

APPALTI PUBBLICI E ANTITRUST

1. Introduzione. Le procedure di scelta del contraente dalla “logica contabilistica” alla tutela della concorrenza.

Già alla fine dell'Ottocento le leggi di diversi Paesi d'Europa prevedevano speciali procedure per l'aggiudicazione di contratti pubblici basate sulla competizione tra offerte.

La competizione serviva essenzialmente per soddisfare l'interesse pubblico dell'amministrazione appaltante: un interesse finanziario, contabile, a individuare il contraente che assicurasse il minore o migliore impiego del denaro pubblico.

Negli ultimi tre o quattro decenni, per virtù del diritto comunitario, le cose sono cambiate radicalmente. Si sono accentuate le garanzie a favore del confronto competitivo fra le imprese che aspirano al contratto pubblico e tale confronto è finalizzato anzitutto a garantire la libera circolazione dei beni e dei servizi nel mercato europeo e il rispetto, in quell'ambito, del principio di libera concorrenza.

Soprattutto con le più recenti direttive comunitarie - la 17 e la 18 del 2004 - e con l'apporto giurisprudenziale dei giudici comunitari successivo al Trattato di Maastricht, il rilievo della libera circolazione e della concorrenza nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici è divenuto centrale.

Il fine essenziale della procedura “ad evidenza pubblica” è il rispetto della concorrenza effettiva tra imprese in Europa: il raggiungimento di questo fine consente di perseguire ancor meglio di prima l'interesse proprio dell'amministrazione, quello tradizionale di natura finanziaria o contabile. La concorrenza effettiva a livello europeo, infatti, consente di contenere adeguatamente i prezzi dei contratti a carico delle amministrazioni pubbliche e di aumentare la qualità e l'innovatività delle prestazioni offerte dalle imprese.

La trasformazione è avvenuta per ragioni diverse, giuridiche ed economiche. Sul piano giuridico, la libera concorrenza, da “politica” della Comunità europea, è

divenuta vero e proprio “principio” generale dell’ordinamento comunitario che incide in modo vincolante sui sistemi giuridici degli Stati membri: l’art. 4 del Trattato istitutivo della Comunità prevede che le politiche economiche e le regolazioni giuridiche della Comunità e dei suoi Stati debbano “conformarsi” al “principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza”.

Sul piano economico, è stato accertato che il valore dei contratti pubblici ammonta in media a circa il 15% del PIL a livello mondiale e raggiunge quasi il 20% nei Paesi aderenti all’OCSE (così OECD, *Public Procurement 2007*, DAF/COMP(2007)34, 8 January 2008): trattandosi di una fetta così rilevante della spesa pubblica dei vari Paesi, è indispensabile garantire una concorrenza effettiva a livello europeo per promuovere l’efficienza, il contenimento dei costi e l’innovazione. Vanno abbandonate le resistenti logiche protezionistiche, le quali hanno avvantaggiato nel breve termine le industrie nazionali, producendo nel più lungo periodo pregiudizi notevoli per gli equilibri economici complessivi dei vari Paesi. Può ricordarsi che venti anni fa era assai modesta la quota dei contratti aggiudicata a imprese di Stati membri diversi da quello cui apparteneva la stazione appaltante (si veda sul punto: Commissione, *The European Challenge 1992. The Benefits of a Single Market*, 1988).

La trasformazione comporta un’estensione e un rafforzamento dei rimedi a favore delle imprese che aspirano al contratto. Vi sono diversi profili delle procedure di aggiudicazione che sono oggetto di controllo: il rispetto della legalità in base ai principi del diritto amministrativo (violazione di legge, eccesso di potere, inosservanza della proporzionalità ecc.); il rispetto delle regole di settore dettate dalle direttive comunitarie e dalle norme nazionali di recezione in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi (trasparenza, forme di pubblicità ecc.); il rispetto del principio e delle regole di libera concorrenza in base alla normativa antitrust.

