



ASTRID - Gruppo di studio: “Public procurement e Modello Consip”

(Luisa De Caro)

“Procurement e concorrenza alla luce delle segnalazioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato”

Sommario: I. Premessa: il necessario legame tra *public procurement* e concorrenza – II. Il ruolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato – III. I principi generali sanciti in materia di *public procurement* nelle segnalazioni e nei pareri dell’Autorità – 3.1. - *Le barriere artificiali alla concorrenza negli appalti pubblici* – 3.2. *La liceità dei comportamenti di impresa nella partecipazione alle gare* – IV. Alcuni dati ed osservazioni sull’attività consultiva resa dall’Autorità nei confronti di Consip.

I. Premessa: il necessario legame tra *public procurement* e concorrenza

Il principio di libera concorrenza, in linea generale, rappresenta un parametro costante cui i soggetti pubblici devono conformare la propria azione e le proprie scelte gestionali, in considerazione della valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato TFUE, sia nella nostra Costituzione¹.

In particolare, i Trattati comunitari sanciscono il principio di un’economia di mercato ed in libera concorrenza e garantiscono la libera prestazione dei servizi nell’ambito del mercato unico europeo. In applicazione di tali principi, il diritto comunitario prevede una disciplina degli appalti pubblici fondata sulla non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza. Coerentemente, detta disciplina individua la gara come procedura tendenzialmente esclusiva di aggiudicazione.

Attraverso le procedure ad evidenza pubblica, il soggetto pubblico si rivolge al mercato per soddisfare quella parte della domanda di attività di beni e servizi necessari al suo funzionamento ed al perseguimento dell’interesse pubblico cui è preposto. Di conseguenza, la procedura di gara deve essere predisposta in maniera tale da consentire alle P.A., mettendo in competizione tra loro diversi soggetti in grado di offrire un determinato servizio, di individuare “l’impresa migliore”, ossia maggiormente rispondente alle esigenze della Amministrazione.

Affinché il processo di esternalizzazione posto in essere dall’Amministrazione risulti efficiente, efficace ed economico, è dunque indispensabile che lo svolgimento delle procedure avvenga nel rispetto dei principi e delle regole comunitarie, tra cui *in primis* la tutela della concorrenza². Ciò al

¹ Cfr. artt. 3 e 4, Trattato TFUE, artt. 41 e 117, Costituzione e art. 1, comma 1, legge n. 287/90, nonché, Consiglio di Stato: VI, 1 ottobre 2002, n. 5156; VI, 16 ottobre 2002, n. 5640.

² Lo stretto legame tra concorrenza, procedure ad evidenza pubblica ed efficacia ed efficienza dell’attività dei pubblici poteri è stato oggetto di attenta analisi nella nota sentenza della Corte Costituzionale n. 401/2007, punto 6.7 della parte in diritto. In tale sentenza, la Corte osserva come “l’esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi” determina “il definitivo superamento della cosiddetta concezione

fine di prevenire eventuali distorsioni o alterazioni del corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici.

Competitività e trasparenza costituiscono il binomio necessario affinché le pubbliche autorità possano acquistare beni e servizi a prezzi più bassi e di qualità migliore, con una consistente semplificazione dei processi di acquisto e, dunque, con una benefica riduzione dei costi amministrativi e delle altre inefficienze del settore³. Infatti, in virtù di un rapporto di convergenza tra concorrenza e appalti pubblici, il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali nel mercato del *public procurement* diviene elemento essenziale per l'efficienza della spesa pubblica, e tale efficienza, in un contesto di crescente integrazione dei mercati e di interdipendenza dei sistemi economici, costituisce un fattore determinante del grado di competitività e delle opportunità di sviluppo delle singole economie nazionali.

Per tali ragioni, la pubblica amministrazione, risultando allo stesso tempo un fattore produttivo ed una fonte di regolamentazione, da un lato, deve produrre beni e/o servizi secondo tecniche determinate dai principi della responsabilità, dell'efficienza, dello stretto adeguamento ai costi, dall'altro, deve ricorrere all'affidamento in *outsourcing* di certi servizi necessariamente a seguito di procedimenti ad evidenza pubblica⁴.

Da ultimo, si sottolinea come, negli ultimi anni, sia il diritto comunitario che il diritto nazionale sono intervenuti ripetutamente sulla disciplina degli appalti pubblici, in una prospettiva diversa rispetto al passato, che, sulla base di una rinnovata concezione dell'interesse pubblico, si rivolge a tale disciplina come ad uno strumento funzionale al mercato, nell'ottica di aumentare la concorrenza e la trasparenza delle procedure di selezione⁵. Il procedimento ad evidenza pubblica non è più volto solo a garantire essenzialmente gli interessi pubblici, finanziari e amministrativi, ma anche a tutelare e favorire la libertà di circolazione e di concorrenza nel mercato europeo⁶.

II. Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Nel processo di apertura alla concorrenza del settore degli appalti pubblici, di fondamentale importanza risulta il ruolo sino ad oggi svolto dagli organi di garanzia e vigilanza che operano nel settore. Attraverso la loro continua azione di sensibilizzazione nei confronti delle stazioni appaltanti, sia *ex ante* che *ex post*, nonché di costante monitoraggio sul settore, tali organismi perseguono l'obiettivo di conseguire un effettivo conformarsi dei modelli operativi, procedurali ed organizzativi delle P.A. ai principi di tutela della concorrenza sanciti dalla normativa e dalla giurisprudenza europea e nazionale.

Assieme alle note funzioni di vigilanza e controllo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁷, di rilievo è senza dubbio il ruolo svolto sino ad oggi e che continuerà a svolgere

contabilistica che qualificava la normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale".

³ Cfr. L. Fiorentino, *Conclusioni e proposte*, in *Lo stato compratore - L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Luigi Fiorentino, ASTRID, 2007; v. anche L. Fiorentino, "Verso un codice unico degli appalti", pubblicato in ASTRID - Rassegna n. 23 del 2006.

⁴ Per tali considerazioni sul ruolo della P.A. quale fattore di competitività, cfr. AS453 dell'Autorità - *Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, in Boll. n. 17/2008.

⁵ Per tali considerazioni, v. L. Fiorentino, "Verso un codice unico degli appalti", già citato; v. anche L.C. Ubertazzi, "Appalti pubblici, concorrenza e consumatori", in *Il Diritto industriale*, n. 1/2003.

⁶ Cfr. M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, 2008.

