, efficacia, correttezza, tempestività, libera concorrenza, non discriminazione. Il Codice disciplina le regole procedurali per ogni tipologia contrattuale (appalto, concessioni e altre forme contrattuali minori). Ai fini della scelta del contraente acquista maggiore rilievo, in senso preferenziale, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo (in una sintesi tra offerta economica prevista e offerta tecnica), divenendo criterio obbligatorio in riferimento all'ambito dei servizi sociali, di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e per quei servizi in cui è fondamentale l'apporto di manodopera in particolari settori. Nel Codice del 2016 si coglie inoltre la propensione al passaggio da una vasta platea di stazioni appaltanti ad una più ridotta di soggetti dotati di maggiori requisiti di professionalità e tecnica al fine di essere capaci di gestire procedure più complesse. A tali fini il Codice prevede un sistema di qualificazione sia per gli operatori economici che per le stazioni appaltanti.

Altra novità è rappresentata dall'introduzione di un rito super accelerato volto a definire il quadro dei concorrenti prima del termine della gara, con l'obiettivo di contenere le possibilità di contenzioso. Il Codice contiene anche disposizioni volte a valorizzare il ruolo dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), la quale svolge funzioni di vigilanza, promozione e sostegno delle migliori pratiche anche attraverso la promozione dello scambio di informazioni tra stazioni appaltanti. L'Autorità

Anticorruzione, inoltre, assolve anche un ruolo cruciale nell'interpretazione e applicazione del Codice attraverso l'adozione di linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile. Anche l'ANAC inoltre è chiamata a svolgere un ruolo di monitoraggio, vigilanza e controllo, funzionale a promuovere l'apertura dei mercati e la tutela della concorrenza nel settore dei contratti pubblici.

A tal fine, secondo quanto previsto all'art 213 comma 7, l'ANAC collabora con l'AGCM per la rilevazione di quei comportamenti meritevoli di essere valutati per l'attribuzione del rating di legalità delle imprese o rating di impresa ex art. 83 comma 10. Il Codice, dando corso alle direttive Europee, ha poi previsto lo strumento del Documento di gara unico europeo (DGUE), allo scopo di favorire una più ampia partecipazione alle procedure da parte di operatori economici europei, mettendo a loro disposizione un documento volto all'autocertificazione dell'assenza dei motivi di esclusione, semplificando così il loro accesso alle procedure.

3. Le successive modifiche al Codice dei contratti pubblici del 2016.

Il Codice del 2016, nonostante i pregevoli propositi, fu tuttavia oggetto di un ampio dibattito, a seguito del quale derivarono riforme che in parte incisero direttamente sul testo ed in parte sospesero alcuni tra gli istituti più innovativi. Seguirono quindi interventi di correzione di errori di recepimento delle direttive europee con il d.lgs. n. 56/2017, e di modifica della causa di esclusione riguardante gli illeciti professionali con il d.lgs. n. 135/2018. Le modifiche e le novità di maggiore rilievo tuttavia si ebbero con il Decreto Sblocca cantieri, D.L. n. 32/2019 convertito con Legge n. 55/2019, tra le quali in particolare vengono in rilievo l'introduzione del minor prezzo limitatamente ai contratti sotto soglia, l'abrogazione del rito super accelerato, il ridimensionamento del ruolo delle linee guida dell'ANAC. Tra le ultime modifiche si segnalano il D.L. 76/2020 e il D.L. 77/2021, i quali introducono disposizioni di carattere eccezionale e transitorio che derogano alla disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici relativamente al tema dei contratti sotto soglia (Art. 36 D.lgs. 50/2016), ampliando la facoltà delle stazioni appaltanti di ricorrere alla modalità di affidamento diretto e la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per lavori, servizi e forniture.

4. Il Codice dei contratti pubblici del 2016 : principi in ottica concorrenziale in riferimento alle disposizioni normative ex artt. 30, 51, 80, 83, 84, 91, 97.

Premesso che il settore degli appalti pubblici gioca un ruolo centrale per la stabilizzazione dell'economia di ogni paese, rappresentando un volume cospicuo del PIL di ciascuno, le procedure ad evidenza pubblica svolgono un ruolo fondamentale nelle economie dei mercati di beni e servizi, rappresentando lo strumento principale a garanzia della libera concorrenza tra gli operatori economici nell'offerta di lavori, servizi e forniture alla P.A.

Segue una disamina di taluni principi e strumenti del Codice dei contratti pubblici del 2016 in ottica concorrenziale.

a) Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni.

Il Codice dei contratti pubblici prevede all'articolo 30 che le fasi di affidamento ed esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, debbano garantire una adeguata qualità delle prestazioni e si svolgano nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. La disposizione, inoltre, specifica che nell'affidamento degli appalti e delle concessioni le stazioni appaltanti sono

chiamate a rispettare i fondamentali principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza proporzionalità e pubblicità. La norma in esame rappresenta, pertanto, un importante presidio a tutela della libertà degli operatori economici di poter competere nell' affidamento di appalti e concessioni. La stessa fa inoltre divieto alle stazioni appaltanti di limitare in qualunque modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici. In un'ottica di *favor participationis* inoltre è previsto che i criteri di partecipazione alle gare debbano essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese. Il codice dei contratti pubblici prevede inoltre molteplici istituti pro competitivi e volti a garantire la concorrenza. Tra questi rinveniamo l'accordo quadro, l'asta elettronica, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e l'avvalimento.

Le pubbliche amministrazioni, tuttavia, conservano una certa libertà nel condizionare il funzionamento concorrenziale dei mercati, potendo scegliere tra le diverse modalità di affidamento del servizio, del lavoro o della fornitura ed anche nella predisposizione dei bandi di gara e o degli avvisi di pre-informazione. Infatti, nel caso di affidamento diretto di un servizio il confronto competitivo è del tutto escluso, mentre nel caso di assegnazione del servizio a società in parte private, devono essere rispettate le regole del mercato, dunque le regole della gara. A poter incidere sulla correttezza dei

comportamenti concorrenziali tenuti dagli operatori, si aggiungono poi il potere di segnalazione dei casi di sospetta collusione e la collaborazione tra stazioni appaltanti e AGCM.

b) Suddivisione in lotti e Raggruppamenti temporanei di imprese.

Il Codice all' art 51 ha poi previsto espressamente che, al fine di favorire l' accesso ai pubblici contratti delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali o in lotti prestazionali. Il valore dei lotti deve essere adeguato in modo da garantire la più ampia ed effettiva partecipazione da parte delle piccole, medie e micro imprese. La norma vieta inoltre alle stazioni appaltanti di suddividere i lotti in modo artificioso al fine di eludere gli obblighi di gara nascenti dalla applicazione delle disposizioni del codice. In tal senso l'AGCM rileva che affinché si realizzi un effettivo confronto competitivo tra le imprese, il numero dei lotti deve essere inferiore al numero dei partecipanti in gara¹⁰.

¹⁰ Parere AGCM 23 febbraio 2003 n. AS251 "L'Autorità reputa che la suddivisione della fornitura in più lotti sia coerente con l'obiettivo di garantire la partecipazione alla gara del maggior numero possibile di concorrenti; tuttavia, affinché si realizzi un effettivo confronto competitivo tra le imprese, appare indispensabile che il numero dei lotti sia determinato in modo tale da risultare sempre inferiore al numero dei partecipanti alla gara"

Un altro valido strumento ai fini della promozione della concorrenza è quello dei raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) o (ATI). Si tratta di uno strumento che infatti consente alle imprese, che non sarebbero in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, di associarsi tra loro, aumentando così la partecipazione delle piccole imprese. In merito è stato tuttavia rilevato da parte dell' AGCM che tale strumento *“va sempre verificato nella sua idoneità concorrenziale in concreto, in quanto potrebbe determinare in direzione opposta una diminuzione del grado di concorrenza, ove consenta a soggetti in grado di partecipare anche autonomamente, di presentarsi insieme ad altri soggetti propri rivali, diminuendo così artificiosamente l'effettività della competizione”*.

Anche Il Consiglio di Stato, dovendosi pronunciare sul tema, ha rilevato che seppure lo strumento delle ATI consente di perseguire finalità pro competitive non mancano ipotesi di utilizzo distorto dello stesso istituto; impieghi che, snaturando lo scopo sotteso alla base delle ATI, portano a favorire e a mascherare intese restrittive a danno della concorrenza¹¹. L' AGCM infine si sarebbe poi anche pronunciata sul problema del legittimo inserimento nei bandi di gara della clausola di esclusione delle

¹¹ Sent. Consiglio di Stato 8 marzo 2006 n. 1267: *“Si appalesa allora, per un verso, un sostanziale snaturamento dello strumento dell'associazione temporanea, che da istituto pro-competitivo volto ad ampliare le chance di partecipazione in capo ad imprese non dotate dei requisiti individuali per la partecipazione, assurge a fattore anticompetitivo capace di strangolare o evitare la concorrenza favorendo intese tra soggetti tenuti a competere per il fatto di avere manifestato la volontà di partecipare separatamente alla procedura”*

ATI sovrabbondanti, ovvero quei raggruppamenti temporanei di imprese costituiti da operatori economici che potrebbero già singolarmente partecipare alla gara essendo in possesso di tutti i requisiti richiesti. Secondo l'Authority questo tipo di clausole ben può essere inserito nei bandi di gara, ma l'esclusione del raggruppamento potrà essere disposta solo ove questo, nel caso concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere macroscopicamente anticoncorrenziale¹². L'AGCM ha anche precisato che la clausola non può prevedere l'esclusione automatica dell'ATI ricadendo sulla stazione appaltante l'onere di dimostrare la sussistenza dei rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento¹³. In questo senso si è anche espresso il Consiglio di Stato con sentenza 3245 del 3 luglio 2017, che così si esprime, *“nel nostro ordinamento non esiste alcuna regola o principio che imponga in assoluto l'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese sovrabbondante, afferendo a valutazione ex post di competenza dell'autorità garante della concorrenza e del mercato”*.

¹² Richiesta di parere AGCM, bollettino n. 51, 23 dicembre 2019: *“la possibile inclusione di una clausola di esclusione del RTI “sovrabbondante”, nonché della sua applicazione da parte della stazione appaltante, [si deve fondare sul] principio di proporzionalità, riconoscendo la possibilità di escludere il raggruppamento solo ove questo, nel caso concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere macroscopicamente anticoncorrenziale e, dunque, in contrasto con l'art. 101 TFUE e/o l'art. 2, legge n. 287/90”*.

¹³ Richiesta di parere AGCM, bollettino n. 51, 23 dicembre 2019: *“l'esclusione del RTI non può essere automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali i collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento”*.

c) Motivi di esclusione e illecito professionale.

Il Codice dei contratti pubblici prevede all'articolo 80 la disciplina delle cause di esclusione, ossia di quelle fattispecie previste a carico dell'operatore economico non in possesso dei requisiti generali di ammissione alla gara pubblica. Occorre precisare in primis che il legislatore italiano in sede di recepimento delle relative disposizioni Europee (contenute all'art. 57 della Direttiva n. 24 del 2014, nonché all'art. 38 della Direttiva n. 23 e all'art. 80 della Direttiva n. 25) ha scelto di adottare una linea più rigorosa, aumentando il numero delle ipotesi di esclusione e rendendo obbligatorie alcune delle cause previste dalla normativa europea come facoltative. Il tema in questione è senz'altro centrale dal punto di vista della concorrenza nel settore degli appalti pubblici. L'attività di ammissione e di esclusione dei candidati deve infatti fare i conti con due opposte esigenze, da un lato, assicurare alla P.A. una rigorosa selezione degli stessi e, dall'altro, operare in un mercato il più aperto e competitivo possibile.

Il legislatore nazionale a tal fine, prevedendo i requisiti di ordine generale, persegue l'obiettivo di garantire l'accesso alle procedure ad evidenza pubblica solo a quei soggetti di elevata moralità e comprovate capacità e affidabilità professionale, elementi di garanzia per la stabilità del rapporto contrattuale. Lo stesso ordinamento, tuttavia, prevede anche l'attuazione dei principi del *favor participationis* e della

massima apertura concorrenziale, con cui dovranno essere bilanciate le contrapposte esigenze della Pubblica Amministrazione.

Come già anticipato, le cause di esclusione previste all'articolo 80 del codice afferiscono ai c.d. requisiti di ordine generale; trattasi di una serie di condizioni legali di ammissione di tipo soggettivo indicate in un elenco di carattere tassativo e alla cui mancanza non è pertanto possibile sopperire con il ricorso all'istituto dell'avvalimento. Tali requisiti vengono inoltre enucleati dal legislatore in termini negativi, ossia quali ipotesi che non devono sussistere ai fini del valido ingresso alla gara. Il possesso dei requisiti deve sussistere sia alla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione che per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento, fino alla sottoscrizione del contratto.

L' esclusione può essere disposta in qualunque momento della procedura e il controllo dei requisiti di ordine generale non è sottoposto a vincoli temporali, potendo, pertanto, essere svolto dalla stazione appaltante in ogni momento.

Per comodità di trattazione vengono di seguito elencati in nota alcuni dei principali casi di esclusione, specificando che, nei casi previsti dai commi 1, 4 e 5 delle lettere f) e

g), l'esclusione opera in via automatica ed è sottratta pertanto alla P.A. appaltante ogni valutazione discrezionale¹⁴.

La prima categoria di situazioni escludenti considerate dal 1° comma dell'art. 80 del Codice riguarda le ipotesi in cui un operatore economico abbia riportato una condanna con sentenza definitiva, decreto penale di condanna divenuto esecutivo, o a seguito di

-
- ¹⁴ *Una condanna intervenuta con sentenza definitiva, con decreto penale di condanna divenuto esecutivo, o con sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, per uno dei reati tassativamente elencati dall'articolo 80 comma 1;*
 - *Una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto conseguenti a misure di prevenzione previste dall' art. 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, o la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all' art 84, comma 4, dello stesso decreto (comma 2);*
 - *Una violazione grave rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, o di contributi previdenziali, salva l' operatività del self-cleaning fiscale (comma 4);*
 - *Una grave infrazione, debitamente accertata, con riferimento alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ma anche in materia ambientale, sociale e del lavoro, nazionali e sovranazionali (comma 5 lett. a);*
 - *La sottoposizione a fallimento o lo stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo, ovvero sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni (comma 5 lett. b);*
 - *Un grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l' integrità dell' operatore economico o la sua affidabilità (art. 80 comma 5 lett. c) del Codice);*
 - *Un tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio, o l' aver fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti, suscettibili di influenzare le decisioni in merito a esclusione, selezione o aggiudicazione, o l' omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80, comma 5, lett. c-bis);*
 - *Significative o persistenti carenze nell' esecuzione di un precedente contratto di appalto o concessione, culminate nella risoluzione per inadempimento o nella condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili (art. 80, comma 5, lett. c-ter);*
 - *Una sanzione interdittiva di cui all' art. 9, comma 2, lett. c) del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 235 o altra sanzione che comporti il divieto di contrarre con la P.A. (comma 5 lett. f);*
 - *La presentazione, nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti, di documentazione o dichiarazioni non veritiere (comma 5 lett. f-bis).*

patteggiamento per uno dei reati richiamati in norma¹⁵. La disposizione rappresenta un importante presidio ai fini della garanzia del rispetto della libera concorrenza, prevedendo alla lettera b) l' esclusione dell'operatore economico che sia stato condannato con sentenza definitiva di condanna per taluni reati contro la Pubblica Amministrazione, e più nello specifico i reati di : turbata libertà degli incanti art. 353 c.p.; turbata libertà del procedimento di scelta del contraente art. 353-bis c.p.; astensione dagli incanti art. 354 c.p. (fattispecie già analizzate al par. 4 capitolo 1).

L' esclusione, in ogni caso, non può essere disposta qualora sia intervenuta l'estinzione del reato, la revoca della sentenza, provvedimento di riabilitazione, o in casi di dichiarata depenalizzazione. Vi è poi una formula di chiusura (lett. g) atta a ricomprendere ogni altro delitto da cui derivi una pena accessoria consistente nella incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

-
- ¹⁵ I reati di associazione a delinquere o di stampo mafioso e delitti consumati o tentati di cui all'articolo 416 e 416-bis del codice penale e altri (lettera a);
 - Una serie di reati perpetrati contro la pubblica amministrazione o più in dettaglio: delitti consumati o tentati di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. (lett. b);
 - False comunicazioni sociali ex artt. 2621 e 2622 codice civile (lett. b-bis);
 - Frode (lett. c);
 - Delitti consumati o tentati commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale (lett. d);
 - Delitti di riciclaggio di proventi derivanti da attività criminosa (lett. e);
 - sfruttamento del lavoro minorile (lett. f).

Questa elencazione tassativa rappresenta inoltre una novità rispetto a quanto previsto dall'articolo 38 comma 1 lettera c) del precedente codice dei contratti pubblici del 2006, il quale, accanto al riferimento ai soli reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio, rinviava semplicemente ad una indeterminata categoria di gravi reati perpetrati in danno dello Stato o della comunità e incidenti sulla moralità professionale, con ciò comportando un' elevata discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti nella individuazione dei reati rilevanti ai fini della esclusione. Una condanna definitiva per taluno dei reati elencati dall' art. 80 comma 1, alle lettere da a) a g), determina l'esclusione obbligatoria. I provvedimenti non definitivi aventi ad oggetto i medesimi reati, così come i provvedimenti definitivi e non, inerenti ad altre fattispecie di reato diverse da quelle contemplate nel riferito elenco, possono pertanto assumersi come idonei a determinare l'esclusione solo se riconducibili alle ipotesi previste dagli altri commi dell'articolo 80.