E la relativa tutela per le imprese è assicurata dal giudice amministrativo, dall’Autorità di regolazione di settore (l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici –

AVCP), e dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Passiamo ora ad esaminare il ruolo affidato a quest’ultima, che è chiamata ad attuare la disciplina antitrust anche nei mercati degli appalti pubblici.

2. Il ruolo dell’AGCM in materia di appalti.

La legge italiana sull’antitrust (la 287 del 1990) ha colto l’importanza particolare che riveste la concorrenza nel settore dei contratti pubblici. L’art. 24 ha previsto un apposito rapporto dell’AGCM circa le azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza la normativa relativa, tra l’altro, al settore degli appalti pubblici. Puntualmente l’AGCM ha adottato il richiesto rapporto, nel luglio del 1992, sottolineando la necessità che la nostra normazione si adattasse maggiormente alle direttive comunitarie, già a quel tempo avviate verso il riconoscimento di una maggiore concorrenza tra imprese in ambito europeo.

Da allora, l’AGCM offre alle imprese due tipi principali di rimedi nei casi in cui la concorrenza sia ostacolata o impedita nelle procedure di appalto pubblico. Il primo tipo di rimedio è nei confronti delle stazioni appaltanti, affinché adottino bandi idonei a favorire e a non ostacolare la concorrenza effettiva tra imprese: dunque, una tutela nei confronti dei poteri pubblici o soggetti equiparati. Il secondo tipo di rimedio è nei confronti delle imprese che, utilizzando il loro potere di mercato, concludano accordi tra loro o pongano in essere pratiche concordate per stabilire insieme offerte o per ripartire lotti messi a gara: dunque, una tutela nei confronti, potremmo dire, del potere privato di mercato. I due tipi di tutela vanno analizzati separatamente.

2.1. La tutela verso i poteri pubblici

L’AGCM, in base agli artt. 21 e 22 della legge 287/1990, può esprimere pareri o inviare segnalazioni al Parlamento, al Governo, alle pubbliche amministrazioni quando atti normativi o provvedimenti amministrativi generali - o anche iniziative

legislative o regolamentari - determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato. Si tratta, dunque, di un potere consultivo e di raccomandazione: è quel che si definisce come “*competition advocacy*”, la promozione della concorrenza presso politici e amministratori.

Applicando tali norme, l’AGCM ha raccomandato alle stazioni appaltanti l’adozione di bandi di gara che siano pro-competitivi. Le principali segnalazioni dell’AGCM hanno riguardato, in primo luogo, l’oggetto della gara, al fine di non ricomprendervi attività diverse che, prese singolarmente, esplicano una funzione economica o tecnica e che quindi possono da sole costituire oggetto di gara; e al fine di non frazionare l’oggetto in singoli lotti per eludere la disciplina comunitaria sugli appalti pubblici, se ciò comporta che alcuni di essi siano sprovvisti di una propria funzione economica o tecnica.

L’AGCM, inoltre, ha raccomandato di non subordinare la partecipazione alle gare al raggiungimento di un livello di fatturato sproporzionato rispetto all'ammontare della prestazione oggetto della gara oppure al raggiungimento di un fatturato calcolato sul solo mercato geografico di riferimento; e ha raccomandato di evitare nei bandi le prescrizioni che abbiano l'effetto di favorire nell’aggiudicazione alcuni operatori a scapito di altri e che non siano correlate alle effettive capacità tecniche dei soggetti partecipanti, quali i riferimenti a determinati marchi di prodotti o l'obbligo per le imprese partecipanti di avere già svolto per l'amministrazione attività analoghe a quelle oggetto della gara.