⁷ La concorrenza è senza dubbio uno dei principali valori che tutela tale organismo di vigilanza e controllo; come noto, con il Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006), l'Autorità di vigilanza è divenuta autorità con competenza

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, l'Autorità o AGCM), la quale, in numerose occasioni, si è pronunciata sul rapporto tra disciplina degli appalti e sviluppo della concorrenza, evidenziandone gli aspetti maggiormente problematici⁸. In particolare, l'Autorità ha sottolineato la necessità per l'ordinamento - tanto nell'ambito dell'attività normativa e regolamentare, a livello nazionale e regionale, che di quella giurisprudenziale - di rispettare nella maniera più rigorosa il principio di tutela e promozione della concorrenza, che si concretizza nel caso di specie con la necessità di procedere attraverso gara.

Come noto, l'Autorità, nello svolgimento del proprio compito di *competition advocacy*, ossia di promozione della concorrenza, ha il potere/dovere di individuare e segnalare norme di legge, di regolamento, provvedimenti amministrativi che, dando luogo a distorsioni della concorrenza, alterano il corretto funzionamento del mercato e che non siano giustificati da esigenze di interesse generale (cd. principio di proporzionalità). Come autorevolmente osservato, si tratta di raccomandazioni che incidono, in via preventiva o successiva, su quella che viene comunemente definita la regolazione economica⁹. Sulla base di tali poteri, l'Autorità ha contribuito ad individuare, mediante segnalazioni e pareri, adottati ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/90¹⁰, alcuni dei principi generali che dovrebbero essere osservati in materia di *public procurement*, nell'ottica di correggere le disfunzioni concorrenziali che possono realizzarsi nelle procedure di gara ed al fine di garantire l'effettiva competizione all'interno del mercato delle commesse pubbliche.

Ciò in quanto l'esistenza di un mercato degli appalti realmente competitivo costituisce un'esigenza imprescindibile, considerato il rilievo che rivestono le scelte di acquisto e di gestione del settore pubblico, in grado di influenzare in maniera significativa la struttura del mercato e gli incentivi

generale sugli appalti pubblici. Non ha più soltanto, quindi, la vigilanza sui lavori pubblici, ma anche sui servizi e le forniture. L'obiettivo di fondo dell'attività di tale Autorità è quello di garantire la correttezza e la trasparenza delle procedure di scelta del contraente e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara (facendo comunque salve le competenze delle altre Autorità ed in particolare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato). Al proposito, per un'attenta analisi delle nuove competenze e funzioni dell'AVCP, cfr. L. Gianpaolino, "Dall'attività amministrativa al mercato", 2008, in particolare, pag. 219 e ss..

⁸ Cfr. AS005 del 1 luglio 1992, *Appalti e concorrenza*, Ed. speciale; AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, in Boll. n. 48/1999.

⁹ Cfr. M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2004, p. 347.

¹⁰ L'art. 21 della legge n. 287/90, Potere di segnalazione al Parlamento e al Governo prevede che "Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale.

2. L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati.

3. L'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive."

Ai sensi dell'art. 22, Attività consultiva, "1. L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto: a) di sottomettere l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree; c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita."

delle imprese private a competere¹¹. In tale ottica, il mercato degli appalti pubblici e l'efficienza della spesa pubblica giocano un ruolo centrale per il corretto funzionamento del mercato interno.

Nei propri interventi, l'Autorità ha evidenziato come la piena operatività del confronto concorrenziale costituisce un valore da promuovere, oltre che da tutelare e pertanto, le norme relative alle procedure ad evidenza pubblica devono essere interpretate, integrate e attuate alla stregua dei principi che regolano e strutturano il mercato interno¹².

Nel settore dei servizi pubblici, il rispetto dei principi concorrenziali acquista una particolare rilevanza in considerazione della peculiarità del settore stesso, ossia della circostanza che per tale tipo di servizi, il confronto competitivo tra le imprese si realizza solo nella fase di accesso al mercato, in cui i concorrenti competono, nell'ambito di procedure concorsuali, per aggiudicarsi l'incarico, da svolgere successivamente in regime di esclusiva (cd. concorrenza per il mercato). Tale principio, si ricorda, consente che, qualora la limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare sia motivata da specifiche caratteristiche tecnologiche ed economiche delle singole fasi della fornitura del servizio, il confronto concorrenziale possa esplicitarsi nella fase antecedente all'attribuzione della gestione¹³.

Con riguardo all'approvvigionamento di beni e servizi per la Pubblica Amministrazione, senza dubbio, un importante interlocutore dell'Autorità è rappresentato dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - Consip S.p.a. (di seguito, Consip)¹⁴, la quale ha sinora svolto un ruolo da

¹¹ Cfr. G. Mazzantini e S. Simone, *Processi di esternalizzazione e tutela della concorrenza*, in "Secondo Rapporto sulle Esternalizzazioni nelle Pubbliche Amministrazioni", pagg. 151 e ss..

¹² Cfr., tra gli interventi più rilevanti, AS005 e AS187 già cit.; anche l'OCSE, nel cui ambito vengono periodicamente elaborate indicazioni di *better regulation* e *best practices* rispetto al settore del *public procurement*, ha evidenziato come nel mercato dei contratti pubblici, il legame tra efficienza e concorrenza è molto stretto; vedi al riguardo OCSE – *Organization for Economic Co-operation and Development*, nel documento "Public procurement, The role of Competition authorities in promoting competition" del gennaio 2008.

¹³ L'affidamento mediante gara - cioè la cd. concorrenza per il mercato - costituisce un valido strumento di individuazione dei gestori del servizio e di apertura alla concorrenza principalmente nei settori in cui specifiche caratteristiche oggettive dell'attività, tecniche ed economiche, impongono e giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare. Viceversa, nei casi in cui tali limitazioni non siano giustificate, i servizi dovrebbero essere svolti in regime di concorrenza nel mercato tra tutti i possibili operatori. D'altra parte, secondo l'impostazione dell'articolo 86.2 del Trattato CE (ora 106 TFUE), la concorrenza nel mercato costituisce la regola e i regimi che prevedono diritti speciali ed esclusivi in capo ad un numero ristretto di operatori o ad un'unica impresa rappresentano l'eccezione. Tali considerazioni sono state ribadite in numerose occasioni dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tra i vari interventi al riguardo, si segnalano AS182, *Riordino dei servizi pubblici locali*, in Boll. n. 41/1999; AS222, *Disciplina dei servizi pubblici locali*, in Boll. n. 43/2001. Si vedano anche le considerazioni espresse dall'Autorità in AS375, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, in Boll. 50/06, sempre in materia di servizi pubblici locali. Considerato che tali servizi costituiscono dei servizi economici offerti all'utenza in regime di monopolio, risulta necessario che venga assicurato, nella forma quanto più ampia possibile, il ricorso al mercato attraverso procedure competitive per la scelta dell'impresa offerente, attivando una concorrenza che assicuri la scelta dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minor costo". Si veda anche AS311, *Modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali*, parere rilasciato dall'AGCM all'A.T.O. in merito alla legittimità degli affidamenti diretti dei servizi idrici. Con tale parere è stata ribadita la necessità che la selezione del soggetto gestore avvenga a mezzo di gara ad evidenza pubblica, al fine di garantire un'opportuna concorrenza per il mercato, con l'obiettivo che il servizio affidato sia svolto con minori costi o, a parità di costi, con maggiori benefici per i cittadini.