Passiamo ora all'analisi dell'articolo 80 comma 5, lettera c, c-bis e c-ter del Codice così come riscritto nel passaggio dal codice del 2006 a quello del 2016.

Nella sua prima versione la lettera c) del comma 5 prevedeva l'esclusione laddove la stazione appaltante potesse dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si fosse reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua

integrità o affidabilità. Seguiva un'elencazione di natura non tassativa di ipotesi ritenute idonee ad incidere sul rapporto fiduciario che doveva sussistere tra la stazione appaltante e l'operatore economico, nell'elenco erano ricomprese ipotesi di: significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto, che ne avessero causato la risoluzione anticipata o che avessero dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni (attuale c-ter); il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio (attuale c-bis); il fornire anche per negligenza informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione o l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (attuale c-bis).

Nel passaggio dal codice del 2006 a quello del 2016 sono state apportate significative modifiche alla lettera c) del comma 5 art. 80. Un ultimo significativo intervento è pervenuto dal decreto semplificazioni, D.L. 14 dicembre 2018 n. 135, con cui si è proceduto a riscrivere la disposizione incidendo soprattutto sulla struttura della stessa.

Come anticipato, la prima versione della disposizione era incentrata sulla fattispecie principale del **“grave illecito professionale”** seguita dalla elencazione (a titolo esemplificativo) di tre situazioni idonee a mettere in dubbio l'integrità o l'affidabilità

del concorrente. Tale impianto iniziale, tuttavia, nasceva da una scelta erronea del nostro legislatore che, nella trasposizione dell'articolo 57 della Direttiva 24/2014, riuniva in un'unica previsione normativa (quella del "grave illecito professionale") quei casi di esclusione che il legislatore europeo aveva però formulato separatamente all'articolo 57 paragrafo 4 lettera c), g), e i) della direttiva.

Il Decreto Semplificazioni n. 135 del 2018 al fine di correggere tale errore di recepimento ha compiuto così una suddivisione dell'originaria versione della lettera c) art. 80 co. 5, in 3 distinte lettere, dando così forma all'attuale impianto normativo.

L'importanza della previsione in questione, ex art. 80 comma 5, in termini di lotta alla collusione, si coglie soprattutto con riferimento all'attuale lettera c-bis, così come strutturata ad esito degli ultimi interventi normativi anzidetti.

Un primo fondamentale intervento sul tema si è avuto nel 2016, con le Linee Guida n. 6¹⁶ dell'ANAC. In tale sede l'Autorità Anticorruzione ebbe modo di specificare la portata dei "gravi illeciti professionali" posti in essere nello svolgimento della

¹⁶ Le Linee Guida a ANAC n. 6 del 16 novembre 2016 sono state adottate con Delibera n. 1293 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80 comma 5 lett. c) del Codice". Sono state aggiornate con determinazione ANAC dell'11 ottobre 2017 numero 1008, in vigore dal 22 novembre 2017. Attualmente è in corso una consultazione pubblica online indetta a gennaio 2022 per apportare ulteriori modifiche ed integrazioni specie in tema di Casellario ANAC.

procedura di gara", cui oggi fanno riferimento le ipotesi previste all' attuale comma 5 c-bis. Grazie a questo intervento l'ANAC ha fornito alcuni esempi di quei comportamenti idonei a mettere in discussione la professionalità del concorrente indicando tra questi, gli accordi tra operatori economici volti a falsare la concorrenza e idonei ad incidere sulla regolarità della procedura, nonché i comportamenti finalizzati a ottenere informazioni in ordine al nominativo degli altri concorrenti o al contenuto delle offerte presentate. L'ANAC ha inoltre invitato le stazioni appaltanti a prendere in considerazione, ai fini della valutazione sull'esclusione dell'operatore, anche eventuali provvedimenti di condanna esecutivi emessi¹⁷ dall' AGCM per pratiche commerciali scorrette o anticoncorrenziali gravi, compiute nel *"medesimo mercato oggetto del contratto da affidare"*. Va in ogni caso segnalato che, in esito a specifici rilievi mossi dall'AGCM, e accolti dall'ANAC, quest' ultima ha proceduto nella revisione delle Linee Guida a conferire valenza esclusiva solo e unicamente ai provvedimenti definitivi dell'AGCM e non più anche meramente esecutivi¹⁸. Ciò consentirà pertanto alle

¹⁷ Il suggerimento dell'ANAC, rivolto alle stazioni appaltanti, è inoltre avallato anche dal Consiglio di Stato che nel Parere n. 2616 del 13 novembre 2018 sulla revisione delle linee guida, ha ribadito che: *"sebbene di tali provvedimenti non sia fatta espressa menzione dall'articolo 80, comma 5, una lettura sistematica di tale comma, laddove in via di principio definisce gli illeciti professionali come (quelli che sono) tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità del concorrente, rende possibile e ragionevole, e anche rispettoso del principio di proporzionalità, ricomprendere nella clausola aperta di cui al comma 5 anche gli illeciti antitrust sanzionati dall'AGCM"*

¹⁸ Parere dell'AGCM n. AS1474 del 13/02/2018 pubblicato sul bollettino n. 6 del 19 febbraio 2018. Con tale parere l' AGCM suggerisce all' ANAC di modificare le linee guida prevedendo come, rilevanti ai fini dell' esclusione, solo i *"provvedimenti dell' AGCM divenuti inoppugnabili o definitivamente confermati"*

stazioni appaltanti di poter escludere un concorrente solo sulla base di provvedimenti di condanna dell' AGCM non più impugnabili, o confermati in esito alla avvenuta contestazione. Tale significativo cambiamento è senz'altro stato influenzato dalla volontà dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato di garantire una più ampia partecipazione alle gare anche nei confronti di operatori economici gravati di un provvedimento di condanna non ancora definitivo. Quest' ultimo intervento dell'AGCM, seppur contrassegnato da pregevoli propositi, si teme tuttavia possa mettere in discussione la valenza stessa dei provvedimenti dell' Authority. Questi ultimi, infatti, sono in ogni caso sempre emessi ad esito di meticolose istruttorie, (che hanno in media una durata di almeno un anno e mezzo), le quali sono inoltre avviate dopo il risultato positivo di una preistruttoria volta ad individuare "la sussistenza di un adeguato fumus della violazione" (CdS, sez. VI sent. 3-3-2009 n. 2012)¹⁹, e portano nella maggior parte dei casi ad una condanna. Stupisce pertanto, a parere dello scrivente, che i rilievi rivolti all'ANAC provengano proprio dall' AGCM stessa, come

dal giudice amministrativo, e che contengono accertamenti di illeciti Antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare".

¹⁹ In merito si riporta un estratto del Manuale di "Diritto Antitrust" Federico Ghezzi, Gustavo Olivieri seconda edizione Giappichelli editore. *Nella fase pre istruttoria, la quale si contraddistingue per la sua informalità e segretezza, l'AGCM procede ad una prima valutazione delle informazioni di cui è in possesso e sulla loro attitudine a integrare un illecito anticoncorrenziale, [...] Il lasso temporale intercorrente tra la ricezione della segnalazione e l'inizio dell'istruttoria è necessario a verificare la sussistenza di un adeguato fumus della violazione. Qualora l'autorità, valutate le informazioni comunque in suo possesso, ritenga sussistano fondati motivi per ravvisare una "presunta infrazione" della normativa antitrust apre un'istruttoria per verificare l'esistenza di tali infrazioni.*

stupisce allo stesso modo, anche la possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di poter valutare se escludere o meno un operatore pur in presenza di provvedimenti di condanna dell'AGCM emessi all'esito di procedimenti così meticolosi.

Altri indicatori che le stazioni appaltanti possono utilizzare per orientare la propria valutazione di esclusione vengono offerti dalla Comunicazione della Commissione Europea (2021) sull'impiego del motivo di esclusione per collusione. La Comunicazione, come si vedrà in seguito, fornisce utili strumenti al fine di prevenire la collusione nelle procedure di gara, e al tempo stesso ribadisce che l'esclusione non deve ritenersi automatica e rappresenta la necessità per le stazioni appaltanti di effettuare una adeguata valutazione per una piena contezza dei fatti e loro rilevanza al fine di valutare se sussista un grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l'integrità ed affidabilità dell'operatore economico²⁰.

Altra importante innovazione è rappresentata dall'istituto del **self-cleaning** la cui disciplina è contenuta nei commi dal 7 al 9 dell'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici. L'obiettivo di tale Istituto è quello di dare la possibilità all'operatore economico gravato da uno dei motivi di esclusione di provare di aver risarcito o essersi

²⁰ In tal senso Tar Lazio sent. 386/2020 e la Corte di Giustizia Europea con Ordinanza del 4/6/2019 nella causa C-425/18. Di recente ed in senso conforme anche il CdS in Adunanza Plenaria del 28/8/2020 n. 16 per la necessità di una valutazione discrezionale sulla integrità ed affidabilità del concorrente senza alcun automatismo espulsivo.

impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati. Per quanto concerne l'ambito applicativo di tale strumento tre sono le limitazioni fondamentali di cui tener presente: 1) il self-cleaning può essere applicato soltanto nei casi di esclusione per condanne penali rilevanti ai sensi del comma 1 limitatamente alle sentenze definitive che applicano una pena detentiva non superiore a 18 mesi , nonché alle ipotesi di esclusioni elencate al comma 5 dello stesso articolo 80 (è previsto invece il self-cleaning fiscale per i casi di esclusioni contributive o fiscali);

2) il self-cleaning non può essere applicato per quegli operatori economici che stanno ancora scontando la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. La valutazione circa l'idoneità delle misure di autodisciplina adottate dagli operatori economici avviene ad opera della stazione appaltante, in un giudizio di adeguatezza svolto in contraddittorio con l'operatore. Qualora i provvedimenti adottati dall' operatore venissero ritenuti sufficienti a garantire la ripristinata affidabilità dell'impresa, quest'ultimo verrà ammesso a concorrere alla procedura.

L' AGCM inoltre, intervenendo sul tema delle misure di self- cleaning in ambito di illeciti professionali, ha suggerito alle stazioni appaltanti di potersi avvalere, ai fini della

valutazione dell'adeguatezza delle misure adottate dall' operatore economico, anche *“dell' adesione a programmi di clemenza che hanno consentito l' accertamento del l' illecito o che consentano l' accertamento di altri illeciti, la dotazione di efficaci programmi di compliance e la sostituzione del management responsabile del l' illecito”*²¹.

d) La selezione degli offerenti e il meccanismo di rotazione.

Anche il tema della selezione degli offerenti merita alcune considerazioni.

Come già accennato, infatti, la disciplina degli appalti pubblici è influenzata, per principi e strumenti previsti, dalla ricerca di una ponderazione tra due diverse esigenze della PA; da un lato, entrare in contatto con soggetti dotati dei requisiti tecnici e della professionalità necessaria per far fronte all' impegno contrattuale assunto, dall' altro, favorire un' ampia apertura dei mercati e una maggiore partecipazione possibile da

²¹ Parere AGCM S3211/2018 sulle Linee guida ANAC n. 6: “Con riguardo all'istituto del c.d. self-cleaning, si apprezza con favore l'inserimento nelle Linee Guida di puntuali indicazioni circa la possibilità per le imprese di provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare l'integrità e l'affidabilità per l'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Al riguardo si osserva che tra gli elementi che potranno essere presi in considerazione dalla stazione appaltante (cfr. Linee Guida par. 7.3), con riguardo agli illeciti antitrust, possono assumere rilievo la sostituzione del management responsabile dell'illecito (anche accompagnato dall'avvio di azioni di responsabilità nei confronti dello stesso), la dotazione di efficaci programmi di compliance, nonché l'adesione a programmi di clemenza che hanno consentito l'accertamento dell'illecito o che consentano l'accertamento di altri illeciti”.

parte degli operatori economici interessati al fine di conseguire i migliori risultati in termini di qualità dell'offerta e relativi costi.

La disciplina dei requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria, di capacità tecnica e professionale, è contenuta oggi all' articolo 83 del Codice dei contratti pubblici del 2016. La nuova normativa introduce come parametri dell'azione della PA i criteri di attinenza e proporzionalità all' oggetto dell'appalto in sede di fissazione dei requisiti speciali, nonché il principio della rotazione.

Tale norma obbliga la PA ad individuare e fissare requisiti tecnici, economici e organizzativi rispondenti a tali criteri, e il più possibile attinenti e proporzionali all' oggetto dell'appalto. L' obiettivo perseguito in tale contesto, come si potrà intuire, è stato quello di limitare la discrezionalità della PA nella individuazione di quei requisiti che, qualora fossero eccessivamente specifici, comporterebbero una riduzione della platea degli operatori economici interessati a presentare un'offerta, limitando così artificialmente la libera concorrenza tra le imprese.

Una novità rispetto al passato è costituita dalla richiesta obbligatoria da parte delle stazioni appaltanti, attraverso il bando di gara, dell'iscrizione dei concorrenti presso la camera di commercio o presso gli ordini professionali specifici con riferimento all' attività oggetto dell'appalto. Tale condizione è assunta a requisito di idoneità

professionale di ciascun concorrente e va pertanto ricompreso nella lettera a) dei requisiti di selezione previsti dal primo comma dello stesso articolo 83. L' utilità pratica di tale previsione, pertanto, è quella di fungere da filtro all' ingresso in gara solo di quegli operatori in possesso di quel minimo grado di professionalità richiesto in base alla natura della prestazione oggetto di affidamento.

Nei commi successivi, e più precisamente dal 4 al 7, viene introdotta la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere, ai fini della verifica della capacità economico finanziaria dei concorrenti (lettera b) co. 1 art 83, un fatturato minimo annuo, compreso un fatturato minimo inerente all' attività oggetto dell'appalto, specifiche informazioni sui conti annuali e una adeguata copertura assicurativa contro i rischi professionali. Per la verifica delle capacità tecniche e professionali (lett. c) comma 1 art. 83), la normativa prevede invece la possibilità per la stazione appaltante di richiedere all' impresa specifici standard di qualità, derivanti dal possesso di adeguate risorse umane, tecniche e di esperienza.

La maggiore novità viene comunque apportata dal comma 10 dello stesso art. 83, il quale introduce il sistema del **rating di impresa**, istituito presso l'ANAC e finalizzato ad attribuire un peso sempre maggiore alla reputazione degli operatori economici con cui

la PA entra in contatto. I criteri reputazionali sono stati previsti inizialmente dal legislatore comunitario al considerando 101 e all' art. 57 della direttiva n. 24/2014.

Il sistema avrebbe dovuto essere utilizzato esclusivamente al fine della esclusione del partecipante dalla procedura ad evidenza pubblica ma, a differenza di quanto previsto dalla direttiva europea, il nostro legislatore nazionale in sede di recepimento della direttiva ha preferito convertirlo in uno strumento che potesse favorire la partecipazione degli operatori piuttosto che escluderla. Dalla normativa nazionale si possono scorgere le caratteristiche di tale istituto: esso è istituito e gestito dall' ANAC che ne rilascia certificazione relativa; è utilizzato solo ai fini della qualificazione dell' offerente, e quindi né in sede di attribuzione dei punteggi come nel sistema statunitense, né al fine dell' esclusione del candidato, come previsto invece dalla direttiva comunitaria. I requisiti reputazionali sono calcolati tenendo conto di indici di qualità e quantità, oggettivi, misurabili e in grado di esprimere la capacità strutturale e l' affidabilità dell' impresa.

2 d) Il meccanismo della rotazione.

Anche il criterio della rotazione svolge un ruolo chiave nella tutela della concorrenza. L' ambito di applicazione riguarda le ipotesi di affidamenti diretti ex art. 36 (per contratti sotto soglia) e le procedure negoziate ex art. 63 del Codice. In entrambi i casi la rotazione viene applicata in via obbligatoria: nel primo caso, agli affidamenti diretti cd. "sotto soglia", con la tecnica della rotazione degli affidamenti; nel secondo, alle procedure negoziate, con la tecnica della rotazione degli inviti. Il concetto della rotazione rimanda intuitivamente a quel meccanismo utilizzato nelle pratiche collusive note anche con il nome di *bid rotation*, (rotazione delle offerte) riferito al fenomeno tramite il quale i concorrenti collusi ambiscono a conseguire effetti di spartizione del mercato. Di contro, il legislatore ha ideato un meccanismo simile ma utilizzato, invece, con il proposito opposto di garantire la concorrenza e di assicurare una più ampia partecipazione delle piccole e medie imprese a procedure di affidamento diretto e negoziate in cui tipicamente la concorrenza è di per sé ridotta per il numero dei partecipanti ammessi. Il legislatore ha così dimostrato la capacità di riuscire a carpire uno dei meccanismi tipicamente utilizzati dai partecipanti alle gare per colludere e a trasformarlo in uno strumento per garantire la concorrenza e la massima partecipazione degli operatori economici alle gare.

Va inoltre segnalato come il legislatore, nella costruzione delle disposizioni ex art. 36 ed ex art. 63, abbia trasformato il principio della rotazione in un vero e proprio caposaldo nell'ambito della tutela della concorrenza. Il principio della rotazione non troverebbe espressa collocazione all'articolo 30 del codice, sebbene, secondo il Consiglio di Stato si potrebbe ritenere in ogni caso come implicitamente in esso contenuto (CdS. Sent. 4125/2017).