L’AGCM, ancora, ha segnalato che il raggruppamento temporaneo d'impresa (“RTI”) nasce per una finalità pro-competitiva, perché consente di partecipare alle gare ad imprese che da sole non ne avrebbero i requisiti. Può, tuttavia, ridurre la concorrenza se si associano due o più imprese che potrebbero ciascuna partecipare autonomamente: in tal caso, infatti, si crea una collaborazione fra imprese concorrenti e i bandi possono legittimamente vietare una simile ipotesi (si vedano sul punto: AGCM, Segnalazione 28 settembre 1999, AS 187, *Bandi di gara in materia di*

appalti pubblici, in *Boll.*, n. 48/1999; e AGCM, Segnalazione 30 gennaio 2003, AS 251, *Bandi predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici – CONSIP S.p.A.*, in *Boll.*, n. 5/2003).

Queste raccomandazioni sono state più volte seguite dalle stazioni appaltanti (si veda il caso della CONSIP). Ne è risultato un allargamento del mercato delle gare e un potenziamento delle garanzie per le imprese “nuove entranti”.

In questi casi è chiaro che le imprese possono indicare all’AGCM le ipotesi in cui norme di legge o di regolamento, o bandi determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato non giustificate da esigenze di interesse generale. Anche ipotesi di particolare complessità, come quelle relative a norme o atti generali che limitino la concorrenza tramite il meccanismo del *general contractor*, possono dar luogo a segnalazioni antitrust su indicazione delle imprese pregiudicate.

Si è recentemente aggiunto un altro possibile rimedio nei confronti delle stazioni appaltanti. L’AGCM può rilasciare pareri nei casi di richiesta, da parte di enti locali, di deroga alla gara per l’affidamento di servizi pubblici locali “per situazioni che a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato” (art. 23-*bis* d.-l. 122/2008, convertito in l. 133/2008).

Ebbene, è da ritenere che le imprese interessate al mantenimento della gara possano intervenire nel procedimento di rilascio del parere dell’AGCM, segnalando le ragioni che renderebbero la deroga alla gara ingiustificata.

Avrebbe forte rilevanza pratica, ma appare problematica, la legittimazione dell’AGCM ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo bandi distorsivi della concorrenza, su sollecitazione delle imprese.

2.2. La tutela verso il potere di mercato di altre imprese.

Un'impresa che si ritiene lesa dal comportamento anticoncorrenziale di altre imprese può denunciare il caso all'AGCM, che può aprire un procedimento per intesa restrittiva o abuso di posizione dominante. In tali casi, i poteri dell'AGCM si concretano nell'adozione di misure cautelari, nell'accertamento dell'illecito, nella diffida ad eliminare le infrazioni e nella sanzione pecuniaria nei casi di illeciti gravi (artt. 14-15 l. 287/1990).

Va sottolineato che l'AGCM si è più volte occupata di gare pubbliche per accertare comportamenti illeciti delle imprese partecipanti. E ha censurato come intese restrittive della concorrenza le condotte d'impresa finalizzate alla predeterminazione congiunta dei prezzi offerti o alla ripartizione dei lotti messi a gara (si veda, fra l'altro, AGCM, provvedimento 13 giugno 2002, n. 10831, *Pellegrini/CONSIP*, I 463, in *Boll.*, n. 24/2002).

La giurisprudenza dei giudici amministrativi ha contribuito a potenziare l'apertura dei mercati nazionali degli appalti e a garantire la massima partecipazione delle imprese degli Stati membri della Comunità alle procedure di selezione a parità di condizioni, talora richiamando anche l'operato dell'AGCM. Significative, fra le altre, le pronunce sui RTI limitativi della concorrenza e sull'illegittimità dei criteri di aggiudicazione che privilegiano le imprese di maggiori dimensioni o gli operatori che si avvalgono di tali imprese (sui RTI si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, n. 1267/2006, che richiama le segnalazioni dell'AGCM, pur concludendo con una diversa impostazione; sui criteri di aggiudicazione: Cons. Stato, Sez. V, n. 1446/2006).