¹⁴ Consip S.p.a. – Concessionaria Servizi Informatici Pubblici, è una società a capitale pubblico, di cui il MEF è azionista unico. Istituita nel 1997, è titolare della gestione del sistema informatico integrato del Ministero, conferita con d.m. 17 giugno 1998, nonché di diverse funzioni in materia finanziaria e contabile dell'amministrazione statale, ai sensi del D. Lgs. 19 novembre 1997, n. 414. A partire dal 2000, a seguito del d.m. 24 febbraio 2000, le è stato affidato il compito di realizzare, per conto del MEF, il programma di razionalizzazione degli acquisti pubblici, gestendo le convenzioni quadro di cui all'art. 26 della l. 448/1999. Si ricorda altresì che l'art. 1, comma 449, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007) ha imposto alle amministrazioni statali centrali e periferiche – ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie –

protagonista nel contribuire a rendere tale mercato realmente competitivo, mettendo in pratica le indicazioni fornite dall’Autorità e sviluppando competenze di alto livello sull’organizzazione, i processi e i sistemi informativi della P.A.. Infatti, l’Autorità, sin dalla costituzione della Consip, ha prestato una grande attenzione nei confronti dei bandi di gara per l’approvvigionamento di beni e servizi per le P.A. predisposti da tale centrale di committenza, formulando numerosi pareri diretti a correggere preventivamente le potenzialità distorsive insite nei bandi stessi¹⁵.

La sua attenzione si è rivolta principalmente al contenuto dei bandi di gara predisposti dalle P.A., all’oggetto della gara; alla disciplina negli stessi bandi dello strumento del Raggruppamento Temporaneo di Impresa che, pur svolgendo sul piano economico una obiettiva funzione antimonopolistica, può essere piegato ad un uso collusivo da parte delle imprese aderenti; al fenomeno del cd. *Bid rigging*¹⁶, ossia l’illecito coordinamento delle condotte commerciali da parte delle imprese partecipanti ad una gara di appalto con riguardo alle modalità di presentazione delle offerte, ai prezzi, al fenomeno della spartizione concordata dei lotti disponibili, alle modalità di presentazione delle offerte.

Si ricorda che, in alcune occasioni, l’intervento dell’Autorità con riguardo ad alterazioni illecite delle modalità di svolgimento delle gare è stato molto incisivo, traducendosi nell’adozione di provvedimenti sanzionatori¹⁷, a seguito dell’accertamento di strategie collusive di vario tipo poste in

il ricorso obbligatorio alle convenzioni quadro “Consip” per l’acquisto di talune tipologie di beni e servizi da individuare con Decreto del ministro dell’Economia e delle Finanze.

Come osservato da L. Minganti, *Gli acquisti delle amministrazioni tramite convenzioni quadro: il modello Consip* (L. 30 luglio 2004 n. 191 e d.P.C.M. 11 novembre 2004 n. 325), pubblicato in due parti in *Riv. trim. app.*, n. 4/2005, 4 e n. 1/2006, con la dicitura “modello Consip”, la dottrina si riferisce a quel sistema centralizzato di acquisto di beni e servizi per la pubblica amministrazione, introdotto dal legislatore con la legge finanziaria per il 1999, e gestito, per conto del Ministero dell’Economia e delle Finanze (MEF), per l’appunto, dalla società pubblica Consip spa. Tale sistema vede la Consip operare nel ruolo di centrale unica di committenza, ossia quale soggetto che procede ad individuare il contraente, le condizioni e le clausole dei contratti che saranno stipulati alle amministrazioni pubbliche per la fornitura, a queste ultime, di beni e servizi. La cogenza, ossia l’obbligo o viceversa la facoltà, per le amministrazioni di ricorrervi, ha costituito, l’aspetto maggiormente discusso del modello, nonché l’oggetto di ripetute, ed anche contraddittorie, modifiche da parte del legislatore. Il modello Consip prende corpo a seguito della scelta, compiuta dal legislatore italiano, di adeguare il sistema di *public procurement* del nostro paese, a fronte dell’esigenza di contenimento della spesa pubblica, già manifestatasi a partire dai primi anni ’90 e poi divenuta imprescindibile a seguito dell’adesione del nostro paese all’area Euro. In particolare, si è ritenuto fosse possibile conseguire risparmi di spesa non solo riducendo gli stanziamenti di risorse finanziarie sui vari capitoli di spesa dei bilanci dello Stato e delle Amministrazioni pubbliche, operando cioè i cosiddetti “tagli”, ma anche ottimizzando e migliorando le procedure di acquisto normalmente poste in essere. Ha preso così avvio il “programma di razionalizzazione degli acquisti nella Pubblica Amministrazione”.

Sul “Modello Consip”, e su Consip, divenuta nel corso degli anni motore di un processo di rinnovamento gestionale nel settore del *procurement*, vedi anche L. Fiorentino, “*La spesa per beni e servizi*”, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 3/2006.

¹⁵ Si ricorda che relativamente alle gare europee bandite da Consip per la stipula sia delle Convenzioni ex art.26 L. n. 488/1999, sia degli Accordi Quadro ex art. 3, comma 13, del Codice dei Contratti nonché ex artt. 225 e 226 della Legge 23 dicembre 2009, n. 191 (Legge Finanziaria 2010), il Ministero dell’Economia e delle Finanze, sulla base di criteri concordati tra lo stesso e la Consip, sottopone la documentazione di gara al preventivo parere dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Cfr., tra gli interventi dell’Autorità più rilevanti e di carattere generale, AS251 - *Bandi predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - Consip S.p.a.*, in Boll. n. 5/2003.

¹⁶ Cfr. OCSE, *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2008.

¹⁷ In particolare, le condotte collusive delle imprese si sono sostanziate in accordi o pratiche concordate volte alla ripartizione del mercato (I670, *Acea-Suez Environment/Publiacqua*, in Boll. n. 44/2007, I666, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, in Boll. n. 30/2007) o alla fissazione congiunta di prezzi di aggiudicazione (I461, *Test diagnostici per il diabete*, in Boll. n. 18/2003) in strategie più articolate volte a raggiungere, congiuntamente, sia la ripartizione delle quote di fornitura tra le imprese concorrenti, sia i prezzi di offerta dei partecipanti (cfr. I643 - *Pellegrini/Consip*, in Boll. n. 30/2005).