La formulazione all' art 36 è stata successivamente modificata dal Decreto Legislativo del 19 aprile 2017 n. 56 introducendo l' espressione di "rotazione degli inviti e degli affidamenti". Tale modifica ha ampliato l'ambito di applicazione dell'Istituto della rotazione comportando l'estensione del divieto di invito sia all'affidatario uscente che agli altri operatori precedentemente invitati ma non aggiudicatari²².

Sussistono comunque dei dubbi e delle perplessità se sia rispettoso, in termini di tutela della concorrenza, paragonare l'affidatario uscente al partecipante non

²² Sull'interpretazione della portata del correttivo si è pronunciata anche l'ANAC nelle linee guida numero 4 affermando che *"il principio della rotazione dopo il correttivo comporta di norma il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento"*.

aggiudicatario²³; in tal senso si sarebbe espresso anche il Consiglio di Stato con il parere 782/2017²⁴.

La ratio della disposizione originariamente era quella di evitare che il concorrente che avesse partecipato alla precedente gara di appalto, risultandone vincitore, potesse sfruttare le conoscenze derivanti dal precedente rapporto con la pubblica amministrazione come vantaggio nella successiva gara, godendo di rendite di posizione. Non mancano, tuttavia, applicazioni ingiustificate o irrazionali del meccanismo della rotazione da parte delle stazioni appaltanti, forse fuorviate dalle successive modifiche apportate all'articolo 3, come è stato constatato dalla

²³ Testo Riccardo Giani "Il Principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici": *"Nel caso di mancato invito alla nuova gara, per rotazione, dell'operatore economico che ha meramente partecipato alla precedente competizione, senza risultarne aggiudicatario, appare invece molto complesso trovare una giustificazione concorrenziale della rotazione stessa. L'impresa in questo caso ha soltanto partecipato alla precedente gara, non ha conseguito un risultato utile né una posizione che la avvantaggi rispetto agli altri operatori economici. Ha solo speso la sua chance di partecipazione, il che appare tuttavia poco per precludergli un ulteriore tentativo di conseguire il bene della vita agognato. Se ne coglie la possibile ratio solo in una visione più ampia e complessiva, nel senso di ampliare quanto più possibile le possibilità effettive di aggiudicazione, consentendo a gruppi sempre nuovi di operatori di partecipare al confronto competitivo, escludendo quelli che comunque la loro occasione l'hanno avuta, anche se non è risultata fruttuosa"* in *lavoripubblici.it* del 12/10/2019.

²⁴ Il Consiglio di Stato ha rilevato nel parere numero 782/2017 " sembrerebbe che l'intento sia quello di assicurare una piena turnazione degli inviti degli operatori che potrebbero aspirare al contratto. Dunque, in questa prospettiva, non sarebbero ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari. La precedente formulazione, invece, poteva intendersi nel senso che la turnazione si riferisse alla posizione di affidatario del contratto, legittimando la ripetizione di inviti alla stessa platea di operatoria. Si tratta di una soluzione che, astrattamente, amplia la base degli operatori economici coinvolti nelle procedure di affidamento. Si deve osservare, però, che in tal modo, si pongono sullo stesso piano i precedenti aggiudicatari e i precedenti concorrenti. Sarebbe preferibile, invece, evidenziare che la rotazione dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza di affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione".

giurisprudenza amministrativa (si riporta in nota la sentenza del TAR Sardegna n. 492/2018²⁵). Va precisato in ogni caso che il criterio della rotazione può sempre essere derogato dalla stazione appaltante, la quale dovrà fornire però una motivazione adeguata, puntuale e rigorosa, come ad esempio la presenza di un ristretto numero di operatori economici in un dato mercato (in tal senso CdS. 2292/2021 e Linee Guida ANAC n. 4).

In ultima analisi va riconosciuto un ulteriore sforzo da parte del legislatore che con D.L. 76/2020, convertito nella legge 120/2020, ha introdotto, in relazione alle procedure negoziate previste all' art. 63, il concetto di **“diversa dislocazione territoriale”**, secondo il quale la PA è chiamata ad applicare il principio di rotazione degli inviti alla procedura negoziata tenendo conto anche della diversa collocazione

²⁵ Sentenza del Tar Sardegna, sez. I, 22 maggio 2018, n. 492 in Urbanistica e appalti, 2018, annotata nel senso di attribuire un diverso ambito applicativo alla “rotazione degli inviti” (che, presupponendo che degli inviti ci siano, non può che riferirsi alla procedura negoziata) e alla “rotazione degli affidamenti” (che trova spazio di azione quando gli inviti non ci sono e cioè in relazione all'affidamento diretto). Il caso esaminato dal Tribunale amministrativo di Cagliari presentava un particolare svolgimento: la stazione appaltante procedeva ad invitare le imprese al confronto concorrenziale, si poneva la questione dell'invito dell'aggiudicatario uscente, decideva di invitarlo al confronto e motivava in punto di deroga alla “rotazione degli inviti”; svolto il confronto concorrenziale, e pur essendosi l'aggiudicatario uscente classificato primo, la stazione appaltante decideva comunque di preferirgli il secondo graduato, richiamando espressamente la “rotazione delle aggiudicazioni”(rotazione degli affidamenti).

territoriale dei soggetti invitati, da individuare nel rispetto del principio di non discriminazione²⁶.

e) Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.

Come previsto già dal Codice del 2006, il sistema di qualificazione rimane tutt' oggi diviso tra appalti per servizi e forniture, da eseguirsi gara per gara, e appalti per lavori pubblici, basato sulle attestazioni rilasciate dalle SOA.

Nell' attuale Codice dei Contratti pubblici la disciplina della qualificazione degli operatori economici, nell' ambito degli appalti di lavori, è prevista dall' art. 84.

La disposizione di cui al comma 3, riconosce all' ANAC un potere di carattere straordinario, nei confronti dei soggetti operanti nel settore, finalizzato a verificare il possesso dei requisiti di indipendenza, stabilità economica e organizzazione dei soggetti operanti in materia di attestazione (SOA).

²⁶ A tal proposito si riporta in merito la sentenza del Consiglio di Stato, sezione III del 18/10/2019 n. 5290 sul tema della clausola di territorialità. *“Non appare irragionevole la c.d. clausola di territorialità contenuta nel disciplinare di gara...laddove nel caso di specie l'ambito territoriale individuato dalla stazione appaltante non includa ambiti territoriali infra-comunali o comunque significativamente ristretti, bensì il territorio di tre regioni”*.

La restante parte della norma ripropone, per intero, quanto già previsto dall' art. 40 del vecchio codice. Nello specifico il comma 1 dell' articolo 84 sopracitato prevede che i soggetti esecutori di lavori pubblici di importi pari o superiori a 150.000 euro possano provare il possesso dei requisiti di qualificazione solo esclusivamente mediante attestazione rilasciata da parte di organismi privati autorizzati dall' ANAC.

Il sistema viene infatti definito unico proprio in virtù del fatto che le stazioni appaltanti non possono accettare altro certificato, al fine di qualificare il concorrente, diverso da quello rilasciato dalle SOA. In base al comma 4 dell'art. 84, le SOA sono chiamate ad attestare : l' assenza dei motivi di esclusione, il possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale, il possesso di certificazione di qualità rilasciate da soggetti accreditati e il possesso del rating di impresa.

Di seguito, al comma 6, viene invece ribadito il ruolo di controllo dell' ANAC sull' intero sistema di qualificazione; a tal fine l' autorità Anticorruzione effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario a fronte di motivata istanza proveniente dall' impresa, da altra SOA o dalle stazioni appaltanti. Queste ultime, infatti, sono obbligate ad effettuare controlli a campione sulla sussistenza dei requisiti oggetto di attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all' ANAC.

Ricevuta la segnalazione, l' Autorità disporrà la sospensione cautelare della attestazione entro dieci giorni.

f) Riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare.

Recependo la disposizione ex art. 65 della direttiva 24/2014, l'articolo 91 del Codice riconosce alle stazioni appaltanti, ricorrendone specifiche condizioni, la facoltà di ridurre il numero dei candidati qualificati da invitare a partecipare alla gara.

Pertanto le stazioni appaltanti possono effettuare una valutazione discrezionale debitamente motivata in ordine alla scelta di riduzione dei candidati; ma ciò vale limitatamente a quelle opere, forniture o servizi di particolare complessità e trova applicazione solo nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione e nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione. Come già anticipato, per avvalersi di tale potere, la PA deve indicare, nel bando di gara o nell' invito a confermare l'interesse, i criteri oggettivi e non discriminatori che intende applicare, nel rispetto dei principi di proporzionalità e imparzialità.

Il legislatore ha poi individuato al comma secondo della stessa disposizione, delle soglie minime di partecipazione rivolte ai candidati, al fine di garantire, una sia pur minima effettiva concorrenza; più nello specifico un minimo di partecipanti non inferiore a cinque con riferimento alle procedure ristrette, e un minimo non inferiore a tre per le procedure competitive con negoziazione, per le procedure di dialogo competitivo e per il partenariato per l'innovazione.

In ogni caso, qualora non si raggiunga il numero minimo di candidati che soddisfi i criteri di selezione previsti all' art. 83, la stazione appaltante potrà comunque proseguire la procedura, invitando quegli operatori in possesso delle capacità richieste e che abbiano avanzato a suo tempo richiesta di partecipazione.

g) Offerte anormalmente basse.

Sulla base dell'impianto normativo precedente il legislatore introduce la figura delle offerte anormalmente basse, ex art. 97 del Codice, intendendo come tali quelle offerte anomale, in quanto considerate troppo gravose per l'offerente, poiché non remunerative rispetto ai costi che l'esecuzione del contratto necessariamente

comporta²⁷, mettendo in discussione la capacità dell'operatore economico di farvi realmente fronte e, pertanto, la serietà dello stesso.

La disposizione ex art. 97, ai commi 2 e 2 bis, indica due distinte modalità di calcolo finalizzate all'individuazione di soglie da poter utilizzare come parametro per poter distinguere le offerte anormalmente basse dalle altre.

La prima modalità consiste in una serie di complesse operazioni di calcolo, la seconda, prevista al comma 2-bis, consiste in una procedura semplificata da utilizzare nei casi in cui le offerte ammesse siano in numero inferiore a 15; entrambe, inoltre, sono basate sui criteri di aggiudicazione prescelti e il numero delle offerte ammesse.

Al comma 8 dello stesso articolo è disciplinata l'esclusione automatica (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) delle offerte anormalmente basse secondo le soglie individuate con uno dei precedenti metodi di calcolo. Tale esclusione opera solo in presenza di determinati presupposti: soltanto quando il criterio è quello del prezzo più basso; unicamente per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35; quando gli affidamenti non presentano carattere transfrontaliero.

²⁷ Si riporta in merito la definizione di vendita sottocosto di *“prodotti sul mercato ad un prezzo particolarmente basso, tale da non apparire (almeno nell'immediato) remunerativo per l'offerente, ma, per ciò stesso, idoneo a porre in difficoltà i concorrenti che praticano un prezzo più elevato”* (così Cass. 26 gennaio 2006, n. 1636).

L' esclusione automatica comunque non opera se il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10. Ad esclusione delle ipotesi previste al comma 8, l'esclusione dell'offerta non opera mai automaticamente, ma solo ove le prove e le spiegazioni richieste al concorrente non vengano ritenute idonee a giustificare il basso livello di prezzi e i costi proposti. A tale valutazione provvederà la stazione appaltante stessa fornendo al concorrente un termine non inferiore a 15 giorni per chiarire la propria posizione. La ratio di tale previsione è duplice, da un lato tutelare la pubblica amministrazione in relazione all'esecuzione della commessa, testando la serietà e l'affidabilità delle offerte presentate, onde evitare rischi derivanti da un'esecuzione della prestazione irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta, dall'altro lato tutelare la concorrenza, e quindi tutti gli operatori che concorrono alle procedure da eventuali condotte di prezzi predatori.

Focalizzandoci ora su quest'ultimo aspetto si deve precisare che le condotte anticoncorrenziali di prezzi predatori sono pratiche di abuso di posizione dominante basate sull' offerta di beni o servizi in un mercato a prezzi altamente concorrenziali (di solito così bassi da coprire appena i costi di produzione). Queste consistono in pratiche mediante le quali chi le attua persegue un duplice vantaggio, da un lato, portare gli altri concorrenti, non in grado di sostenere una concorrenza di prezzo così estenuante per lunghi periodi, ad uscire dal mercato (effetto esclusivo), dall'altro,

acquisire una posizione di monopolio sul mercato da poter sfruttare in un momento successivo tramite dei rialzi di prezzo.

Da tali considerazioni appare, secondo la logica, che ai fini dell'esclusione dell'offerta anomala dovrebbe anche essere valutata la presenza di una posizione di dominanza sul mercato da parte dell'operatore offerente.

CAPITOLO III

GLI INTERVENTI DELL' AGCM E DELLA COMMISSIONE EUROPEA NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Sommario: 1. Il Vademecum dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del settembre 2013. - 2. Intese e abusi di posizione dominante. – 3. Proposte di riforma dell'AGCM e Segnalazione del 2021 per la predisposizione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza. - 4. La Comunicazione della Commissione Europea n. 91 del marzo 2021. - 5. Orientamenti espressi dalla Commissione Europea nella Comunicazione n. 91 del 2021 per le modalità di applicazione del motivo di esclusione per collusione.

1. Il Vademecum dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del settembre 2013.

Nel settembre del 2013 l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato emise un Vademecum²⁸ diretto alle stazioni appaltanti per consentire loro di disporre di utili strumenti per riconoscere le anomalie anticoncorrenziali nelle gare pubbliche d'appalto. In tal modo l'Authority intese rendere più incisiva la sua azione nel settore degli appalti pubblici ed in modo particolare intensificare una strategia di lotta ai

²⁸VADEMECUM AGCM per le stazioni appaltanti volto alla individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici, adottato il 18 settembre 2013.

cartelli, sia rafforzando la collaborazione con le stazioni appaltanti, sia stimolando queste ultime ad assumere un ruolo di sentinella nel segnalare all'autorità le anomalie tipiche di comportamenti potenzialmente distorsivi della concorrenza.

In sostanza il Vademecum è stato realizzato con l'obiettivo di promuovere e formare la capacità delle stazioni appaltanti nel riconoscere sin dall'inizio i segnali tipici (e meno tipici) di un'alterazione concorrenziale, e quindi segnalare tempestivamente all'autorità quelle anomalie comportamentali sintomo di distorsioni concorrenziali, a prescindere dall'accertamento della loro effettiva sussistenza all'esito del procedimento istruttorio che l'autorità riterrà di avviare in seguito alle segnalazioni ricevute. Nel Vademecum l'Autorità Antitrust suggerisce innanzitutto di attenzionare ed analizzare il contesto generale poiché i "cartelli" si realizzano con più facilità e frequenza in mercati interessati da alcune caratteristiche come : a) la scarsità di concorrenti o pluralità di concorrenti con analoghi livelli di efficienza e dimensione; b) l'omogeneità di prodotti; la presenza di una ricorrente partecipazione alle gare da parte delle stesse imprese; l'appalto ripartito in più lotti di simile valore economico.

Il Vademecum elenca una serie di segnali di comportamenti anomali in senso anticoncorrenziale, riportati nell'ordine di seguito indicati.

- **Boicottaggio della gara.**

Trattasi di condotte dei concorrenti collusi che mirano a prolungare il contratto con il fornitore abituale o a ripartire pro quota il lavoro o la fornitura tra tutte le imprese interessate. I principali segnali in tal senso sono rappresentati da: 1) nessuna offerta presentata; 2) presentazione di un'unica offerta o di un numero di offerte comunque insufficiente per procedere all'assegnazione dell'appalto; 3) presentazione di offerte dello stesso importo, soprattutto quando le procedure di gara prevedono in queste circostanze l'annullamento della gara o la Ripartizione dell' appalto pro quota.

- **Offerte di comodo**

Le offerte di comodo si caratterizzano per simulare un'apparente regolarità concorrenziale della gara ma in realtà celano l'innalzamento dei prezzi di aggiudicazione. I principali segnali sono: 1) offerte, presentate dalle imprese non aggiudicatarie dell'appalto, connotate da importi palesemente troppo elevati o comunque superiori a quanto le stesse imprese hanno offerto in analoghe procedure; 2) offerte contenenti condizioni particolari e notoriamente inaccettabili per la stazione appaltante, che ne determinano l'esclusione; 3) la presentazione di offerte più elevate rispetto ai prezzi di listino. In generale, se in una pluralità di gare risulta aggiudicataria sempre la stessa impresa, ciò può destare il sospetto che i concorrenti abbiano presentato offerte di comodo.

- **Subappalti e ATI (Associazione Temporanea d'Imprese).**

I subappalti e le associazioni temporanee di impresa consentono di ampliare la platea dei soggetti che possono partecipare a meccanismi di gara, dando spazio anche alle imprese più piccole. Questi strumenti, tuttavia, si prestano ad essere utilizzati dai partecipanti alla gara per spartirsi il mercato o addirittura la singola commessa. Ne sono indizi : 1) presenza di imprese che sia pur in grado di partecipare singolarmente alla gara, invece se ne astengono in vista di un successivo appalto oppure optano per la costituzione di un' ATI; 2) la costituzione di ATI o subappalto connotate da imprese che sono accomunate dalla stessa attività prevalente; 3) il ritiro dell'offerta da parte di un'impresa che decide inizialmente di partecipare a una gara, e che risulta poi beneficiaria di un subappalto relativo alla medesima gara; 4) nei casi di aggiudicazione basata sulla offerta economicamente più vantaggiosa, l'ATI , costituita tra i maggiori operatori, può essere il frutto di una strategia tesa ad impedire a imprese minori di raggiungere il necessario punteggio qualitativo.