L'esito di tutto ciò è che gli strumenti di tutela per le imprese che rischiano discriminazioni anti-concorrenziali si sono rafforzati, non soltanto nei confronti degli atti delle stazioni appaltanti, soprattutto con il presidio del giudice amministrativo e dell'Autorità di regolazione del settore, ma anche, specialmente grazie all'operato

dell'AGCM, riguardo ai comportamenti delle altre imprese che restringono illecitamente la libera concorrenza.

Le norme del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 163/2006 e successive modificazioni) vanno ora interpretate e applicate in questa luce. Ci si limita qui ad alcune esemplificazioni, che riguardano i RTI, l'avvalimento e il dialogo competitivo.

L'aggregazione in RTI - ora disciplinata dall'art. 37 del codice - risponde, come si è detto, ad una *ratio* pro-concorrenziale: imprese che da sole non hanno i requisiti per partecipare alla gara possono associarsi. Il RTI, tuttavia, può alterare la libera concorrenza se si associano imprese ciascuna delle quali potrebbe partecipare individualmente alla gara: in tal caso, infatti, imprese tra loro pienamente concorrenti scelgono di collaborare. La conseguenza è che i bandi, come ha precisato l'AGCM nelle segnalazioni sopra menzionate, possono limitare l'impiego di RTI da parte di imprese che potrebbero partecipare individualmente alla gara; inoltre, il RTI come tale non è illecito, ma se s'inserisce in un contesto di collusione sul modo di presentare le offerte di prezzo in gara o su eventuali ripartizioni dei lotti e la collusione coinvolge anche imprese esterne al singolo RTI, l'AGCM, d'ufficio o su denuncia delle altre imprese, può avviare un'istruttoria per intesa restrittiva della concorrenza (si veda AGCM, provvedimento 20 febbraio 2003, n. 11726, I 474, *Aziende di trasporto pubblico locale – Petrolieri*, in *Boll.*, n. 8/2003).

L'avvalimento - regolato all'art. 49 del codice - ha anch'esso una finalità pro-competitiva, perché consente ad un'impresa sfornita dei requisiti di partecipazione di prender parte alla gara avvalendosi dei requisiti di un'impresa ausiliaria. Lo ha chiarito la giurisprudenza comunitaria interpretando la direttiva 92/50/CEE, che già conteneva *in nuce* i tratti sostanziali dell'avvalimento: *“i potenziali candidati per un appalto non possono essere esclusi per il fatto di non poter disporre di tutte le competenze necessarie all'esecuzione di un appalto. Un siffatto divieto potrebbe determinare, soprattutto per gli appalti di grandi dimensioni e tecnicamente*

complessi, una forte riduzione della cerchia dei candidati ed avrebbe pertanto l'effetto di frustrare l'obiettivo perseguito dalla direttiva 92/50" (così Corte giust. CE, sentenza 18 marzo 2004, C-314/01, *Siemens AG e Arge Telekom*).

Anche nel caso dell'avvalimento, però, possono verificarsi vicende che restringono la concorrenza: la cooperazione che si instaura fra impresa avvalente e impresa ausiliaria potrebbe dar luogo a un coordinamento anti-competitivo, con effetti che trascendono la singola gara. L'AGCM potrebbe censurare simili condotte come intese restrittive illecite. Il rischio di coordinamenti anti-competitivi si accentua a seguito dell'intervenuta modifica dell'art. 49, comma 10, del codice, che impediva all'impresa ausiliaria di assumere il ruolo di appaltatore o subappaltatore: ora l'impresa ausiliaria *"può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati"* (norma introdotta dal decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6). Divengono così più rilevanti i nessi fra impresa ausiliata e impresa ausiliaria.

Il «dialogo competitivo», novità contenuta nelle recenti direttive comunitarie, è *"una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare"* (art. 3, comma 39, del codice).