Cfr. I686 dell’11 dicembre 2008, *Inail-Affidamento servizio di cassa*, in Boll. n. 47/08; in Boll. n. 44/07; I474, *Azienda di trasporto pubblico locale - Petrolieri*, in Boll. n. 8/2003.

essere dai privati in occasione dello svolgimento di gare volte all'acquisizione di beni o servizi o all'esternalizzazione di attività o funzioni. In altri casi, invece, la partecipazione ad una gara di appalto ha costituito un'occasione per le imprese in posizione dominante per porre in essere condotte anticoncorrenziali¹⁸.

Si osserva che in alcune di tali occasioni, per quanto le condotte restrittive accertate dall'Autorità fossero il frutto di autonome scelte delle imprese coinvolte, la configurazione dei bandi di gara sembrerebbe in ogni caso, aver svolto un ruolo facilitante di tali comportamenti, così come va altresì osservato che, in alcuni casi, la condotta collusiva delle imprese ha avuto lo scopo di vanificare la valenza pro-concorrenziale delle gare anche in presenza di bandi che presentavano caratteristiche più che adeguate ad incentivare il corretto confronto tra le imprese¹⁹.

Dunque, alla luce di tali premesse, il presente contributo si propone di soffermarsi sui principi generali e le *best practices* emerse attraverso l'attività segnalatoria e consultiva dell'Autorità, a cui dovrebbe ispirarsi la materia degli appalti pubblici, con particolare riferimento all'acquisto centralizzato di beni e servizi per le P.A..

III. I principi generali sanciti in materia di *public procurement* nelle segnalazioni e nei pareri dell'AGCM

Come noto, gli appalti pubblici o *public procurement* rappresentano lo strumento attraverso il quale un ente pubblico, in senso lato, acquisisce dal mercato beni e prestazioni da destinare, direttamente o indirettamente, al soddisfacimento dei bisogni della collettività.

L'Autorità, nell'esercizio dei propri poteri, ha dedicato particolare attenzione al settore del *public procurement*, ribadendo come la gara costituisca lo strumento privilegiato di affidamento di contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture. I suoi interventi hanno perseguito l'obiettivo di assicurare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nell'attività di acquisto di beni e di servizi da parte delle Amministrazioni, proponendo di adeguare i meccanismi di selezione delle imprese ai principi della concorrenza²⁰. Inoltre, numerosissimi sono stati anche gli interventi svolti dall'Autorità in relazione a singoli bandi di gara, spesso sollecitati dalle amministrazioni aggiudicatrici, e di frequente dalla stessa Consip, tramite richieste di parere ex art. 22 della legge n. 287/90.

L'Autorità ha sempre sottolineato come un'attenzione particolare vada riservata all'azione dello Stato come soggetto economico, i cui comportamenti incidono in modo trasversale sulla conformazione concorrenziale di tutti i settori di mercato. In particolare, l'Autorità si è soffermata sul tema degli affidamenti pubblici, ovvero sulle modalità con le quali lo Stato, in qualità di soggetto concedente, o acquirente, è in grado di condizionare il funzionamento dei mercati.

L'affidamento pubblico risulta problematico sotto due profili: da un lato, l'Autorità ha riscontrato che, pur con talune lodevoli eccezioni, molte pubbliche amministrazioni, tendono a limitare, ove

¹⁸ Al riguardo, si segnala A351 - *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, in Boll. n. 47/2004, in cui la partecipazione ad una gara di appalto bandita dalla Consip, ha rappresentato un'occasione per l'impresa dominante per formulare offerte finali non replicabili dagli altri operatori propri concorrenti e per impedire l'ingresso di questi ultimi nei mercati di servizi di telecomunicazione fissi e mobili.

¹⁹ Ciò si è osservato, ad esempio, nei casi delle gare per la fornitura di dispositivi per stomia, o delle gare per la fornitura dei Test diagnostici per diabete (casi I666 e I461, già cit.) nei quali la condotta collusiva delle imprese era volta proprio a scoraggiare le ASL a continuare, in futuro, ad optare per sistemi di acquisto concorrenziali.

²⁰ Cfr. AS187, già cit..

possibile, il ricorso a procedure di selezione competitiva²¹; dall'altro, anche quando la gara è effettivamente lo strumento utilizzato per la selezione dell'impresa affidataria l'Autorità ha rinvenuto – il più delle volte su denuncia di imprese escluse - che in molti casi le modalità organizzative e la formulazione dei bandi di gara appaiono ingiustificatamente restrittive²².

A tal riguardo, l'Autorità, nel tempo, oltre ad alcuni casi in cui ha constatato che l'Amministrazione non aveva fatto ricorso a procedure ad evidenza pubblica là dove esse erano previste dalla legge, ha evidenziato, analizzando numerosi bandi di gara predisposti dalle pubbliche amministrazioni, la diffusa presenza, negli stessi, di criteri di selezione delle imprese ingiustificatamente restrittivi; inoltre, è emersa l'esistenza di diversi comportamenti e prassi in grado di alterare il corretto funzionamento del mercato, nonché di incidere negativamente sui meccanismi di formazione della domanda pubblica. L'Autorità ha anche sottolineato come l'utilizzo dello strumento della società mista, quale modello di gestione dei servizi pubblici locali, impropriamente ricondotto dalle Amministrazioni all'istituto dell'*in house providing*, può essere idoneo a falsare il gioco della concorrenza, offrendo ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti²³.

Alla luce dell'esperienza maturata, l'Autorità, attraverso i propri interventi²⁴, ha individuato e suggerito alle P.A. nonché alla stessa Consip, alcuni criteri generali da seguire nella predisposizione di bandi di gara che, nel rispetto della vigente normativa di settore nazionale e comunitaria, siano rispettosi dei principi della concorrenza. L'osservanza di tali principi e dunque la corretta impostazione dei bandi di gara consente di creare le “pre-condizioni” affinché il confronto tra imprese nell'ambito della gara possa essere informato a criteri di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

Per tali motivi, l'Autorità si è soffermata principalmente sul controllo dei diversi strumenti utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici per selezionare le imprese, nell'ottica di garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione, nonché sul corretto utilizzo, sotto il profilo concorrenziale, degli strumenti associativi, quali ad esempio i raggruppamenti temporanei di imprese (RTI), i quali possono prestarsi a strumentalizzazioni anticoncorrenziali, laddove invece la loro *ratio* vorrebbe essere proprio quella di consentire una più ampia partecipazione alle gare.