- **Rotazione delle offerte e ripartizione del mercato.**

Mediante le pratiche di rotazione e di spartizione del mercato, le imprese colluse continuano rispettivamente: a partecipare alle gare decidendo di presentare a turno l'offerta vincente, cioè la più bassa tra quelle che soddisfano i requisiti previsti (rotazione), o convengono di non entrare in concorrenza fra di loro per particolari committenti o aree geografiche (spartizione). Secondo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'analisi della sequenza delle aggiudicazioni può segnalare la presenza di un cartello facente capo ad una delle due condotte in questione. Se la pratica spartitoria interessa un

singolo committente, quest'ultimo avrà come indizi, per riconoscere delle "regolarità" sospette, sia la successione temporale delle imprese aggiudicatrici, sia la ripartizione delle vincite in lotti. Ed inoltre le regolarità sospette potrebbero riguardare non solo il numero di aggiudicazioni ma anche la somma dei relativi importi.

- **Modalità sospette di partecipazione all'asta.**

Può accadere che gli aderenti ad un cartello presentino le domande di partecipazione all'asta con modalità tali da tradire la comune formulazione, e questo si può ravvisare: 1) in comuni errori di battitura; 2) stessa grafia; 3) riferimento a domande di altri partecipanti alla medesima gara; 4) analoghe stime o errori di calcolo; 5) consegna contemporanea, da parte di un soggetto, di più offerte per conto di differenti partecipanti alla medesima procedura di gara.

L'Autorità, inoltre, sempre tramite il Vademecum, suggerisce alle stazioni appaltanti l'adozione di alcune misure preventive idonee a ridurre il rischio di turbativa negli appalti pubblici. Queste misure prevedono : 1) l'acquisizione di informazioni sul mercato di riferimento prima di definire la procedura di aggiudicazione (potenziali fornitori, tipologia prodotti, prezzi e costi); 2) definire i requisiti di partecipazione in modo da rendere massima la partecipazione potenziale di offerenti in reale

concorrenza tra loro; 3) stabilire criteri di valutazione delle offerte chiari ma non prevedibili; 4) gestire la procedura di aggiudicazione in modo da ridurre la comunicazione tra i partecipanti; 5) curare la formazione e sensibilizzare i funzionari preposti (RUP) sui rischi di turbativa d'asta; 6) controllare segnali e comportamenti sospetti nella presentazione delle offerte.

2. Intese e abusi di posizione dominante

Come anticipato nel paragrafo 4 del primo capitolo le condotte anticoncorrenziali che interessano maggiormente il settore degli appalti pubblici sono quelle degli abusi di posizione dominante e delle intese anticoncorrenziali, solitamente con una prevalenza di queste ultime rispetto alle prime. Le intese, secondo quanto rilevato anche dal Vademecum dell' AGCM del 2013, possono essere perfezionate mediante molteplici condotte, singolarmente assunte o attraverso combinazioni delle stesse, che rendono tali intese ancora più complesse e pericolose per la concorrenza. Tra queste le principali sono : offerte incrociate o a scacchiera, boicottaggio della gara, utilizzo distorto dello strumento delle ATI e del subappalto. Al fine di una migliore rappresentazione "pratica" delle molteplici combinazioni di condotte collusive alla base delle intese e della loro potenzialità dannosa per il mercato e la Pubblica Amministrazione stessa, si riportano l' accertamento AGCM

I792, conclusosi con provvedimento n. 26316 del 21/12/2016 e l' accertamento I892 conclusosi con provvedimento n. 27993 del 12/11/2019.

Accertamento AGCM I792: “Gare ossigenoterapia e ventiloterapia” provv. 26316/16.

La vicenda in esame ha interessato il settore dell'offerta di servizi di ossigenoterapia domiciliare (OTD) e ventiloterapia domiciliare (VTD), e ha portato all' accertamento da parte dell'AGCM di ben tre distinte intese restrittive della concorrenza perfezionate dai medesimi soggetti (7 imprese) in relazione a tre distinti appalti per la fornitura dei servizi in questione. Focalizzandoci ora solo sulla vicenda che ha interessato la ASL di Milano 1, nel 2014 l'azienda sanitaria locale inviava all'AGCM una segnalazione circa alcune anomalie nella procedura da lei indetta, relativa a 22 lotti per servizi di OTD e VTD. Nel caso di specie la ASL ha segnalato come alla prima gara non fosse pervenuta alcuna offerta dalle imprese operanti nel settore, se non da l'operatore economico “Respirare” s.r.l., neo entrante nel settore medesimo, il quale a seguito di condotte di ritorsione e boicottaggio poste in essere dalle altre imprese colluse dovette infine rinunciare a parte dei lotti di cui era risultata aggiudicataria (7 su 22). L'esito della prima gara portò così la ASL di Milano 1 ad indire una successiva gara per i restanti 15 lotti. Gara che ebbe però un esito deserto. Anche la terza gara, indetta

successivamente ad un tavolo tecnico tra la ASL di Milano 1 e gli operatori economici, non ebbe alcun esito positivo, pervenendo solamente due offerte, da parte di due degli operatori (collusi), palesemente inammissibili perché molto più alte del prezzo fissato a base d'asta. A causa dell' esito deserto delle prime tre gare la Asl Milano è stata costretta ad indire una quarta gara nella procedura dell' accordo quadro aumentando la basa d' asta, come più volte richiesto dagli stessi operatori economici. Durante la gara inoltre tutte e sette le imprese presentarono offerte identiche alla base d'asta prevista dal bando, offerte che vennero confermate anche in sede di rilancio competitivo. La procedura si concluse così con un accordo quadro che ha assegnato infine un lotto a ciascuna delle 7 imprese partecipanti. Date le diverse anomalie delle gare come su esposto, l' AGCM avviò un istruttoria da cui emersero risultanze di un notevole flusso di contatti tra le imprese in questione, tesi ad attuare un coordinamento delle strategie commerciali delle stesse. Le significative evidenze istruttorie portarono pertanto all'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale complessa, attuata mediante condotte di boicottaggio della gara, parallelismo nella condotta di gara e offerte incrociate o a incastro, finalizzata alla ripartizione del mercato (pazienti), cristallizzazione della posizione sul mercato da parte delle imprese colluse, al mantenimento di prezzi artificialmente molto più alti e remunerativi e alla

creazione di barriere all' ingresso per i nuovi operatori intenzionati ad entrare nel mercato (come la società "Respirare").

Accertamento AGCM I821 - "Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata" Provv. n. 27993/19.

La vicenda in esame riguardò alcune imprese operanti nel settore dei servizi di vigilanza privata che avevano partecipato, in un periodo compreso tra il 2013 e il 2017, a diverse gare per l'affidamento di servizi in questione, presentandosi sempre (alle volte in diverse composizioni) come Raggruppamenti Temporanei di Impresa. Le prime segnalazioni pervenute all' AGCM da ANIVP e ASSIV riguardavano una gara bandita dall' Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. nell' ottobre 2016 in cui venivano rilevate alcune anomalie della gara consistenti nell' aggiudicazione della quasi totalità dei lotti (11 su 12) al Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI) composto dalle principali imprese attive sul mercato: Sicuritalia, Allsystem, Italtel, IVRI. I segnalanti, in merito, hanno evidenziato la sovrabbondanza del RTI e l'anomalia derivante dal fatto che le società si sono aggiudicate la quasi totalità dei lotti messi a gara. A queste iniziali segnalazioni se ne aggiunsero poi delle altre provenienti da Trenord S.r.l., relativamente ad una gara dalla stessa bandita nel 2014, e dall'ANAC, in relazione alla gara bandita da Expo 2015 S.p.A. nel 2013, e una segnalazione anonima che evidenziavano nei confronti dei medesimi operatori economici sempre le stesse

problematiche già denunciate all' AGCM. A seguito di tali denunce l' Autorità pertanto avviò il 21 febbraio del 2018 un' istruttoria nei confronti degli operatori Allsystem S.p.A., Itapol vigilanza S.r.l, il gruppo IVRI, Sicuritalia S.p.A. e Coopservice S.coop.p.A., per sospetta intesa anticoncorrenziale in violazione dell' art. 101 TFUE. Dalle indagini emerse una fitta rete di contatti attraverso scambio di email e diversi accordi segreti con cui le imprese coordinavano, non solo la strategia di partecipazione alle gare, ma anche la loro attività sul mercato. Lo schema adottato dalle imprese, complesso e ben architettato, si basava prevalentemente sull' utilizzo dello strumento dell' ATI e del subappalto. Tali strumenti venivano impiegati, più specificatamente, e da quanto confermato dalla documentazione raccolta dall' AGCM, al fine della ripartizione dei servizi tra le parti, sulla base di quote disposte ex ante, e al mantenimento inalterato degli "equilibri" consolidati tra le parti, senza che emergessero dagli atti ragioni di efficienza e razionalità dell'impegno in ATI o dei reciproci affidamenti in subappalto. Tra i documenti ispettivi sono stati poi reperiti anche alcuni atti preparatori alla partecipazione alla gara "Trenord 2". In particolare rileva in questo contesto un accordo pre-gara tra Sicuritalia e Itapol del maggio 2016, in cui quest'ultima si impegnava a non partecipare alla gara se Sicuritalia, in caso di aggiudicazione, avesse affidato in subappalto a Itapol una quota pari al 20% dei servizi. L' AGCM rilevò inoltre come le imprese in questione avessero creato una vera e propria rete di affidamenti

reciproci che, generando però uno squilibrio in attivo o in passivo nei conti delle stesse, determinava la necessità per gli operatori di riequilibrare il sistema mediante ciò che le parti definivano “compensazione “. Tale sistema, con cui le parti si spartivano i servizi a prescindere dal risultato della gara, tendeva così ad annullare ogni forma di concorrenza tra le stesse, finendo per orientare inoltre il comportamento dei partner nel mercato. A chiusura dell’ istruttoria l’ AGCM era in possesso di numerose evidenze sufficienti per poter affermare la creazione, da parte degli operatori coinvolti, di una unica intesa coordinata e complessa che aveva comportato la ripartizione di rilevanti gare pubbliche, con l’effetto di privare le stazioni appaltanti, di volta in volta coinvolte, dell’ottenimento delle prestazioni oggetto di gara alle condizioni che sarebbero altrimenti conseguite dal pieno dispiegarsi della concorrenza tra le parti. Alla portata lesiva delle condotte poste in essere veniva rilevato che le imprese in questione, inoltre, rappresentavano tutte alcuni dei principali operatori del mercato, e su 10 gare l’intesa aveva avuto l’esito dell’aggiudicazione di 9 di esse. Per tutte le ragioni esposte l’ Autorità condannò le imprese interessate dalla vicenda per violazione dell’ articolo 101 TFUE, irrogando sanzioni per un ammontare complessivo di 28 milioni di euro.

Osservazioni.

Le problematiche principali alla base delle intese anticoncorrenziali, come può emergere dai casi in esame, si celano nella capacità degli operatori economici di coordinare le proprie strategie di partecipazione alle gare, supportate dai frequenti scambi di contatti e di informazioni, e che costituiscono difatti le prove “esogene” principali tramite le quali l’ AGCM infine arriva ad accertare la maggior parte delle condotte collusive. La problematica in questione è ormai evidente, ma ancora di difficile risoluzione; la possibilità di sterilizzare tali momenti di concertazione, però, potrebbe portare ad un significativo calo delle intese anticoncorrenziali, con gran beneficio per la concorrenza. Ovviamente una soluzione così drastica da eliminare ogni possibilità di contatti tra le imprese non pare percorribile, ma la riduzione di tali occasioni al loro minimo, dovrebbe senz’altro essere alla base di ogni procedura di gara.

Abusi di posizione dominate.

Anche i casi di abuso di posizione dominante, pur rappresentando un fenomeno di minoranza nel mercato degli appalti pubblici rispetto alle intese, celano in ogni caso una elevata potenzialità dannosa per la concorrenza. I casi più comuni riguardano ipotesi di operatori economici che operano in regime di monopolio legale e che

sfruttano concessioni di durata alle volte molto estese per conservare la loro posizione di dominanza sul mercato. La pericolosità di tali circostanze emerge soprattutto nei casi in cui le Amministrazioni si accingono ad intraprendere processi di apertura dei mercati alla concorrenza o comunque ad interrompere i rapporti con tali soggetti, che, in queste occasioni, assumono condotte ostruzionistiche nei confronti delle amministrazioni per evitare di perdere la loro posizione di dominio sul mercato o comunque rallentare il più possibile le procedure di gara. Seguono alcuni casi di abuso di posizione dominante con accertamento AGCM A516 conclusosi con provvedimento n. 27635 del 10 aprile 2019 e accertamento A519 conclusosi con provvedimento n. 27878 del 31 luglio 2019.

Accertamento AGCM A516 - “Gara affidamento servizi Tpl Bolzano” Provv. 27635/19.

La vicenda ha interessato il settore del trasporto pubblico nella Regione della provincia autonoma di Bolzano coinvolgendo come parte segnalata l'operatore SAD S.p.A., il quale deteneva una posizione di monopolio legale nel settore del trasporto extraurbano di passeggeri su gomma dal 1966. Nel 2015 la Provincia di Bolzano decise, nell'attuazione di un programma provinciale sulla mobilità, di suddividere il territorio altoatesino in "bacini territoriali ottimali"(BTO) in modo da aumentare la qualità e l'efficienza dei servizi resi fino a quel momento . Ciò avrebbe poi facilitato il processo

intrapreso dalla Provincia che, alla scadenza delle concessioni (2018), si accingeva, per la prima volta, a rendere il mercato del trasporto extraurbano su gomma contendibile alla concorrenza, attraverso l'espletamento di una gara che avrebbe condotto all'affidamento a diversi operatori dei BTO come lotti distinti. Al tal fine la Provincia necessitava però, per la predisposizione della documentazione di gara, di informazioni necessarie e indispensabili, molte delle quali esclusivamente in possesso della SAD. Per tali ragioni nel febbraio del 2017 l'Ente richiese alla società la trasmissione delle informazioni, assicurando in ogni caso la riservatezza delle comunicazioni. Fu in questa occasione che la società cercò di bloccare la procedura amministrativa rifiutandosi di fornire le informazioni richieste e tentando, per ben quattro volte, di presentare alla provincia la stipulazione di un Partenariato Pubblico Privato al solo fine di dissuadere la Provincia dall'espletare la procedura di gara e mantenere inalterata la propria posizione di dominanza sul mercato. Solo dopo l'avvio del procedimento istruttorio dell'AGCM, a esito della segnalazione proveniente dalla Provincia stessa, la SAD S.p.A. ottemperava infine alle richieste, trasmettendo però solo una parte delle informazioni necessarie alla predisposizione del bando di gara, protraendo la propria condotta ostruzionistica per le informazioni mancanti. All'esito dell'istruttoria condotta, la Authority rilevò come la società SAD S.p.A. avesse posto in essere una condotta volta ad ostacolare la possibilità della Provincia di Bolzano di predisporre la documentazione

necessaria ai fini dell' espletamento della gara e indispensabile per mettere i potenziali competitor in condizione di predisporre offerte realmente competitive. L'AGCM rilevava inoltre, da ultimo, che seppure la società avesse, dopo molte sollecitazioni e con un ritardo di quasi un anno, trasmesso le informazioni che la Provincia autonoma di Bolzano le aveva richiesto, in ogni caso aveva creato un danno concorrenziale costituito dal ritardo subito dalla Provincia stessa nell' avvio della procedura di gara, con contestuale proroga delle concessioni in scadenza a vantaggio della società stessa. Per tali ragioni la SAD S.p.A. venne infine condannata dall' AGCM per abuso di posizione dominante ex art. 102 del TFUE, consistente nell' aver ritardato e essersi rifiutata di fornire le informazioni necessarie alla realizzazione della procedura di gara per il nuovo affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma, e pertanto multata per una sanzione pecuniaria di importo pari a 1.147.275 milioni di euro.

Accertamento A519 - “Affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario nel Veneto” Provv. n. 27878/19.