Nella fase del dialogo le stazioni appaltanti possono discutere con i candidati ammessi tutti i profili dell'appalto. Si tratta, dunque, di una procedura basata su aspetti di negoziato e di collaborazione fra "pubblico" e "privato": ma il "dialogo" deve essere "competitivo" (si vedano in proposito: M. CLARICH, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, in AA.VV., *Il dialogo competitivo ed i possibili riflessi sul partenariato pubblico-privato*, 2006; e C. CONTESSA, N. DE SALVO, *La procedura del dialogo competitivo fra partenariato pubblico-privato e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2006). Per

questo le norme pongono obblighi precisi in capo alle stazioni appaltanti, ad evitare discriminazioni restrittive della libera concorrenza: *“Durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti, in particolare non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri. Le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo”* (art. 58, commi 7 e 8). E infine: *“le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza”* (art. 58, comma 17).

Le violazioni di questi obblighi da parte delle stazioni appaltanti possono farsi valere dinanzi al giudice amministrativo. Eventuali collusioni fra imprese potrebbero rilevare come illeciti antitrust censurabili e sanzionabili dall'AGCM. Si ampliano, anche in questo caso, i rimedi a favore delle imprese interessate ad una concorrenza effettiva.

3. Rimedi *de iure condendo*.

La legge sulla concorrenza potrebbe essere utilmente integrata per prevedere ulteriori rimedi dei due tipi suindicati, nei confronti delle stazioni appaltanti e delle imprese.

3.1. Nei confronti delle stazioni appaltanti.

I poteri dell'AGCM potrebbero essere rafforzati per quel che riguarda il suo intervento in relazione alle misure anti-concorrenziali previste nei bandi. Tale intervento, come si è visto, è per ora soltanto di tipo consultivo e può dar luogo a raccomandazioni, persuasive e incidenti, ma non cogenti. Occorrerebbe passare a misure che consistano in veri e propri provvedimenti amministrativi.

Ciò in ragione del fatto che il bando è, come ha chiarito soprattutto la letteratura economica, l'atto che condiziona maggiormente la concorrenza effettiva, ed è appropriato porlo sotto il controllo penetrante e decisorio dell'AGCM, l'autorità dotata dell'*expertise* specifica in materia. Si potrebbe prevedere nella legge sulla concorrenza un ordine dell'AGCM alla stazione appaltante volto a rimuovere le misure restrittive contenute nel bando a seguito di contraddittorio su istanza di parte, prevedendo un termine breve per l'impugnazione.

Questo tipo di rimedio si affiancherebbe alle procedure pre-contenziose dinanzi la AVCP. Queste ultime possono riguardare varie "questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara degli appalti pubblici", relative anche al rispetto di principi di diritto amministrativo (ad es., la legittimità o meno dell'annullamento degli atti di gara, o l'applicazione di determinati punteggi nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). L'eventuale ordine dell'AGCM che si prospetta potrebbe, invece, riferirsi esclusivamente ai contenuti dei bandi in relazione al principio e alle regole di concorrenza.

3.2. Nei confronti delle imprese.

Quanto ai rimedi nei confronti delle imprese che limitano la concorrenza, si potrebbe introdurre nella legge antitrust una procedura sommaria dinanzi l'AGCM per decidere su istanze di imprese che segnalano forme di coordinamento o collegamento fra altre imprese partecipanti alla procedura di evidenza pubblica: si potrebbe prevedere un ordine dell'AGCM che imponga di non partecipare alla gara, sanzionato e impugnabile secondo le modalità di cui al punto 3.1.

Il rimedio potrebbe assicurare una valutazione sostanziale, caso per caso, dell'incidenza effettiva del coordinamento o del collegamento fra imprese sui rischi di collusione: valutazione richiesta da una recente pronuncia della Corte di giustizia (si veda la sentenza 19 maggio 2009, *Assitur*, procedimento C-538/07). Anche in tal

caso, l'AGCM sarebbe l'amministrazione con le competenze più adeguate per risolvere il problema.

Arturo Cancrini – Marco D'Alberti