Di seguito, l'analisi dei principi individuati dall'Autorità verrà condotta con riguardo a ciascuno degli aspetti che, svolgendo un ruolo rilevante nel processo di selezione delle imprese, possono

²¹ Dalla casistica sottoposta all'attenzione dell'Autorità è emerso un utilizzo reiterato delle normative di gestione emergenziale, che consentono affidamenti di appalti di lavori e servizi in via diretta (cfr. AS465, *Società miste operanti nella gestione dei rifiuti urbani in regime emergenziale nella regione Calabria*, in Boll. n. 26/2008), come pure un frequente ricorso agli affidamenti *in house*. Con specifico riguardo all'istituto dell'*in house*, cfr. AS375, “*Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*”, in Boll. n. 50/06, in cui l'Autorità, nel constatare come il settore dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica risulti caratterizzato da una casistica estremamente varia di gestioni da parte di imprese controllate dagli enti locali cui il servizio è stato affidato direttamente, che dai soggetti interessati vengono impropriamente ricondotte a quelle c.d. *in house*, ha ribadito che tale modalità di affidamento è sottoposta a stringenti requisiti di legittimità, così come determinati dalla giurisprudenza comunitaria e recepiti nella normativa nazionale.

²² Ciò vale per gli affidamenti in numerosi e diversi settori: servizio idrico integrato (cfr. AS510, *Legge regionale della Regione Liguria 28 ottobre 2008*, v. 39, in Boll. n. 12/2009); trasporto pubblico locale (cfr. AS461, *Società miste operanti nella gestione dei rifiuti urbani in regime emergenziale nella regione Calabria*); beni demaniali per finalità turistico-ricreative (cfr. AS481, *Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa*, in Boll. 39/08); smaltimento dei rifiuti (cfr. AS442, *Gara ad evidenza pubblica presso l'azienda forestale Regione Calabria*, in Boll. 1/2008).

²³ cfr. AS468, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house*, in Boll. n. 29/2008).

²⁴ Tra gli interventi di carattere più generale incentrati su tali aspetti, si segnalano, AS187 e AS251, sopra cit..

venire a creare delle barriere artificiali all'accesso al mercato del *public procurement*, nonché con riguardo ai profili patologici che possono caratterizzare la partecipazione delle imprese alle procedure di gara, assumendo una specifica portata anticoncorrenziale.

Tuttavia, prima di passare all'analisi di tali aspetti, si ritiene opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulla figura delle centrali di committenza predisposte per gli acquisti della P.A.²⁵, come Consip, oggetto di attenzione da parte dell'Autorità in quanto potenziale fattore di distorsione del mercato. Non vi è dubbio, infatti, che la centralizzazione degli acquisti tende a produrre condizioni economiche e qualitative di forniture dei servizi molto distanti da quelle che si otterrebbero in un regime concorrenziale. Infatti, elemento necessario per un'effettiva competizione tra privati è che questi determinino liberamente e indipendentemente gli uni dagli altri la propria offerta e le proprie strategie commerciali. Tuttavia, la sua potenzialità anticoncorrenziale non fa venire meno i vantaggi insiti in tal tipologia organizzativa; infatti, la centralizzazione degli acquisti avvantaggia in modo significativo le amministrazioni, consentendo loro di concentrare aggregandola la domanda pubblica, altrimenti parcellizzata e di esercitare un maggiore coordinamento e controllo sui fornitori, gestendo infine in maniera più efficace ed unitaria la spesa. Inoltre, le centrali d'acquisto hanno il vantaggio di favorire l'emersione di aree di spesa pubblica di dimensione inferiore alla soglia comunitaria e dunque altrimenti sottratte alla concorrenza²⁶.

Alla luce di questa molteplicità di interessi coinvolti, e considerata la possibilità che la centralizzazione possa determinare la costituzione di barriere all'ingresso e la formazione di posizioni di privilegio nelle forniture dei prodotti interessati alle pubbliche amministrazioni, l'Autorità ha evidenziato la necessità che la centralizzazione degli acquisti sia realizzata prestando la massima attenzione agli effetti della stessa sugli equilibri concorrenziali dei mercati interessati²⁷.

²⁵ Il concetto di "centrale di committenza" (*Central purchasing body*), od anche di "centrale di acquisto", è stato introdotto dalle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, definendolo quale amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture o servizi, oppure aggiudica appalti od accordi quadro, destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici. L'art. 11 della direttiva 2004/18 (similmente art. 29 direttiva 2004/17) stabilisce che le amministrazioni possano acquistare lavori, forniture o servizi tramite una centrale di committenza, a condizione che quest'ultima abbia rispettato la direttiva stessa.

Anche il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1192 e 1193) si è espresso a favore della compatibilità del sistema centralizzato degli acquisti realizzato da Consip con i principi comunitari, sulla base dei quali cui l'affidamento pubblico di servizi non può prescindere da procedure di gara. Infatti, nel sistema in cui Consip funge da stazione appaltante per la stipula di convenzioni quadro per l'acquisizione di beni e servizi, la successiva adesione delle singole amministrazioni alle pattuizioni raggiunte dalla Consip S.p.a. non integra una elusione dell'obbligo di individuare il migliore contraente mediante procedure ad evidenza pubblica. Per un commento sulle centrali di committenza, v. R. Caranta, "Le centrali di Committenza", in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, Vol.I.

²⁶ Cfr. L. Fiorentino, *Le centrali di committenza*, in *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, a cura di L. Fiorentino e C. Lacava in *Giornale di diritto amministrativo*, Quaderni, n. 9, 2004, pp. 64 e 70; vedi anche Gianpaolino, *L'attività di regolazione come strumento di efficienza*.

²⁷ Cfr. AS333 e AS334, "Previsioni sul modello di gara da adottare per l'evoluzione della rete unitaria per la pubblica amministrazione (rupa) nell'ambito del sistema pubblico di connettività", in Boll. n. 8/2006; AS094, *A.I.P.A.-Convenzioni per la fornitura di prodotti informatici di uso comune*, in Boll. n. 24/1997, in cui l'Autorità ritiene che la previsione legislativa che consente di centralizzare la negoziazione delle condizioni di acquisto di prodotti informatici da parte della Pubblica Amministrazione debba essere applicata con particolare attenzione agli effetti sugli equilibri concorrenziali dei mercati interessati. Infatti, questa centralizzazione, seppur affidata ad un organismo indipendente ed altamente specializzato nel settore dell'informatica pubblica, come l'AIPA, potrebbe determinare la costituzione di barriere all'ingresso e la formazione di posizioni di privilegio nelle forniture dei prodotti di cui trattasi alle pubbliche amministrazioni. Inoltre, v. AS336 2006 la funzione di centrale di acquisto appare rispondere al fine precipuo di far emergere le sinergie connesse alla fornitura integrata dei servizi in relazione ai volumi di domanda stimati per la p.a. in ciascun periodo di riferimento.