Nel caso in esame la Regione Veneto sottoscriveva, nel settembre 2010, una convenzione con Trenitalia S.p.A., avente ad oggetto il contratto per l'affidamento e la

fornitura del servizio di trasporto ferroviario di persone di interesse regionale e locale per il periodo 2009-2014; il contratto prevedeva una durata di sei anni con opzione di rinnovo di ulteriori 6 anni fino al dicembre 2020. Nel 2013 la regione Veneto, tuttavia, non soddisfatta del livello del servizio prestato dall'impresa ferroviaria, comunicava a Trenitalia la disdetta del contratto, il quale sarebbe così scaduto nel dicembre 2014, e decideva che avrebbe proceduto ad un affidamento del servizio tramite una gara di rilevanza Europea. Date però le difficoltà della Regione a completare nel poco tempo rimasto la procedura competitiva per la selezione di un nuovo affidatario, conveniva di prorogare per un periodo di ulteriori 5 anni il contratto con Trenitalia fissando la cessazione definitiva dello stesso al dicembre 2020. In tale lasso temporale la Regione, che si accingeva a predisporre una gara che avrebbe aperto il mercato alla concorrenza, veniva raggiunta da alcune proposte di miglioramento del servizio da parte di Trenitalia, consistenti nell' ampliamento del parco rotabile e la (promessa) di ingenti investimenti nella realizzazione di interventi di elettrificazione di alcune linee regionali, in particolare nell'area della provincia di Belluno. Quest' ultima proposta, che riguardava un intervento lungamente atteso dalla Regione per via della sua strategicità, ma per il quale non erano stati ancora stanziati finanziamenti, dissuase in un primo momento la Regione a completare le procedure di gara. A tali contatti seguiva poi la lettera proposta diretta da Trenitalia alla Regione cui seguiva un

protocollo di intesa per la sottoscrizione di un nuovo contratto di servizio con cui Trenitalia avrebbe ottenuto un nuovo affidamento diretto del servizio per una durata compresa tra il 2018 e il 2032. Fu in questa circostanza che l'impresa "Arriva Italia" s.r.l. , operante nel settore del trasporto ferroviario, che aveva manifestato per due volte interesse a partecipare alla procedura di gara mai indetta, mise a conoscenza dei fatti l' AGCM, la quale nel maggio del 2018 avviò un procedimento istruttorio nei confronti di Trenitalia e le società del gruppo. La società "Arriva Italia" lamentò in particolare la sussistenza di una stretta connessione tra Trenitalia S.p.A. e Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (RFI) in violazione della normativa del Decreto legislativo del 15 luglio 2015 n. 112, che imponeva invece l' assoluta indipendenza, sul piano organizzativo decisionale e contabile, tra gestore dell' infrastruttura ferroviaria (RFI S.p.A.) e le imprese operanti nel settore dei trasporti (Trenitalia spa). Nel corso dell'istruttoria emersero infatti/invero diversi e frequenti contatti tra Trenitalia S.p.A., RFI e la Regione, con cui la società presentava nuovi piani di investimento nel settore al fine di dissuadere la regione dal porre in essere una gara e ottenere una nuova concessione in affidamento diretto del servizio per altri 15 anni, conservando così la propria posizione di dominanza sul mercato. All' esito dell'istruttoria l'AGCM rilevò come il Gruppo Ferrovie dello Stato avesse sfruttato la propria posizione di operatore verticalmente integrato attraverso RFI, operante nel

mercato a monte della gestione e sviluppo dell'infrastruttura, al fine di preservare la posizione detenuta da Trenitalia sul mercato a valle della fornitura dei servizi di trasporto ferroviario di persone in Veneto fino al 2032. Nello specifico emerse come tali società avessero sfruttato una serie di asset e prerogative, possedute unicamente in virtù della propria posizione di operatori integrati nei due mercati a monte e a valle, e dunque non replicabili per gli altri potenziali competitor, per far leva sulla Regione, eliminando ogni possibile confronto competitivo nell'affidamento del servizio ferroviario Veneto fino al 2032, e determinando così concreti effetti escludenti per i nuovi potenziali competitor (tra cui l'impresa "Arriva Italia"). In conclusione, a chiusura dell'istruttoria l' AGCM condannava Trenitalia S.p.A., Rete ferroviaria Italiana S.p.A. e Ferrovie dello Stato S.p.A. per abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE.

Osservazioni

Nei casi riportati si può notare la peculiare forma di abuso di posizione dominante perpetrata dalle società imprese coinvolte nelle vicende di riferimento. Le condotte abusive poste in essere si basano infatti sullo sfruttamento di conoscenze, informazioni e/o capacità acquisite dalle società SAD e Trenitalia nel corso dei loro rapporti contrattuali con le regioni finalizzato ad evitare l' ingresso di nuovi competitor sul

mercato, dissuadendo o rallentando la predisposizione di procedure di gara volte ad aprire il mercato alla concorrenza. Un tema che potrebbe rivestire particolare interesse in questo contesto è quello delle "essential facilities": secondo la teoria omonima, l'impresa, detentrica di un'infrastruttura indispensabile per competere nei mercati a valle, deve consentire ai concorrenti che ne facciano domanda di utilizzarla a condizioni eque e non discriminatorie²⁹. Tale teoria avrebbe subito peraltro nel corso degli anni un significativo ampliamento in termini di portata applicativa, arrivando così a ricomprendere nell'interpretazione di "infrastrutture essenziali" anche beni immateriali, come ad esempio diritti derivanti da brevetti, invenzioni, segni distintivi e diritti d'autore. In quest'ultimo caso l'abuso si verrebbe a configurare in presenza di quattro condizioni³⁰: 1) il rifiuto si riferisce a un prodotto o un servizio obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva; 2) il rifiuto impedisce la realizzazione di nuovi prodotti per i quali esiste una domanda potenziale; 3) il rifiuto non è giustificato; 4) il rifiuto preclude ogni forma di concorrenza anche solo potenziale sul mercato a Valle. Seppure nel caso della SAD il legame con la teoria sia meno evidente, con un po' di astrazione potrebbe trovare comunque applicazione, partendo proprio dall'

²⁹ Testo Diritto Antitrust, Federico Ghezzi, Gustavo Olivieri seconda edizione 2019 Giappichelli Editore

³⁰ Condizioni enunciate dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea nei casi *Magill* (CG EU, C-241/91P e C-242/91P, *RTE e ITP*) e *IMS* (CG EU, C-418/01, *IMS Healt vs. NDC*).

ampliamento della portata applicativa subita dalla teoria in esame anche nei confronti di beni immateriali, quali brevetti segni distintivi etc.; questi ultimi, infatti, altro non sarebbero che informazioni e conoscenze strategiche di cui le imprese si avvalgono per poter essere competitive sul mercato, proprio come quelle richieste dalla Provincia di Bolzano alla società SAD S.p.A. per predisporre la gara, e indispensabili ai fini della instaurazione di un minimo grado di concorrenza in quanto necessarie per consentire ai nuovi potenziali competitor di formulare offerte realmente competitive per il loro ingresso sul mercato. Si noti infine come la condotta adottata dalla SAD S.p.A. soddisferebbe inoltre tutte le condizioni sopramenzionate previste per integrare la condotta abusiva in questione, in quanto, il rifiuto ingiustificato di fornire informazioni, non altrimenti reperibili dalla Provincia di Bolzano, impediva di fatto l'ingresso sul mercato di altri potenziali competitor che avrebbero potuto implementare la tipologia e la qualità del servizio di trasporto extraurbano su gomma offerto sul mercato. Dai casi in esame emergono pertanto le problematiche principali che accomunano la maggior parte delle ipotesi di abuso di posizione dominante nel mercato dei pubblici appalti: le asimmetrie informative, che molto spesso penalizzano le amministrazioni, in quanto le rendono dipendenti dagli operatori economici di quelle informazioni necessarie e indispensabili ad una più corretta predisposizione della documentazione di gara; le concessioni dei servizi di durata temporale troppo estesa, le quali

contribuiscono alla creazione e al rafforzamento di posizioni di dominanza degli operatori che divengono concessionari del servizio (anche se in alcuni casi in regime di monopolio legale), e alla creazione di posizioni di dipendenza delle amministrazioni nei confronti di questi (si ricordi il caso SAD gestore del servizio Tpl dal 1966).

3. Proposte di riforma dell'AGCM e Segnalazione del marzo 2021 ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza.

Come è stato più volte fatto rilevare dalla stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, gli appalti pubblici rappresentano sul piano economico circa l'11% del PIL nazionale, a fronte del 13% di quello dell'UE. È evidente allora come la disciplina degli appalti ricopra un ruolo di primaria importanza sul piano della crescita e sviluppo economico dell'Italia, auspicabile ed attuabile grazie ai fondi del programma europeo Next Generation EU. E tuttavia la notoria complessità della disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici rende difficoltosa l'attuazione degli stessi ed allontana la possibilità di utilizzo dei fondi europei; per queste ragioni secondo l'Autorità sarebbe auspicabile e di estrema importanza l'attuazione di una riforma del settore degli appalti pubblici, al fine di semplificare le regole e le procedure applicabili, in modo da favorire una più rapida attivazione degli investimenti previsti dal piano nazionale di

ripresa e resilienza. Le coordinate da tenere presenti per l'attuazione di tale intervento riformatore sarebbero contenute, secondo l'AGCM, proprio nelle direttive europee del 2014, il cui scopo è quello di far accrescere i livelli di efficienza delle scelte delle P.A. coniugando al contempo l'esigenza di disporre di una maggiore discrezionalità da parte delle stazioni appaltanti e l'esigenza di una semplificazione delle regole e delle procedure anche per i soggetti operatori economici interessati alla partecipazione. Sulla scorta di tali premesse l'Autorità, nell'esercizio del potere di segnalazione previsto ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 287/90, propone due possibili operatività di intervento per il legislatore. Una prima soluzione viene indicata per il breve periodo al fine di garantire l'acquisizione e migliore gestione possibile dei fondi europei nonché la realizzazione delle opere strategiche; una seconda proposta, per il medio termine, è finalizzata al conseguimento di una revisione complessiva del vigente codice dei contratti pubblici.

Proposte di breve periodo

Nel breve periodo l'Autorità ha segnalato al legislatore l'importanza di sospendere temporaneamente l'applicazione del Codice dei contratti pubblici e nel contempo di introdurre una disciplina speciale per le procedure aventi ad oggetto le opere finanziate dal PNRR e le opere strategiche per il Paese. Quindi per tali procedure verrebbero a trovare applicazione le sole disposizioni delle Direttive Europee del 2014

in materia di gare pubbliche, con le integrazioni necessarie ove le disposizioni stesse non fossero immediatamente self-executing.

In realtà l'AGCM è pervenuta a proporre tale soluzione avendo dovuto constatare le persistenti criticità operative derivanti dalla interpretazione applicativa della vigente disciplina in materia di appalti pubblici, da cui è conseguita l'esigenza di ridurre gli svariati oneri amministrativi e burocratici imposti alle imprese e alle stazioni appaltanti, sempre più frequentemente causa del rallentamento e talvolta paralisi delle procedure di gara. Seguendo le indicazioni dell'Autorità verrebbero meno molti dei limiti e preclusioni attualmente previsti in materia di ricorso al subappalto e all'avvalimento; cadrebbero anche le limitazioni alla discrezionalità delle stazioni appaltanti in caso di appalto integrato, nonché i limiti del punteggio 70/30 nella valutazione delle offerte economiche in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'obbligo di nomina di commissari esterni ed infine, non meno importante, l'obbligo di esclusione delle offerte anomale. La sburocratizzazione degli oneri amministrativi, grazie all'applicazione delle sole direttive europee, potrebbe tuttavia causare fenomeni di collusione e infiltrazioni criminali che andrebbero impediti; è per questo che l'AGCM propone altresì di provvedere al rafforzamento di presidi di tutela della legalità nelle gare pubbliche, come la costituzione di una speciale struttura di vigilanza, dotata delle

necessarie risorse professionali umane e tecnico-economiche, preposta proprio a vigilare sulle opere finanziate tramite i fondi europei del Next Generation EU.

Proposte di medio periodo.

L'Autorità suggerisce una revisione del Codice dei contratti pubblici che tenga conto di una serie di principi, sempre nell'ottica di semplificazione delle regole e in modo da favorire così gli investimenti pubblici. A riguardo l'AGCM sostiene l'importanza del "copy-out" delle direttive; ciò consentirebbe il venir meno di quelle disposizioni nazionali che comportano oneri superflui e più elevati rispetto a quelli posti dalle direttive europee.

Altro strumento che potrebbe consentire il raggiungimento degli obiettivi di medio periodo è quello dell'autocertificazione, di cui l'Authority promuove un più ampio ricorso per la partecipazione alle gare pubbliche, intensificando il controllo ex post anziché ex ante. Inoltre l'Authority segnala l'introduzione di misure idonee a ridurre il ricorso alla c.d. "burocrazia difensiva" che spesso blocca il funzionamento delle stazioni appaltanti, prevedendo, ad esempio, la responsabilità dei funzionari per danno erariale solo in caso di dolo.

Di seguito si riportano le segnalazioni/proposte sulle previsioni normative vigenti che secondo l'Authority andrebbero eliminate o modificate in via prioritaria.

A) Subappalto.

Le disposizioni in materia di subappalto sono considerate in via prioritaria come oggetto di modifica per l'Antitrust, in quanto in contrasto con la disciplina europea e di ostacolo alla partecipazione delle piccole e medie imprese.

In particolare si suggerisce di: *1) eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile; 2) prevedere l'obbligo, in capo agli offerenti che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto oltre all'identità dei subappaltatori; 3) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell'identità dei subappaltatori; 4) sostituire il divieto generale per il quale le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto (c.d. subappalto a cascata), consentendo alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati.*

B) Avvalimento.

Si richiede l'eliminazione dei divieti generali e dei limiti ingiustificati all'impiego dell'avvalimento, in particolare con riferimento al c.d. avvalimento a cascata, nonché l'esclusione dell'avvalimento per contratti relativi a progetti che richiedono "opere complesse".

C) Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In merito al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, si suggerisce di rivedere la previsione che stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%. Ciò limita la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche con ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche e conseguente possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e ad una adeguata concorrenza anche di prezzo tra gli offerenti.

D) Esclusione automatica delle offerte.

Si segnala la necessità di eliminare la disposizione che, contrariamente a quanto disposto dalle direttive e tenuto conto delle specifiche indicazioni della Corte di giustizia, consente alle stazioni appaltanti di escludere offerte anormalmente basse senza prima chiedere agli offerenti di fornire giustificazioni.

E) Appalto integrato.

Con riferimento all' appalto integrato, Si auspica un definitivo ripensamento in merito all'obbligo generalizzato di mettere a gara opere dotate di progetto esecutivo, e non di semplice progetto definitivo, e la rimozione del divieto generale di appalto integrato, fatti salvi i casi tassativamente indicati dal Codice. L'Autorità sottolinea al riguardo che le direttive non pongono limiti all'appalto integrato che presenta indubbi vantaggi in termini di semplificazione della procedura: una sola gara per due fasi, riduzione dei costi amministrativi e dei tempi di attraversamento.

F) Partenariato Pubblico Privato (PPP) .

Si auspica una revisione delle norme volta a favorire il PPP che, in un contesto caratterizzato da scarse risorse pubbliche, può rappresentare una soluzione idonea a finanziare, costruire e rinnovare infrastrutture di pubblica utilità.

G) Specializzazione delle stazioni appaltanti.

L'Autorità chiede di dare finalmente attuazione alle disposizioni previste dal Codice dei contratti pubblici sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, la qualificazione degli operatori economici e lo sviluppo di strumenti procedurali innovativi. Si chiede di adottare il decreto di fissazione degli standard di qualità della committenza di cui agli articoli 37 e 38 del Codice. Inoltre andrebbero emanati i decreti di attuazione degli articoli 41 e 44 del medesimo Codice, relativi alla semplificazione delle procedure di gara svolte, dalle centrali di committenza, e alla digitalizzazione delle procedure. Ciò consentirebbe di aggregare la domanda dei committenti pubblici e di aumentare

l'efficienza nello svolgimento delle procedure di gara sfruttando le professionalità migliori.

H) Digitalizzazione delle procedure.

Va completata la digitalizzazione degli appalti pubblici (e-procurement), dalla fase di programmazione fino a quella di collaudo e liquidazione delle somme dovute. Ciò consentirebbe evidenti semplificazioni delle procedure, standardizzazione delle stesse, risparmi in termini di tempi e costi, nonché il continuo monitoraggio dell'evoluzione dei contratti. A tal fine, appare necessario che tutte le informazioni inerenti ai contratti pubblici confluiscono nella piattaforma dell'ANAC, consentendo così l'avvio definitivo e la piena funzionalità della piattaforma digitale ANAC prevista dall'art. 73 del Codice dei contratti pubblici.

I recenti interventi normativi con i DL Semplificazioni 76/2020 e 77/2021, convertiti rispettivamente in Legge 120 del 2020 e 108 del 2021 (successivamente modificato dal DL 121 del 2021 convertito in Legge del 9 novembre 2021 numero 156), hanno parzialmente recepito le indicazioni dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, in particolare con riferimento al subappalto. In precedenza anche la Commissione Europea si era pronunciata in senso sfavorevole sulla conformità del limite del 30% al subappalto previsto dalla normativa nazionale, che rispondeva principalmente all'esigenza di combattere fenomeni di infiltrazioni criminali nella materia degli appalti pubblici. La Commissione, a seguito della procedura di infrazione

del 2018 (2273), ha contestato all'Italia il limite originariamente previsto dalla normativa nazionale al subappalto, ribadendone la non conformità alle direttive Europee, e l'ostacolo alla necessità di garantire il più ampio accesso al mercato da parte di piccole e medie imprese e quindi l'ostacolo all'esercizio della libera concorrenza. Pertanto la recente riforma ha fatto venire meno il limite della subappaltabilità prevedendo al primo comma dell'articolo 105 del codice appalti pubblici espressamente l'ammissione del subappalto, sia pure sostanzialmente entro il limite massimo del 49,9%, stante il divieto di cessione del contratto e di affidamento a terzi della integrale o prevalente esecuzione delle prestazioni.