3.1. Le barriere artificiali alla concorrenza negli appalti pubblici

A giudizio dell'Autorità, l'adeguata tutela dell'interesse pubblico al corretto adempimento degli obblighi contrattuali non può in alcun modo tradursi in arbitrarie ed artificiali limitazioni del legittimo interesse delle imprese a concorrere, in condizioni di effettiva parità, per l'aggiudicazione degli appalti. Infatti, come ribadito dall'Autorità in numerosissime occasioni, obiettivo imprescindibile di ogni corretta procedura di gara deve essere quello di garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione.

i) L'accesso alle gare e la qualificazione delle imprese

Senza dubbio, uno dei temi più ricorrenti negli interventi dell'Autorità riguarda la necessità, per le amministrazioni, di non restringere ingiustificatamente le possibilità di partecipazione alla gara e di aggiudicazione della commessa attraverso la previsione di requisiti soggettivi ed oggettivi non necessari o sproporzionati²⁸. L'accesso alla gara e dunque al mercato da parte delle imprese può essere infatti condizionato ingiustificatamente dalla presenza nei bandi di gara di criteri di preselezione eccessivamente rigidi o da disposizioni e prescrizioni non redatti in funzione delle caratteristiche economiche e tecniche del bene o del servizio richiesto. In particolare, relativamente ai requisiti di accesso, l'Autorità ha espressamente chiarito che i requisiti di idoneità tecnica e di solidità economica e finanziaria richiesti alle imprese ai fini della partecipazione alle gare d'appalto devono rispondere a esigenze oggettive dell'amministrazione e, più in generale, ai principi di ragionevolezza e di imparzialità che regolano il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa²⁹.

Tra le fattispecie più ricorrenti in grado di restringere le possibilità di partecipazione alla gara si segnalano le prescrizioni che hanno l'effetto di favorire alcuni operatori a scapito di altri, sia

²⁸ Nell'ottica di evitare situazioni di scarsa concorrenza, l'Autorità si è più volte espressa sottolineando la necessità di assicurare la più ampia partecipazione delle imprese alle gare d'appalto pubbliche, abbattendo le barriere costituite da requisiti dimensionali e tecnici sproporzionati o inadeguati rispetto ai beni ed ai servizi oggetto di fornitura; al riguardo, cfr. AS251, già cit.; AS343, *Esecuzione dei lavori riguardanti le barriere e le protezioni stradali*, in Boll. n. 24/2006, in cui viene segnalata la portata restrittiva della modifica normativa apportata all'articolo 18, comma 8, del D.P.R. n. 34/2000 dall'articolo 1, D.P.R. 10 marzo 2004, n. 93 in materia di esecuzione dei lavori rientranti nella categoria OS12 (Barriere e protezioni stradali), che impone l'obbligo a carico delle imprese di conseguire la certificazione di sistema di qualità, non solo per il montaggio e per l'installazione, ma anche per la produzione dei beni oggetto della categoria OS12, quale condizione necessaria per la partecipazione alle gare per la fornitura ed installazione di barriere stradali. Tale norma, infatti, determina una significativa riduzione del numero dei potenziali partecipanti alle procedure concorsuali, con conseguente riduzione dell'offerta soprattutto alla luce del numero esiguo di imprese costruttrici presenti sul territorio nazionale. La modifica normativa introdotta, limitando il novero dei soggetti ammessi alla procedura concorsuale alle sole imprese produttrici di barriere, agevola la creazione di un contesto di mercato nel quale il coordinamento dei reciproci comportamenti in sede di partecipazione può rappresentare un'evenienza non solo possibile ma altamente probabile. In tale prospettiva, un generalizzato abbassamento della tensione competitiva sulla fornitura di un determinato prodotto e/o servizio non può che tradursi, in definitiva, in un generale incremento dei costi a carico delle stazioni appaltanti.

²⁹ Cfr. tra le altre, AS462 del 10 luglio 2008, *Bando di gara per l'affidamento dei servizi di TPL dell'ambito della provincia e del comune di Caserta*, in Bollettino n. 22/08; AS415 del 19 luglio 2007, *Bando di gara avente ad oggetto la fornitura di "servizi di telefonia mobile" per le pubbliche amministrazioni*, in Bollettino, n. 33/07; AS331 *Gara per la fornitura di "servizi di telefonia fissa e connettività IP" per le pubbliche amministrazioni*, in Bollettino, n. 6/06; AS333, *Previsioni sul modello di gara da adottare per l'evoluzione della rete unitaria per la pubblica amministrazione (RUPA) nell'ambito del sistema pubblico di connettività*, in Bollettino, n. 8/06; AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, in cui si osserva che tali requisiti, devono necessariamente essere indicati nel bando di gara, in modo da consentirne un'adeguata e tempestiva conoscenza da parte delle imprese interessate e inoltre devono essere fissati in modo tale da permettere comunque un efficace e corretto confronto concorrenziale.

individuandoli direttamente, sia attraverso il riferimento a soglie di fatturato sproporzionate rispetto all'ammontare della gara stessa.

In alcune circostanze, subordinare la partecipazione alle gare al raggiungimento di un certo livello di fatturato può risultare gravoso e suscettibile di ostacolare l'accesso al mercato. Si tratta soprattutto dei casi in cui il livello di fatturato risulta sproporzionato rispetto all'ammontare della prestazione oggetto della gara o in cui il fatturato di riferimento non è solo quello relativo alla classe dei prodotti posti a gara, ma è limitato allo specifico mercato geografico entro il quale viene realizzata la gara. L'effetto preclusivo di tali criteri rischia di incidere in maniera ingiustificata sulle opportunità delle imprese di minori dimensioni, degli operatori non presenti in maniera significativa sul mercato nazionale e di quelli che non sono ancora affermati sul mercato geografico rilevante, pur possedendo idonee referenze in ordine alla propria solidità economica e finanziaria.

L'essenzialità del confronto concorrenziale e di un agevole accesso al mercato è testimoniata dall'ampiezza e flessibilità che la normativa in tema di appalti ha riservato alla prova da parte delle imprese della propria capacità economico-finanziaria³⁰: infatti, sono previsti una pluralità di criteri alternativi, senza che nessuno di questi possa assumere valore preclusivo rispetto agli altri. Infatti, come osservato dall'Autorità, il fatturato non deve essere utilizzato per escludere dalla partecipazione alla gara le imprese, in tutte le ipotesi in cui la capacità economica e finanziaria possa essere diversamente dimostrata³¹.

Inoltre, per determinati beni in cui l'idoneità di un'impresa a fornirli viene certificata da un complesso meccanismo autorizzatorio, il raggiungimento di un certo livello di fatturato non può costituire un criterio vincolante per l'aggiudicazione finale della fornitura o anche per la semplice partecipazione alla gara³². Questa prassi è suscettibile di escludere dal mercato le piccole imprese o quelle che si affacciano per la prima volta sui mercati interessati dalle varie procedure di

³⁰ L'art. 41 del Codice degli appalti (D. Lgs. n. 163 del 2006) prevede infatti la possibilità di utilizzare: a) idonee dichiarazioni bancarie; b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa; c) dichiarazioni concernenti il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo alle forniture identiche a quella oggetto della gara, realizzate negli ultimi tre esercizi. Sono in tal modo indicati una serie di criteri alternativi che possono essere utilizzati dall'amministrazione appaltante per dimostrare l'idoneità degli operatori a svolgere il servizio richiesto, ma che, in nessun modo possono essere utilizzati per escludere dalla partecipazione alla gara le imprese, in tutte le ipotesi in cui la capacità economica e finanziaria possa essere diversamente dimostrata.