4. La Comunicazione della Commissione Europea n. 91 del marzo 2021.

Con la Comunicazione 2021/C91/01 pubblicata in Gazzetta uff. U.E. il 18 marzo del 2021 n. 91 la Commissione Europea ha fornito utili indicazioni sugli strumenti per la lotta al fenomeno della collusione negli appalti pubblici ed indicazioni relative alle modalità di applicazione del motivo di esclusione. Giova ricordare che la concorrenza è materia esclusiva dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e per questo i relativi poteri di intervento sono affidati alla Commissione Europea. Le questioni della concorrenza rivestono non poca importanza per la Commissione in quanto, come è risaputo, gli appalti pubblici

rappresentano una quota rilevante del PIL degli Stati membri dell'UE, oltre il 14% del PIL totale degli stessi Stati; pertanto gli appalti svolgono un ruolo fondamentale nella crescita economica degli Stati e nel conseguimento di un obiettivo fondamentale per ogni Stato dell'Unione, ossia fornire servizi di qualità ai suoi cittadini. Secondo la Commissione Europea la collusione è considerata come uno dei fattori di rischio principali in danno di una spesa pubblica efficiente, e si stima che possa provocare un aumento fino al 60% dei costi che gli acquirenti pubblici sostengono rispetto a quanto pagherebbero in condizioni di mercato normali. Questo rischio è da ritenersi certamente più elevato in tempi di crisi ed emergenza, come la pandemia da COVID-19, poiché da parte delle pubbliche amministrazioni vi è urgente necessità di acquistare in tempi molto brevi grandi quantità di forniture e servizi per i rispettivi sistemi sanitari. Nel contesto pandemico attuale è evidente che comportamenti collusivi abbiano tentato di sfruttare l'emergenza per limitare artificialmente la concorrenza, in questo caso non solo a discapito delle finanze pubbliche.

Come sappiamo il termine "collusione" negli appalti pubblici si riferisce ad accordi illegali tra operatori economici e pratiche concordate finalizzati a "forzare" la concorrenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti. La Commissione parte dalla considerazione che suddetti accordi collusivi possono assumere varie forme, come ad esempio: la definizione anticipata del contenuto delle offerte (in particolare il

prezzo) al fine di influenzare l'esito della procedura; la rinuncia alla presentazione di un'offerta, la ripartizione del mercato su base geografica o sulla base dell'amministrazione aggiudicatrice o anche sulla base dell'oggetto dell'appalto; ed infine, l'istituzione di sistemi di rotazione per una serie di procedure. Tutte queste pratiche illecite hanno comunque l'obiettivo di consentire ad un soggetto offerente predeterminato di ottenere l'aggiudicazione di un appalto dando allo stesso tempo l'impressione che la procedura sia realmente competitiva. Gli accordi collusivi tra operatori economici sono ovviamente segreti per definizione e pertanto di difficile individuazione da parte delle stazioni appaltanti. Spesso questi accordi sono realizzati in modo accurato e sofisticato e non vengono rilevati durante la procedura di aggiudicazione bensì eventualmente scoperti soltanto diverso tempo dopo l'aggiudicazione, o addirittura dopo la completa esecuzione dell'appalto. Vi sono comunque dei fattori che favoriscono gli accordi collusivi, come ad esempio: la prevedibilità della domanda da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali normalmente non apportano modifiche di rilievo rispetto alle procedure precedenti; la presenza di un basso numero di operatori attivi in un dato mercato, difatti più è basso il numero degli operatori più facilmente si verificano casi di collusione; infine l'esistenza in capo alle stazioni appaltanti di taluni obblighi di divulgazione ed informazione sulle procedure di aggiudicazione, poiché anche questo può facilitare lo

scambio di informazioni tra soggetti collusi. Altro fattore che rende ancor più difficile individuare i casi di sospetta collusione è rappresentato dalla carenza sul piano della formazione del personale dei funzionari responsabili degli appalti, i quali sono più che altro intenti a garantire il rispetto dei termini procedurali e dei requisiti procedurali e giuridici. Infine, quando la collusione nel settore degli appalti pubblici si accompagna anche a fenomeni di corruzione, ciò costituisce un ulteriore fattore di difficoltà nel riconoscere gli accordi collusivi.

Nel corso degli anni sia la Commissione che le Autorità nazionali Garanti della concorrenza (tenute a vigilare sull'applicazione delle disposizioni ex artt. 101 e 102 TFUE) hanno elaborato orientamenti finalizzati a sensibilizzare le amministrazioni aggiudicatrici nell'adozione di misure di prevenzione nella gestione delle procedure di appalto pubblico. In materia di lotta alla collusione è stato dato anche risalto alla formazione dei funzionari preposti.

Nel 2017 l'OLAF (Ufficio Europeo per la lotta anti frode) grazie al contributo di esperti ha elaborato un elenco esaustivo e dettagliato di indicatori di rischio, fornendo altresì suggerimenti per individuare la collusione sia nella fase antecedente al bando di gara che nella fase di gara. Benché le Autorità nazionali ed europee Garanti della concorrenza siano state dotate di rilevanti poteri di indagine e sanzionatori verso le

pratiche collusive, tuttavia il vero scoglio è costituito dalla difficoltà di individuazione della pratica collusiva prima dell'aggiudicazione; non di rado il danno viene scoperto soltanto dopo l'aggiudicazione e in molti casi anche dopo la completa esecuzione dell'appalto. A questo fine si è ritenuto di dotare i funzionari responsabili (delle procedure di appalto) della capacità di prevenire ed individuare in modo efficace le condotte collusive e reagire altrettanto efficacemente già durante la procedura con il riconoscimento di strumenti, in capo ai suddetti funzionari, come la possibilità di escludere da una procedura un soggetto offerente se sussistono indicazioni sufficientemente plausibili di un suo comportamento collusivo.

Nel 2017 la Commissione ha elaborato una **Comunicazione** relativa agli **“Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa”** in cui ha individuato alcune priorità strategiche : migliorare la conoscenza del mercato da parte delle autorità aggiudicatrici; sostenere le autorità aggiudicatrici nella gestione delle procedure di appalto; migliorare la cooperazione e condivisione delle informazioni tra autorità aggiudicatrici ed autorità garanti della concorrenza; migliorare l'accesso ai mercati degli appalti; incoraggiare i paesi terzi ad aderire all'accordo OMC sugli appalti pubblici in quanto l'ingresso di nuovi operatori economici aumenta la concorrenza evitando situazioni di concentrazione del mercato e di oligopoli.

Inoltre la Comunicazione ha fornito semplici e concisi orientamenti per le amministrazioni aggiudicatrici riguardanti le modalità di applicazione del motivo di esclusione per collusione. Nel marzo 2020 la Commissione ha elaborato la comunicazione **“Piano d’azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico”**. Riguardo agli strumenti messi in atto, la Commissione ha rimarcato l’importanza di formazione e di sostegno adeguati, l’impiego di incentivi per premiare il personale, ma anche la condivisione delle buone pratiche già adottate negli Stati membri, e non da ultimo la collaborazione con altre organizzazioni internazionali (Banca mondiale, OCSE, OMC) per promuovere un bagaglio comune di conoscenze ed esperienze a livello internazionale; in special modo nei settori economici considerati sensibili in quanto vulnerabili alla collusione, come l’edilizia, l’assistenza sanitaria e le tecnologie dell’informazione. Anche migliorare la cooperazione tra le autorità centrali nazionali responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza è considerato obiettivo necessario dalla Commissione in quanto serve un approccio globale che si avvalga sia delle conoscenze e competenze in materia di appalti che di concorrenza. Pertanto la Commissione incoraggia la cooperazione tra le autorità centrali responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza e spinge a valersi di strumenti come:

- l'istituzione di un servizio di contatto per sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici;
- la promozione di forme di segnalazione e denuncia (da persone o imprese) di casi di collusione;
- la richiesta di assistenza di esperti delle autorità centrali responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza;
- la facilitazione dell'accesso informativo delle autorità e accesso alle banche dati elettroniche sugli appalti (registri nazionali degli appalti);
- lo scambio delle informazioni tra le autorità responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza al fine di esaminare possibili modelli di collusione tra operatori economici;
- l'obbligo di informazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei casi di esclusione di operatori economici per sospetto di presunta collusione; creazione di una banca dati nazionale per i casi di esclusione;
- l'obbligo per il soggetto offerente di presentare unitamente all'offerta una separata dichiarazione attestante di aver elaborato l'offerta in modo indipendente (in aggiunta alla dichiarazione di non aver aderito ad accordi collusivi, già richiesta nell'ambito del documento di gara unico europeo, DGUE);
- la previsione di clausole per la risoluzione del contratto e richiesta risarcimento danni nei casi di accertamento della messa in atto di pratiche collusive.

5. Orientamenti espressi dalla Commissione Europea nella Comunicazione n. 91/2021 per le modalità di applicazione del motivo di esclusione per collusione.

In via preliminare nella Comunicazione viene chiarito dalla stessa Commissione che riguardo alle modalità di applicazione del motivo di esclusione essa ha competenza ad emettere dei pareri giuridicamente non vincolanti verso gli Stati membri, i quali difatti hanno libertà di recepimento e di applicazione delle Direttive; diversamente la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha competenza a fornire l'interpretazione giuridicamente vincolante delle disposizioni del diritto dell'UE.

Ciò posto, il motivo di esclusione per collusione è previsto dall'art. 38 paragrafo 7 lett. e) della direttiva 2014/23/UE. Prima dell'entrata in vigore della direttiva del 2014 in materia di appalti pubblici vigeva la disposizione di cui all'articolo 45 paragrafo 2 della direttiva del 2004, in virtù della quale gli operatori economici offerenti potevano essere esclusi dalle procedure di gara nel caso avessero messo in atto pratiche collusive a condizione che: nei loro confronti fosse stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato per un reato relativo alla moralità professionale (lett. c) paragrafo 2 art. 45); o nel caso in cui avessero commesso nell'esercizio della loro attività d'impresa un errore grave accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice (lett. d) paragrafo 2 art. 45). Quindi la violazione delle norme in materia di concorrenza poteva dar luogo al motivo di esclusione purché

fossero soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 45 paragrafo 2 lett. c) o d), in questo ultimo caso quale motivo facoltativo di esclusione. A riguardo la Corte di giustizia fornì nel 2019 la nozione di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale includendo qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico, la sua integrità o affidabilità; di conseguenza l'interpretazione di errore grave, e quindi rilevante, non è limitata a condotte inadempienti o negligenti, ma va riferita a comportamenti che denotano una intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità. Secondo la Corte l'accertamento di siffatto tipo di errore non richiede una sentenza passata in giudicato, essendo sufficiente una decisione dell'autorità garante nazionale sulla violazione delle norme in materia di concorrenza. Ad ogni modo l'accertamento della sussistenza di un errore grave non comporterebbe l'automatica esclusione in quanto sarebbe comunque richiesta una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico, in ossequio al principio di proporzionalità. A riguardo il considerando 101 della Direttiva 24/2014 afferma espressamente che "nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. In tal senso si è espressa più volte anche la

Corte di Giustizia europea³¹ nel senso di richiedere una valutazione specifica ed in concreto che sia anche indipendente da decisioni adottate in precedenza da altre autorità.

Le direttive del 2014 in materia di appalti pubblici modificano le norme sull'esclusione innanzitutto riconoscendo per la prima volta la collusione come un motivo facoltativo di esclusione. L'articolo 57 paragrafo 4, lett. d), stabilisce che un'amministrazione aggiudicatrice può escludere, oppure anche uno Stato membro può chiedere ad un'amministrazione aggiudicatrice di escludere, dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico abbia sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza. Questo motivo facoltativo di esclusione trova anche riscontro nella direttiva del 2014/23/UE (art. 38 par. 7 lett. e), relativa alle concessioni, e nella direttiva del 2014/25/UE (art. 80 par. 1) per i servizi di pubblica utilità.

La possibilità di escludere un operatore economico per presunta collusione non è intesa nella direttiva come una sanzione bensì come strumento per assicurare il rispetto dei principi di parità di trattamento e di condizioni di concorrenza nelle

³¹ Corte di Giustizia, Ordinanza del 3/10/2019 e Ordinanza del 4/06/2019 nel caso CNS contro Gruppo Torinese trasporti.

procedure di aggiudicazione, nonché garantire l'integrità e l'affidabilità del contraente e la sua idoneità ad eseguire l'appalto. Occorre rilevare che in relazione all'ambito di applicazione del motivo di esclusione vi sono delle differenze tra la formulazione dell'articolo 101 del TFUE e l'articolo 57 paragrafo 4 lett. d) della direttiva del 2014. Difatti quest'ultima disposizione si riferisce soltanto ad accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza, mentre l'articolo 101 del TFUE riguarda tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ed hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato europeo. Va precisato che l'articolo 57 al paragrafo 4 lett. d) prevede il motivo di esclusione per collusione, mentre alla lett. c) prevede il motivo di esclusione per gravi illeciti professionali.

Entrambi questi motivi sono facoltativi e le amministrazioni godono di un ampio margine di discrezionalità; tenendo presente che, in riferimento alle ipotesi dei gravi illeciti professionali, l'amministrazione aggiudicatrice deve dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, mentre in relazione al motivo di esclusione per collusione si consente all'amministrazione aggiudicatrice di valutare la ricorrenza di **indicazioni**

sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico abbia sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza.

Spetta perciò alle amministrazioni aggiudicatrici valutare caso per caso quale dei due motivi possa essere considerato applicabile. Quindi, se da un canto le amministrazioni sono libere di escludere o di permettere ad un operatore offerente di continuare a partecipare alla procedura di aggiudicazione, nonostante la ricorrenza di "indicazioni sufficientemente plausibili" di collusione, è anche vero che nel caso di esclusione le amministrazioni aggiudicatrici siano tenute a valutare il ricorso dell'operatore e le relative misure di autodisciplina adottate dall'offerente, le quali potrebbero ben configurarsi come "garanzie sufficienti" ad evitare l'esclusione³².

Secondo il Considerando 102 della Direttiva "Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi". La valutazione del motivo di esclusione (facoltativo), così come la valutazione delle misure di autodisciplina adottate dall'operatore economico, hanno carattere discrezionale ma devono essere improntate al principio di proporzionalità (principio che si applica a tutte le fasi della procedura di aggiudicazione

³² Secondo il considerando 102 della Direttiva 24/2014 "Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi".

e quindi anche alla fase di valutazione di un eventuale caso di collusione), nonché tener conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito.

In ogni caso le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero con una certa cautela limitare il ricorso all'applicazione del motivo di esclusione, specie in quei settori in cui operano pochi operatori economici, poiché comunque questo comporta una limitazione effettiva della concorrenza. Si parla in questo senso anche di *favor participationis*. Pertanto il principio di proporzionalità esigerebbe una valutazione sulla possibile applicazione di misure meno drastiche al fine di garantire l'integrità e l'affidabilità del futuro contraente.

Premesso che le varie direttive non hanno mai specificato cosa possa essere considerata "indicazione sufficientemente plausibile" di partecipazione ad accordi illegali, è certo che un'amministrazione aggiudicatrice possa valutare tutti i fatti (ma evitando le presunzioni) di cui è a conoscenza e che possono mettere in discussione l'affidabilità dell'offerente quale futuro contraente, inclusa la possibilità di valutare qualsiasi fatto che indichi un comportamento anticoncorrenziale, sia all'interno della procedura di aggiudicazione, sia relativo a procedure di altri appalti, anche effettuati in settore privato. Per fare qualche esempio, indicatori in tal senso sarebbero costituiti dal comportamento di offerenti che partecipano soltanto in alcune regioni, oppure si

alternano nella partecipazione alle procedure di aggiudicazione; altri indicatori possono riguardare i testi delle offerte, quando, ad es., ricorrono frasi identiche o refusi identici in offerte diverse, o quando i prezzi sono più elevati rispetto a quelli proposti in precedenti procedure analoghe o si presentano eccessivamente elevati o bassi. Vi sono anche dettagli di tipo amministrativo come, ad esempio, offerte presentate dallo stesso rappresentante commerciale. Le indicazioni sufficientemente plausibili non vanno tuttavia confuse con le prove formali, come potrebbe essere la sentenza di un organo giurisdizionale. Ciò significa che le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a disporre di prove della collusione, ma si richiede comunque che gli indizi siano oggettivi e concordanti e che agli offerenti sia concesso di fornire la prova contraria³³.

L'amministrazione aggiudicatrice gode comunque di una certa discrezionalità nella valutazione di questi indicatori anche nel senso di poter tener conto o meno di decisioni adottate dalla autorità garante della concorrenza o di una sentenza pronunciata da un giudice nazionale o anche estero, senza esserne vincolata. Quindi il coinvolgimento di un operatore in un precedente caso di collusione non è di per sé considerato motivo di esclusione dell'operatore dalla procedura di aggiudicazione in corso, anche considerato che, secondo la giurisprudenza della Corte europea, le

³³ In tal senso Corte di Giustizia europea del 17/05/2018 e dell' 11/06/2020.

decisioni adottate da altre amministrazioni in casi precedenti non pregiudicano il giudizio dell'amministrazione che svolge la procedura di aggiudicazione. D'altro canto, per consentire alla amministrazione aggiudicatrice di poter adottare una valutazione con cognizione di causa, l'operatore economico è tenuto ad osservare un dovere di informativa, su richiesta dell'amministrazione, per qualsiasi pregressa decisione del Garante o dell'Autorità giudiziaria (sentenza) che abbia accertato un suo comportamento collusivo. Difatti l'operatore economico che intende partecipare ad una gara deve presentare unitamente alla propria offerta un documento di risposta ad un questionario che è allegato al documento di gara unico europeo (DGUE). L'omessa comunicazione delle informazioni necessarie per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione comporta in capo all'amministrazione procedente il diritto di escludere l'operatore. Ugualmente l'amministrazione deve escludere l'offerta di un operatore economico, senza necessità di alcuna valutazione, se l'offerta è effettuata durante il periodo in cui questi risulti escluso dalle procedure di aggiudicazione. Le decisioni di esclusione riguardano soltanto l'operatore che risulti aver partecipato ad un accordo collusivo e non anche altri operatori economici in qualche modo collegati (come ad es. la società madre, le società dello stesso gruppo, le società affiliate delle imprese escluse).

In caso di subappalto l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe valutare con attenzione se un subappaltatore proposto avrebbe potuto facilmente partecipare per proprio conto alla procedura ed eseguire l'appalto in autonomia. Anche i casi di subappalto reciproco tra due offerenti possono inoltre mascherare una potenziale collusione da esaminare perciò con attenzione.

Sia nel caso di subappalto che nel caso di imprese collegate e di offerte congiunte, le amministrazioni aggiudicatrici godono di ampia discrezionalità nella valutazione di eventuali rischi di collusione, ma devono evitare di basarsi su presunzioni generiche ed invece tener conto del diritto degli operatori sospettati di collusione di dimostrare la propria indipendenza nella presentazione delle loro offerte, poiché è riconosciuto il diritto degli operatori di presentare offerte congiunte (ex art. 2 paragrafo 1 del punto 10 ed art. 19, paragrafo 2 e dall'art. 63 par. 1 della Direttiva). Tali scelte ben possono rientrare in una policy di partenariato o cooperazione strategica delle imprese, pertanto la valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe essere attenta e bilanciata nel valutare rischi di collusione, caso per caso, attraverso una valutazione in concreto³⁴.

³⁴ In tal senso la CGUE del 22/10/2015, Edilux Srl e Sicef contro Assessorato Beni culturali Regione Sicilia.

In conclusione secondo la Commissione, pur ritenendosi che le Direttive citate non impongano alcun obbligo di comunicazione alle Autorità Garanti degli appalti o della Concorrenza in merito a qualsiasi caso di sospetta collusione affrontato, o qualsiasi decisione adottata per l'esclusione di operatori economici dalle procedure di aggiudicazione, tuttavia, una efficiente cooperazione deve ritenersi vivamente raccomandata per l'importanza che riveste in questo campo lo scambio tempestivo di informazioni.

Vi è da aggiungere, inoltre, che anche se le amministrazioni non hanno l'obbligo di richiedere consulenze alle suddette Authority, prima di decidere se escludere un operatore economico dalla procedura, si ritiene da parte della Commissione che comunque sia consigliabile che esse si avvalgano di tutta l'assistenza disponibile in caso di individuazione di una sospetta offerta. Infine la Commissione sollecita gli Stati membri a mettere in atto i seguenti suggerimenti :

- permettere alle Autorità della Concorrenza di accedere alle banche dati sugli appalti e alle offerte nei casi oggetto di indagine;

- creare una banca dati nazionale per i casi di esclusione;
- introdurre l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di informare le rispettive Autorità della concorrenza dei casi in cui hanno escluso un operatore economico per presunta collusione;
- introdurre clausole contrattuali per la risoluzione o richiesta di risarcimento danni in favore delle amministrazioni aggiudicatrici nel caso di accertata messa in atto di pratiche collusive del contraente;
- operare un processo di professionalizzazione del personale preposto alle procedure di appalto;
- sensibilizzare la comunità imprenditoriale.

Sulla scorta di questi “suggerimenti” anche l’ANAC di recente sta rivedendo le sue Linee Guida n. 6 con particolare riguardo alle circostanze di esclusione ex art. 80 co. 5 lett c), c-bis), c-ter) e c-quater)³⁵.

Lo scopo della Comunicazione della Commissione europea, condiviso anche dall’AGCM, non è solo quello di agevolare una concorrenziale partecipazione alle gare (riducendo casi di errore nelle autodichiarazioni, promuovendo la diffusione di buone pratiche ed attività di self cleaning), ma anche quello di ridurre l’elevato contenzioso sulle esclusioni dalle gare, il che diventa obiettivo non secondario in vista del prossimo utilizzo di fondi europei.

³⁵ Trattasi di una procedura di consultazione pubblica on line avviata dall’ANAC il 18 gennaio e con termine al 28 febbraio 2022.

CAPITOLO IV

PROSPETTIVE FUTURE DI RIFORMA PER LA CONCORRENZA NEGLI APPALTI PUBBLICI

Sommario : 1. Alcune considerazioni e proposte di rafforzamento dell' azione antitrust.
2. Prospettive future di riforma, decreti semplificazione, segnalazione AGCM, e rischi per la concorrenza. - 3. Il caso "Biocrea"- 4. Conclusioni.

1. Alcune considerazioni e proposte di rafforzamento dell' azione antitrust.

Come già anticipato, il Vademecum dell'AGCM ha rivestito un importante ruolo di sensibilizzazione delle stazioni appaltanti in tema di tutela della concorrenza negli appalti pubblici. L'obiettivo del Vademecum, infatti, era quello di rafforzare la collaborazione tra Autorità e stazioni appaltanti fornendo alle stesse delle valide indicazioni per individuare ipotesi di possibile collusione tra gli operatori economici, in modo da stimolare l'esercizio del loro potere di segnalazione. Per capire la portata che tale intervento ha prodotto, si può considerare il risultato di un'analisi condotta nel periodo compreso tra il 2015 e il 2019, secondo la quale l'AGCM in tale lasso

temporale avrebbe concluso ben 12 istruttorie nel settore degli appalti pubblici, accertando casi di collusione in ognuna di queste³⁶. Va tuttavia rilevato che solo 4 procedimenti sono stati avviati d'ufficio da parte dell'Autorità, mentre delle restanti 8 istruttorie solamente tre sono state effettuate su segnalazione delle stazioni appaltanti. Considerando il bilancio complessivo degli accertamenti dell'AGCM nel periodo di riferimento si può dedurre l'importante ruolo assunto dalle segnalazioni, provenienti sia dalle stazioni appaltanti che dagli operatori economici che abbiano partecipato alle gare. Si può tuttavia riscontrare una prevalenza, seppur non così marcata, di segnalazioni provenienti da soggetti diversi dalle stazioni appaltanti, sintomo, forse, del fatto che il processo di formazione delle stesse, sperato dall' AGCM, non si sia ancora pienamente realizzato.

Un segnale di ciò si può ritrovare nella comunicazione della Commissione Europea del 2021, con cui la stessa chiede agli Stati membri di attuare ancora alcuni sforzi nella lotta al contrasto ai fenomeni collusivi nel settore degli appalti pubblici (come già illustrato nel capitolo 3 par. 3) suggerendo ad esempio di investire mezzi e risorse al fine di incentivare un processo di professionalizzazione del personale preposto alle procedure di appalto. Oltre alla riconosciuta importanza di formare/professionalizzare

³⁶ " Diritto Antitrust" di Antonio Catricalà, Carlo Cazzato, Francesco Fimmanò Giuffrè, Capitolo VI par. 1 Diritto antitrust e appalti Pubblici.

le stazioni appaltanti, e data la mole di lavoro cui l'AGCM è chiamata a far fronte, si potrebbe pensare, almeno con riferimento al mercato degli appalti, ad una operazione di decentramento a livello regionale dell'unica sede dell'AGCM, al pari di quanto effettuato con successo dal legislatore del '94 tramite il decentramento della Corte dei Conti (legge 14/1/94 n. 19). Al fine di intensificare un più fluido scambio di informazioni con le stazioni appaltanti, rafforzare la sua azione di controllo e la sua presenza sul territorio, si potrebbe proporre, pertanto, una riforma in tal senso, attraverso l'istituzione di sezioni regionali dell'AGCM, estendendo così all'intero territorio nazionale il modello già utilizzato dal legislatore nel caso della Corte dei Conti nel '94.

Altro strumento che, a parere dello scrivente, potrebbe favorire in via preventiva la tutela della concorrenza potrebbe consistere nell'istituzione giuridica della figura di un "supervisore", ricoperta da un funzionario AGCM, di elevata competenza professionale, il quale prenda parte alle procedure di aggiudicazione come osservatore imparziale delle dinamiche concorrenziali all'interno della singola gara, e che al tempo stesso, oltre a fornire un servizio di "consulenza sul campo", venga altresì dotato di un duplice potere di segnalazione/informativa, alla commissione aggiudicatrice e alla AGCM stessa. Ciò in linea teorica dovrebbe contribuire anche al processo di professionalizzazione del personale delle stazioni appaltanti, che potrebbe

giovarsi dell'esperienza e competenze dei funzionari AGCM nell'ottica di una futura autosufficienza delle stesse, e al tempo stesso accrescere la capacità dell'Authority di avviare accertamenti *ex officio* così da scoraggiare quegli operatori intenzionati a finalizzare accordi collusivi.

Il rafforzamento della presenza dell'AGCM sul territorio consentirebbe inoltre, indirettamente, di raggiungere in modo più ampio gli obiettivi di una gestione più efficiente del denaro pubblico e di qualità dei servizi pubblici, scoraggiando e arrestando le potenzialità dannose che la collusione tra imprese può causare nel perseguimento di tali risultati. Sarebbe inoltre utile riflettere sull'opportunità circa la previsione di una forma di intervento preventivo da parte dell'AGCM, già al momento della gara. Date le peculiari caratteristiche del mercato degli appalti pubblici (diviso nei momenti della gara e dell'esecuzione dell'appalto), gli effetti maggiormente dannosi dei fenomeni collusivi si presentano in una fase antecedente rispetto alla produzione e allocazione sul mercato di beni e servizi, ovvero, nella fase della gara. È proprio questo il momento in cui si esprime la massima capacità dei partecipanti di poter competere tra loro, e allo stesso tempo, quello in cui gli operatori possono già arrecare un danno alla concorrenza.

Si segnala inoltre come l'AGCM consideri la maggior parte delle pratiche collusive in tale settore, e più nello specifico le pratiche di *bid rigging* (manipolazione delle offerte,

spartizione del mercato) come *hard core restriction*, ovvero anticoncorrenziali per il loro oggetto, e quindi dotate di intrinseca potenzialità dannosa nell' incidere negativamente sulla concorrenza; per tali ragioni al fine dell'accertamento di queste pratiche l'AGCM non è tenuta a dimostrare il loro effetto dannoso sul mercato³⁷.

Sulla base di tali premesse sarebbe quindi giustificabile, in presenza di quei tipici segnali di possibile collusione, anticipare l'intervento dell'AGCM per arrestare tali condotte già al momento della gara. Anche la stessa Autorità, peraltro, nella Segnalazione del 2021, ha proposto un rafforzamento dei suoi poteri: *"Per poter consentire un più efficace e tempestivo intervento nell'applicazione degli articoli 2 e 3 della legge numero 287 del 1990 e degli articoli 101 e 102 del TFUE (anche nell' ambito di indagini conoscitive), oltre che nel controllo delle operazioni di concentrazione, l'autorità ritiene opportuno un rafforzamento dei suoi poteri di acquisizione di informazioni e documenti anche al di fuori dei procedimenti istruttori, prevedendo la possibilità di irrogare sanzioni amministrative in caso di rifiuto o ritardo nel fornire le informazioni o documenti richiesti o in presenza di informazioni ingannevoli od omissive."*³⁸

³⁷ Anche il Consiglio di Stato in tal senso: *"La probabilità di effetti negativi è talmente alta da rendere inutile la dimostrazione degli effetti concreti sul mercato"*(Cons. St. Sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947).

³⁸ Segnalazione AGCM per la legge annuale sulla concorrenza e il mercato 23/03/2021 sezione VII "poteri dell' Autorità"

Ciò, sempre in linea teorica, potrebbe inoltre contribuire a rafforzare l'effetto "deterrente" nei confronti degli operatori economici, i quali sarebbero di certo più scoraggiati nell' adottare condotte anticoncorrenziali.

Anche il tema delle asimmetrie informative merita una breve analisi. Come già preannunciato, attualmente sono ancora poche le istruttorie avviate d'ufficio in tale settore da parte dell'AGCM e spesso uno dei problemi alla base è costituito proprio dalla difficoltà di reperire le informazioni fondamentali, ostacolo che, come indicato dalla Comunicazione, può essere superato con la creazione di banche dati comuni e una gestione più efficiente delle informazioni detenute dalle stazioni appaltanti.

A tal fine la Commissione ha sollecitato gli Stati membri a permettere alle Autorità Nazionali della concorrenza di accedere alle banche dati sugli appalti ed a creare una banca dati nazionale per i casi di esclusione, introducendo l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di informare le rispettive autorità della concorrenza dei casi in cui venga escluso un operatore economico per presunta collusione.

Tutt'oggi permane per l' AGCM il problema della indisponibilità di banche dati esaustive sia sul piano quantitativo che qualitativo.

In verità, i dati raccolti dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici e dall'Osservatorio dei contratti pubblici, denominato anche come Casellario ANAC³⁹, non sono gestiti in un'ottica anticollusiva, bensì solo, in un'ottica anticorruptiva, più che altro utile alle funzioni dell'ANAC. Da un lato quindi sarebbe necessario superare la difficoltà dell'AGCM di reperire tempestivamente le informazioni necessarie introducendo l'obbligo di creazione di una grande banca dati nazionale, dall'altro sarebbe opportuno ed utile introdurre un sistema di gestione e di trattamento dei dati attraverso la creazione e l'impiego di appropriati algoritmi, i quali potrebbero far emergere informazioni che possono rivelarsi essenziali ai fini dell'accertamento collusivo, ma anche in grado di rilevare anomalie già in sede di gara, come ad esempio, offerte a "scacchiera", particolari sequenze nelle aggiudicazioni, utilizzi anomali di ATI o subappalti. Considerando il fenomeno delle pratiche concordate, che si realizzano attraverso contatti più o meno costanti⁴⁰ al fine di determinare un comportamento condiviso sul mercato (e quindi un parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali), è evidente l'importanza di conoscere nominativi

³⁹ Il Casellario Anac, previsto dall'art. 213 co.10 del Codice Appalti, è stato disciplinato con Regolamento per la gestione del Casellario informatico dei contratti pubblici del 2/10/2019 mod. il 29/07/2020 e prevede tre sezioni di accesso: per gli operatori economici (sezione A), per le stazioni appaltanti e le S.O.A.(sezione B) e per uso esclusivo dell'Autorità anticorruzione (sezione C).

⁴⁰ Ovvero "la sussistenza di una serie di contatti e di scambi di informazioni fra le imprese concorrenti circa le proprie iniziative e strategie di mercato, nonché la condivisione di valutazioni che in un mercato concorrenziale ogni impresa terrebbe per sé" Consiglio di Stato sent. 8581 del 19/12/2019.

ed importi offerti dalle imprese aggiudicatarie e non, al fine di consentire l'emersione di pratiche concordate che talvolta sfociano in veri e propri cartelli.

2. Prospettive future di riforma, DL Semplificazioni, Segnalazione AGCM, e rischi per la concorrenza.

Dall' analisi dell' attuale impianto normativo e dalle relative correzioni/integrazioni intervenute in questi ultimi anni si può osservare senza dubbio la complessità della normativa vigente, frutto di un recepimento non sempre puntuale delle direttive europee 23, 24 e 25 del 2014 dell' UE, e che ha determinato, secondo molti, un appesantimento delle procedure di gara derivante dai numerosi oneri burocratici ed economici a cui la PA e le stazioni appaltanti sono state assoggettate.

Ciò ha comportato ritardi generalizzati nel completamento di molte opere pubbliche italiane. A riprova, un esempio è costituito dal caso del Ponte Morandi, realizzato in tempi record grazie ad una deroga speciale alla disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici. Sulla scorta di tali premesse si sono orientati alcuni degli ultimi

interventi del legislatore nazionale, il quale, attraverso i decreti semplificazioni del 2018, Decreto Sblocca cantieri, e gli ultimi Decreti Semplificazioni nn. 76/2020 (conv. in L. 120/2020) e 77/2021 (conv. in L. 108/2021), ha cercato di alleggerire la normativa prevista dal Codice dei contratti pubblici al fine di ridurre i tempi di realizzazione delle opere pubbliche in Italia, incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative conseguenti l'emergenza sanitaria globale da Covid-19. Tra le novità maggiormente significative si segnalano le modifiche all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici (contratti sotto soglia), consistenti principalmente nella introduzione di tempistiche più stringenti, al fine di accelerare la conclusione delle procedure di affidamento sotto soglia, dettando un termine di 2 mesi dall'avvio della procedura in caso di affidamento diretto di lavori fino a € 150.000 e di servizi/forniture fino a € 75.000, e di 4 mesi in caso di procedura negoziata per importi superiori.

Si è inoltre ritenuto di provvedere alla riduzione dalle 4 originarie procedure previste all'articolo 36 del Codice, per gli affidamenti sotto soglia, alle sole due modalità dell'affidamento diretto "puro" (dettagli in nota⁴¹), e della procedura negoziata senza

⁴¹ per i lavori di importo inferiore a €150.000 e per i servizi e forniture di importo inferiore a €75.000.

previa pubblicazione del bando (dettagli in nota⁴²). La disposizione in esame lascia in ogni caso alle stazioni appaltanti la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie (aperta, ristretta, competitiva con negoziazione) per l'affidamento di appalti sotto soglia, laddove sia maggiore l'esigenza di assicurare il massimo confronto concorrenziale. In merito, soprattutto, a quest'ultima modifica introdotta, non possono non sorgere perplessità e criticità. L'ampliamento della possibilità delle stazioni appaltanti di ricorrere all'affidamento diretto, infatti, potrebbe comportare in caso di ricorso eccessivo a tale procedura, ad una ingiustificata limitazione della concorrenza, dando anche adito a fenomeni corruttivi. Il tema andrebbe inoltre trattato soprattutto alla luce dell'ultimo intervento normativo, con D.L. 77/2021, il quale ha previsto un ulteriore ampliamento delle soglie su indicate⁴³, e di quanto rilevato dall'ANAC, secondo la quale, nel 2019 la fascia di procedure comprese tra i 40.000 e 150.000 euro (soglie in origine previste dall' art. 36) ha rappresentato

⁴²Per l'affidamento di appalti di lavori di importo compreso fra €150 e 350 mila euro, nonché per l'affidamento di servizi e forniture di importo compreso tra €75.000 e le soglie di rilevanza UE (previa consultazione di almeno 5 operatori), o per l'affidamento di appalti di lavori di importo pari o superiore a €350.000 e inferiore a un milione di euro (previa consultazione di almeno 10 operatori), o per i lavori di importo pari o superiore a un milione di euro fino alle soglie UE (previa consultazione di almeno 15 operatori).