³¹ Cfr., in particolare, AS251, già citata, in cui l'Autorità ha sottolineato l'opportunità dell'inserimento, da parte di Consip, nei bandi di gara di alcuni requisiti, idonei a coniugare l'esigenza avvertita dalla stessa Consip di garantire la continuità e affidabilità delle forniture con l'obiettivo di ampliare il numero dei partecipanti alla gara, rendendo più agevole la partecipazione anche ad imprese con disponibilità economico-finanziarie minori. Tra questi, in particolare: i) l'attestazione di un livello di fatturato specifico conseguito cumulativamente nel biennio precedente all'espletamento della gara di ammontare non superiore al valore massimo della fornitura indicato nel bando, da computarsi con riferimento al medesimo arco temporale preso a base per il calcolo del fatturato specifico; ii) in alternativa al requisito di un determinato livello del fatturato globale, l'attestazione del possesso di requisiti in grado di fornire un'adeguata garanzia all'ente appaltante senza tuttavia costituire un ostacolo eccessivo alla partecipazione, quali, ad esempio, il possesso di una referenza bancaria rilasciata da un primario istituto di credito; iii) la possibilità per le imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante il deposito di documentazione alternativa al bilancio, anche al fine di evitare la preclusione alla gara per le imprese la cui costituzione è avvenuta in tempi immediatamente precedenti alla pubblicazione del bando; iv) il deposito di una cauzione provvisoria il cui importo sia calcolato sulla base del valore annuale della fornitura, atteso che la funzione di tale garanzia risiede soltanto nell'assicurare la partecipazione alla gara da parte delle imprese e non l'esecuzione delle forniture.

³² Ad esempio in materia di prodotti farmaceutici, cfr. parere relativo alle "gare pubbliche per la fornitura di prodotti farmaceutici, medicinali, di cosmetici e di articoli di profumeria", Boll. n. 29/97, ove si rileva che il metodo del fatturato, se impiegato come unico parametro, appare del tutto improprio per poter adeguatamente valutare la reale solidità finanziaria dell'impresa. Questa prassi è suscettibile di escludere dal mercato le piccole imprese o quelle che si affacciano per la prima volta sui mercati interessati dalle varie procedure di aggiudicazione, pur essendo dotate di tutte le capacità tecniche ed economiche necessarie per garantire l'Amministrazione del corretto assolvimento degli obblighi contrattuali.

aggiudicazione, pur essendo dotate di tutte le capacità tecniche ed economiche necessarie per garantire l'Amministrazione del corretto assolvimento degli obblighi contrattuali.

In ogni caso, la proporzionalità nell'individuazione delle soglie di fatturato per la partecipazione alle gare deve essere valutata anche in relazione al numero degli anni per cui il raggiungimento di un certo livello di fatturato viene richiesto. Pertanto, soprattutto per le prestazioni di minore complessità, occorre evitare che l'individuazione del livello del fatturato e del numero di anni nei quali esso viene raggiunto si traduca in discriminazioni nei confronti degli operatori di minori dimensioni o degli operatori non presenti sui mercati di riferimento, ma comunque in possesso delle capacità tecniche ed economiche necessarie per partecipare alla gara.

Inoltre, dall'analisi di numerosi bandi di gara sottoposti all'Autorità è emersa la diffusa presenza di prescrizioni che hanno l'effetto di favorire alcuni operatori, in maniera del tutto ingiustificata rispetto all'oggetto del bando. Per esempio, molte amministrazioni aggiudicatrici vincolano la partecipazione alle gare non già alle imprese che abbiano dimostrato di avere esperienza nel mercato specifico, indipendentemente cioè dalla natura proprietaria degli operatori a cui abbiano effettuato commesse, ma alle sole imprese che già abbiano fornito all'amministrazione prestazioni o svolto lavori analoghi a quelli oggetto della gara. Tali previsioni non sono certamente correlate alle effettive capacità tecniche dei soggetti partecipanti, né idonee a selezionare la migliore offerta per lo svolgimento dell'incarico. Al contrario, il loro effetto è quello di favorire gli operatori localizzati in una certa area geografica e che già abbiano lavorato per l'Amministrazione, escludendo ingiustificatamente numerose categorie di imprese, tra cui tutti gli operatori capaci di svolgere la prestazione richiesta sulla base di esperienze acquisite su mercati geografici diversi.

ii) *L'oggetto della gara*

Per ridurre le barriere all'accesso e stimolare la più ampia partecipazione di concorrenti, la corretta formulazione di un bando di gara non può prescindere da un'attenta analisi delle specifiche caratteristiche del bene o servizio oggetto della fornitura, oltre che dal numero e dalle dimensioni degli operatori presenti nel mercato di riferimento. L'Autorità ha osservato infatti come la definizione dell'oggetto della gara rappresenta l'aspetto principale del contesto entro cui le imprese possono competere. In linea di principio, la gara dovrebbe essere bandita in relazione a una fornitura valutata nella sua interezza, ossia espressa in funzione delle caratteristiche economiche e tecniche del bene o del servizio richiesto. Tuttavia, è stato evidenziato come in alcuni casi le amministrazioni aggiudicatrici ingiustificatamente allargano o restringono l'oggetto della gara al fine di escludere strumentalmente alcune imprese a vantaggio di altre. Attraverso l'artificiale allargamento dell'oggetto della gara le amministrazioni effettivamente precludono l'accesso a determinate categorie di operatori, in particolare a quelle che potrebbero profittevolmente realizzare solo una singola prestazione, ma sono impediti, anche eventualmente dalla regolamentazione vigente, a svolgere l'intero insieme delle prestazioni richieste³³. Alternativamente le amministrazioni aggiudicatrici possono frazionare il progetto soprattutto al fine di eludere

³³ Come osservato dall'Autorità nella segnalazione AS187, sopra citata, in alcuni settori, per fornire determinati beni o servizi sono richieste autorizzazioni specifiche che non sono invece necessarie per svolgere altre attività; l'accorpamento in un unico bando di beni e servizi caratterizzati da obblighi regolamentari diversi determina l'esclusione automatica di tutte le imprese che non dispongono delle autorizzazioni a svolgere una parte delle prestazioni richieste, ma che sarebbero perfettamente in grado di svolgere altre prestazioni incluse nel bando.

l'applicazione della normativa comunitaria, restringendo così le possibilità di partecipazione alla gara delle imprese estere.