⁴³ è consentito il ricorso all'affidamento diretto per lavori fino a 150.000 euro (anche senza consultazione di più operatori); affidamenti diretti di servizi e forniture fino a 139.000 euro; Procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando per lavori fino a un milione di euro (con invito di almeno 5 operatori economici); per lavori con importo compreso tra un milione e 5.350.000 euro (con invito di almeno 10 operatori economici); per servizi e forniture di importo compreso tra 139.000 e 214.000 euro.

almeno il 54% del totale⁴⁴. Tali ulteriori modifiche, infatti, potrebbero comportare un serio rischio di accesso a tali procedure per le piccole e microimprese, con successivo pericolo di futura esclusione dal mercato.

Sulla base di tali considerazioni appare evidente la modalità scelta dal legislatore italiano per far fronte non solo alla situazione legata all'emergenza da Covid-19 ma anche alle problematiche emerse negli ultimi anni nel settore dei pubblici appalti.

La strada intrapresa si basa sui concetti di Semplificazione delle procedure, riduzione delle tempistiche, riduzione di tutti quegli oneri burocratici ed economici. Occorre chiedersi, però, quanto oltre ci si possa spingere nell'alterare il bilanciamento degli interessi in gioco, ovvero efficienza, economicità e buon andamento, da un lato, e proporzionalità, trasparenza e rispetto del principio di libera concorrenza, dall' altro.

E ciò soprattutto in considerazione del rapporto di funzionalità che lega tali interessi tra loro. Uno sbilanciamento eccessivo potrebbe infatti produrre conseguenze ben più gravi delle problematiche cui legislatore si prefigge di far fronte. Anche il ricorso troppo generalizzato a soluzioni di tale genere è un tema che potrebbe rivestire

⁴⁴ Testo scritto presentato dal Presidente dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica: "Si rappresenta, a tal proposito, che nel 2019 la fascia di procedure comprese fra 40.000 e 150.000 ha rappresentato il 54% del totale e che pertanto oltre la metà di esse, con la modifica normativa prevista (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76), sarebbero sottratte a un confronto concorrenziale".

importanza in futuro, soprattutto alla luce della recente proposta di riforma presentata dall'AGCM al governo Draghi nel marzo del 2021, nell'esercizio del suo potere di Segnalazione (riconosciuto alla stessa ex artt. 21 e 22 della legge n. 287/90). Tramite tale segnalazione è infatti proprio l'Autorità per la concorrenza e il mercato a suggerire, nel breve periodo e per le procedure che verranno finanziate mediante i fondi europei del Next Generation EU, una sospensione temporanea del Codice dei contratti pubblici, con contestuale applicazione delle Direttive europee del 2014, con le opportune integrazioni laddove non fossero self-executing.

Senza dubbio la proposta di riforma presentata dall' AGCM è coraggiosa e degna di notevole interesse. Sono indubbi i vantaggi che ne deriverebbero in termini di riduzione degli oneri economici e burocratici in capo alle stazioni appaltanti e alle imprese, e la riduzione delle tempistiche delle talvolta troppo lunghe procedure di gara. Non può non segnalarsi, però, come le direttive del 2014 trattino alcune tematiche in modo meno severo e rigoroso rispetto a quanto previsto dal nostro codice dei contratti pubblici; un esempio potrebbe essere dato dai casi di esclusione previsti all'articolo 80, il quale indica un maggior numero di cause tassative di esclusione (automatica) rispetto a quanto previsto dalle direttive.

Tra le proposte di riforma nel medio periodo, e sempre "al fine di semplificare le regole e favorire così il rapido dispiegamento degli investimenti pubblici", l'AGCM

segnala l'opportunità di procedere ad una revisione delle procedure implementando il ruolo dell'autocertificazione e l'intensificazione dei controlli ex post anziché ex ante.

Chiaramente questo strumento rappresenta la possibilità per le stazioni appaltanti di ridurre ampiamente oneri e tempistiche relative alle procedure di selezione degli offerenti. I rischi dello strumento della autocertificazione sono già emersi però in questo periodo di emergenza pandemica, in cui l'urgenza da parte dello Stato di acquistare materiali sanitari, quali ad esempio mascherine e altri dispositivi sanitari, ha portato alcune procedure di forniture di tali beni ad esiti alquanto insoliti e discutibili. Un esempio tra tutti è dato dal caso "Biocrea".

3. Il Caso "Biocrea"

In tale vicenda l'impresa Biocrea a seguito di gara d'appalto per la fornitura di mascherine chirurgiche risultava aggiudicataria di un lotto di 24 milioni di pezzi per un valore pari a 15,8 milioni di euro. Data l'urgenza della Consip, l'impresa in questione, come le altre, venne selezionata sulla base di autocertificazione e documentazione proveniente dalla stessa "Biocrea". Solo in seguito le autorità, a causa dei ritardi nell'arrivo della fornitura (mai esistita), si resero conto che la Biocrea non sarebbe stata in possesso di alcun tipo di requisito minimo di partecipazione alla gara; tanto è che essendo registrata come impresa agricola aveva un oggetto sociale totalmente

estraneo rispetto alla natura della prestazione oggetto d'appalto. Inoltre è stato riscontrato che la società presentava uno stato di inattività per assenza di strutture, dipendenti e capitali, che la rendevano inidonea a far fronte alle obbligazioni nascenti dal contratto di cui era risultata aggiudicataria. All' esito di ulteriori indagini, inoltre, si è avuto modo di constatare che l'imprenditore, cui l'impresa era intestata, era in realtà un semplice prestanome, dietro al quale vi sarebbe stato un personaggio peraltro noto alle Autorità per diversi illeciti tributari. In merito alla vicenda la Procura di Roma ha formalizzato le accuse di turbativa d' asta e inadempimento di contratti di pubbliche forniture.

4. Conclusioni

- Nel ripercorrere le modifiche intervenute nel quadro normativo relativo alla disciplina degli appalti pubblici risulta ad oggi sicuramente evidente il sempre maggiore peso assunto dal tema della tutela della concorrenza nel settore in esame. Difatti, notevole è stato il percorso evolutivo rispetto al panorama normativo iniziale, in cui la disciplina dei contratti pubblici trovava collocazione nella Legge sulla Contabilità di Stato ed in essa la concorrenza riceveva una tutela solo indiretta e funzionale al raggiungimento della maggior efficienza (di spesa) della Pubblica Amministrazione. A tale processo ha

senz' altro dato particolare impulso e contributo la giurisprudenza penale, la quale elaborò una casistica delle condotte penalmente rilevanti nell' ambito di fattispecie penali dedicate alla repressione di dati reati contro la pubblica amministrazione (artt. 353; 353-bis; 354 c.p.). Lo sviluppo della tutela penale della concorrenza favorì l'insorgere dell'esigenza per il legislatore di dotarsi di una disciplina organica sulla concorrenza con la legge 287/90. In particolare l'importanza del tema della concorrenza nella disciplina degli appalti pubblici è andata via via crescendo, e prova ne è che nel corso di un decennio siano stati emanati ben due codici sulla disciplina degli appalti, nei quali il principio cardine della concorrenza è stato posto alla base di diversi istituti giuridici tra cui anche taluni strumenti di lotta alla collusione, come ad es. il meccanismo della rotazione, il quale tenderà ad acquistare una significativa rilevanza soprattutto a seguito degli ultimi D.L. Semplificazione nn. 76 e 77.

- Gli interventi dell' AGCM nel settore degli appalti pubblici, soprattutto grazie al Vademecum del 2013, hanno assolto un ruolo fondamentale nel processo di sensibilizzazione delle Amministrazioni sul tema della concorrenza, fornendo alle stesse gli strumenti e le conoscenze necessarie per riconoscere condotte collusive ed intervenire mediante segnalazione all' Autorità. Anche la Commissione Europea, inoltre, attraverso la Comunicazione del 2021, ha

suggerito di continuare sulla strada, già indicata dall' AGCM, della professionalizzazione delle stazioni appaltanti e della formazione dei loro funzionari, nel riconoscimento dei segnali tipici di collusione, indicando allo stesso tempo alcune di quelle situazioni critiche e da prevenire, che spesso facilitano la capacità degli operatori di poter colludere.

- Tali ultimi interventi, che di certo hanno contribuito nella lotta al fenomeno della collusione, necessiterebbero però ancora di una spinta ulteriore, che potrebbe passare, ad esempio, per un rafforzamento dei poteri dell' AGCM e una implementazione della presenza dell' Authority sul territorio, al fine di sterilizzare le eventuali condotte collusive già al momento delle procedure di gara. Ciò verrebbe così ad integrare e a sovrapporsi all' unico e attuale tipo di intervento diretto di cui l' Autorità dispone, rappresentato dal potere di condurre istruttorie nei confronti degli operatori economici, affiancando così all' impianto attuale anche un intervento di tipo preventivo con cui sanzionare gli operatori economici già nelle procedure di gara e scoraggiarli dall' adottare condotte anticompetitive che si tramuterebbero altrimenti in un danno economico per l' amministrazione, per le singole imprese partecipanti e infine per la stessa collettività, che non beneficerebbe di opere e servizi pubblici di qualità.

- Di recente si sta assistendo ad un generalizzato processo definito di “semplificazione” della disciplina dei contratti pubblici; quest'ultimo, secondo il legislatore, dovrebbe intervenire riducendo i tempi e gli oneri amministrativi e burocratici in capo alle stazioni appaltanti e alle imprese, considerati come le cause principali della lentezza delle procedure di gara e dell’ esecuzione delle opere pubbliche in Italia. Tale concetto (di semplificazione) sembrerebbe però essere stato portato ai suoi estremi; e ciò si può notare ad esempio dagli interventi degli ultimi decreti semplificazione numero 76 e 77 e dalle proposte di riforma presentate dall' AGCM stessa nella segnalazione del 2021 per la legge annuale per la concorrenza e il mercato. Questi ultimi interventi, di fatto, pur mirando a raggiungere gli obiettivi auspicati, potrebbero compromettere i livelli attuali di concorrenza sul mercato degli appalti pubblici, riducendo soprattutto la capacità delle piccole e medie imprese di poter accedere alle future procedure di gara, con conseguente estromissione dal mercato, concentrando così i fondi del PNRR principalmente nelle "mani" di poche e grandi imprese. La riduzione della platea dei possibili partecipanti, inoltre, non stimolerebbe la competizione tra imprese portando bensì a maggiori fenomeni collusivi e corruttivi, impattando in una situazione economica già difficile per il Paese e per le imprese italiane, a causa delle

restrizioni subite per via della emergenza sanitaria da Covid-19 e dagli ultimi elevati rincari dei prezzi di gas ed elettricità.

Le tempistiche richieste per accedere ai fondi stanziati e soddisfare i requisiti previsti dall' UE potrebbero, ed in parte hanno già orientato il nostro legislatore a scegliere la strada più breve della semplificazione. Tale strategia potrebbe causare però una pericolosa alterazione degli equilibri degli interessi in gioco, con un contestuale sacrificio in termini di concorrenza.

Ci si chiede in conclusione se questa possa rappresentare la giusta strada da percorrere soprattutto tenendo in considerazione quelle che sono le tipiche criticità del nostro Paese. A prescindere da come il governo Draghi deciderà di prendere in considerazione le proposte di riforma dell'AGCM, si potrebbe pensare in previsione di future situazioni di emergenza, di delineare una disciplina dei contratti pubblici più snella da applicare solo in casi d' emergenza (magari sulla base dell'esperienza maturata in questi ultimi 2 anni di pandemia). Questo consentirebbe di evitare una paralisi totale del paese nel periodo più critico e limitare gli impatti negativi nel periodo di ripresa post-emergenziale.

Si vuole infine concludere questa trattazione con alcune osservazioni presentate nella Segnalazione AGCM 2021 ai fini della Legge annuale per la Concorrenza e il

Mercato: *“Anche l’applicazione rigorosa della disciplina Antitrust – nella consapevolezza delle difficoltà cui sono sottoposte le imprese durante la crisi – costituisce un fattore prezioso per garantire una più rapida e solida ripresa. La concorrenza infatti promuove la produttività e la creazione di posti di lavoro: induce le imprese ad essere più produttive e innovative; favorisce una migliore allocazione delle risorse tra le attività economiche; consente alle imprese più innovative di entrare nel mercato; molte delle misure per contrastare la crisi rischiano di essere meno efficaci, a fronte di mercati scarsamente competitivi.”*

INDICE BIBLIOGRAFICO

CASSANO Chiara "Anticorruzione e concorrenza negli appalti pubblici", in riv. online *Amministrazione in cammino* del 24/8/2020.

CATRICALA' Antonio, CAZZATO Carlo Edoardo e FIMMANO' Francesco, Testo "Diritto Antitrust" ed. Giuffrè Francis Lefebvre 2021

CIMMARUSTI I. "Consip, turbativa d'asta nella fornitura di 24 milioni di mascherine" in *Sole 24 ore* del 8/4/2020.

CLARICH Marcello "Manuale di Diritto Amministrativo", ed. Il Mulino 2019

CLARICH Marcello "Contratti pubblici e concorrenza" in *Astrid Rassegna* n. 19/2015.

CORRADINO Michele e Saverio STICCHI DAMIANI, Testo "I nuovi appalti pubblici" ed. GIUFFRÈ Francis Lefebvre 2021.

D'ARCHIVIO Evarita "Contratti pubblici e semplificazioni: affidamenti diretti, rotazione, subappalto e PNRR" in riv. online *Appalti*, pubblicazione dell' 8/11/2021.

DELFINO G. "La libera concorrenza sotto soglia dopo le semplificazioni" in riv. online *lavoripubblici.it* 8/6/2021.

DE LUCA Giuseppe "Art.80 Codice appalti: motivi di esclusione dalle gare d'appalto" in riv. online *BibLus* 1/12/2021.

FACONDINI Laura "I contratti pubblici e la tutela della concorrenza" in riv. online *diritto.it* del 5/6/2020.

FRAINO Alessia "La turbata libertà del procedimento di scelta del contraente" in riv. online *diritto.it* 30/4/2019.

GHEZZI Federico e Gustavo OLIVIERI, Testo "Diritto Antitrust" ed. Giappichelli seconda edizione 2019.

GIANI Riccardo "Il principio di rotazione nell' aggiudicazione degli appalti pubblici" in riv. online *lavoripubblici.it* del 12/10/2019.

MANTI C. e C. EMMANUELLO "L'illecito antitrust come causa di esclusione dell'operatore economico dalle gare pubbliche" in riv. online *Magazzino legale* del 10/6/2021.

MASSARI Alessandro "Gli appalti pubblici e le proposte di riforma della AGCM" in rivista *Appalti & Contratti*, editoriale aprile 2021

MATTERA Gregorio "I contorni del nuovo subappalto senza limiti", pubblicazione online *Altalex* del 27 dicembre 2021

MERLONI prof. Francesco in Documento Anac presentato in occasione della audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 31 luglio 2020

NAPOLITANO Andrea "Appalti pubblici e concorrenza" in pubblicazione online *Salvis Juribus* del 3/11/2016.

RITOSSA G. "Le cause di esclusione nel codice degli appalti pubblici" in rivista online *filodiritto* del 10 marzo 2021

ELENCO DEI DOCUMENTI CITATI

Accertamento AGCM I792 “Gare ossigenoterapia e ventiloterapia”
Provvedimento 26316 del 21/12/2016 in Boll. N. 2 del 2017.

Accertamento AGCM I821 - “Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata”
Prov. n. 27993 del 12/11/2019

Accertamento AGCM A519 “Affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario nel Veneto” Provvedimento n. 27878 del 31/07/2019

Accertamento AGCM A516 “Gara affidamento servizi TPL Bolzano”
Provvedimento n. 27635 del 10/04/2019.

Appalti e cause di esclusione : le nuove linee guida ANAC in riv. online
lavoripubblici.it

Comunicazione della Commissione Europea n. 91 pubblicata il 18 marzo
2021 in Gazzetta ufficiale dell’ Unione europea C 91/1.

Linee Guida ANAC n. 4 adottate con delibera 206/2006.

Linee Guida ANAC n. 6 adottate con delibera n. 1293 del 16/11/ 2016.

PARERE AGCM 23 febbraio 2003 n. AS251.

PARERE AGCM n. AS1474 del 13/02/2018 pubblicato sul bollettino n. 6 del 19 febbraio 2018.

PARERE AGCM S3211/2018.

PARERE del Consiglio di Stato numero 782/2017.

PARERE del Consiglio di Stato n. 2616 del 13/11/18.

Regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui alla delibera n. 861 del 2/10/2019, modificato il 29/7/2020.

Richiesta di parere AGCM in bollettino n. 51, 23 dicembre 2019.

SEGNALAZIONE AGCM 2021 per la legge annuale per la concorrenza e il mercato.

VADEMECUM AGCM per le stazioni appaltanti volto alla individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici, adottato il 18 settembre 2013.