Inoltre, in relazione all'oggetto della gara, l'Autorità ha sottolineato la necessità che l'oggetto della gara sia compiutamente identificato da un punto di vista economico e tecnico e che i prodotti siano identificati con riferimento alle caratteristiche tecniche o economiche desiderate, senza per questo limitarlo a una marca o a un brevetto specifico ovvero individuandone la qualità in relazione allo specifico organismo che la certifica. Inoltre, in relazione alle caratteristiche tecniche richieste per i prodotti oggetto di fornitura, nel caso di prodotti che per le loro specificità tecniche sono caratterizzati da elevati *switching costs* dal lato del consumo, l'Autorità ha sottolineato che deve essere posta particolare attenzione alle modalità atte a garantire adeguate dinamiche concorrenziali nella fornitura tramite gara alle pubbliche amministrazioni³⁴. Infatti, la previsione, nei capitolati tecnici, di specifiche caratteristiche, da un lato, può vanificare la gara predeterminandone l'esito, dall'altro, può lasciare insoddisfatta quella porzione di domanda che manifesti esigenze di beni con caratteristiche diverse da quelle previste dal bando³⁵.

Per tali ragioni, l'Autorità, al fine di evitare sia ingiustificate restrizioni della concorrenza, sia un arbitrario condizionamento degli utenti finali, ha suggerito a Consip l'adozione di ogni necessaria misura per il soddisfacimento dell'utenza che manifestasse esigenze di prodotti con specifiche tecniche differenti, non escludendo, per le relative commesse, la predisposizione di altre procedure di evidenza pubblica.

Inoltre, l'Autorità ha ripetutamente criticato il ricorso da parte delle amministrazioni a meccanismi elusivi degli obblighi di gara, quali il frazionamento artificioso dell'oggetto della gara in una pluralità di lotti. Al riguardo, 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. Ciò implica, a sua volta, un'attenta considerazione da parte delle P.A. e di Consip delle caratteristiche e della struttura dei mercati di riferimento, volta ad una determinazione del numero dei lotti che tenga conto, caso per caso e nei limiti delle informazioni disponibili, del numero e delle dimensioni degli operatori che prenderanno parte alle gare.

iii) I criteri di aggiudicazione

Un ruolo importante nell'ottica di garantire una concorrenza effettiva tra i partecipanti alla gara può essere svolto dal criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante. Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato come la normativa in tema di appalti pubblici individui due criteri di aggiudicazione, senza prestabilire un ordine di preferenza tra i medesimi: il prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la quale al prezzo si aggiungono altri

³⁴ Nei pareri resi sui bandi di gara predisposti da CONSIP per la fornitura di personal computer, portatili e desktop, l'Autorità ha evidenziato che la previsione di particolari specifiche hardware e software consentiva la partecipazione alla gara ai soli produttori e/o fornitori di computer appartenenti alla piattaforma PC-Windows. Cfr. pareri S509, "Fornitura di personal computer portatili e dei servizi connessi", e S520, "Fornitura di personal computer desktop e dei servizi connessi".

³⁵ Cfr. AS251, in cui si legge al riguardo che "Né a tale ultima difficoltà potrebbe farsi fronte mediante la predisposizione di un bando che, non introducendo restrizioni nelle caratteristiche tecniche dei prodotti oggetto di fornitura, non precluda la partecipazione di fornitori di prodotti differenti, ciascuno caratterizzato da elevati *switching costs* per gli utilizzatori; giacché, inevitabilmente, un solo fornitore risulterebbe aggiudicatario dell'intera fornitura".

parametri che possono avere un'importanza anche maggiore. La scelta tra l'uno e l'altro risulta quindi attribuita alla discrezionalità dell'amministrazione, orientata alla cura dello specifico interesse pubblico da soddisfare con la commessa. Ciò comporta che la scelta tra un criterio che si esaurisca nel prezzo ed uno che dia rilievo anche ad altri fattori, potendo questi ultimi essere ritenuti addirittura prevalenti, risulta essenzialmente condizionata dall'interesse dell'amministrazione all'acquisizione della specifica commessa.

L'Autorità ha sottolineato che un criterio di aggiudicazione basato sul prezzo - che, in quanto parametro oggettivo e trasparente, favorisce un più pieno e corretto svolgimento del processo competitivo - appare tendenzialmente più adeguato, in una prospettiva di promozione della concorrenza, quando le caratteristiche qualitative del bene o del servizio posto a gara, più appropriate alla cura dell'interesse pubblico da soddisfare con la commessa, possono essere agevolmente individuate e definite, nella fissazione delle specifiche tecniche, senza che ciò induca, implicitamente o esplicitamente, una discriminazione tra i fornitori concorrenti. Il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che associa al prezzo altri parametri di aggiudicazione, potrebbe, al contrario, rivelarsi preferibile, nella prospettiva concorrenziale, quando più caratteristiche qualitative del prodotto o del servizio possono concorrere, anche in forme alternative, al soddisfacimento dell'interesse pubblico. Si tratta, in altri termini, di assicurare un equilibrato bilanciamento tra l'interesse pubblico ad un confronto competitivo, che sia semplice, oggettivo e trasparente, e l'interesse pubblico specifico dell'amministrazione di acquisire beni e servizi le cui caratteristiche complessive siano le più conformi alle proprie esigenze.

In questo quadro, l'Autorità ha auspicato comunque che l'amministrazione committente dia qualificata motivazione nei bandi di gara del criterio di aggiudicazione prescelto in funzione della natura e delle caratteristiche qualitative del bene o servizio oggetto della fornitura. Inoltre, con particolare riguardo alla variabile del prezzo, l'Autorità ha evidenziato che, allo scopo di rimuovere condizioni che possano favorire un eventuale coordinamento dei comportamenti dei partecipanti alla gara, l'amministrazione potrebbe valutare l'opportunità di fissare il prezzo di riserva (prezzo massimo che la stazione appaltante è disposta a pagare per un determinato bene o servizio) in modo da tenere conto delle informazioni disponibili sulle caratteristiche tecniche ed economiche del bene o servizio richiesto, così da renderlo il più possibile prossimo ad una stima plausibile del valore di mercato. Ciò avrebbe l'effetto di disincentivare la definizione di accordi collusivi o di renderli meno sostenibili in quanto valori proporzionati, e quindi contenuti, del prezzo di riserva limitano il margine atteso di guadagno per i membri di un potenziale cartello.

3.2. La liceità dei comportamenti di impresa nella partecipazione alle gare

La partecipazione alle gare di più imprese costituisce una delle tipiche situazioni in cui possono venire in rilievo le norme concorrenziali in materia di intese, di cui all'art. 2 della l. 287/90 e/o dell'art. 81 Trattato, ora 101 TFUE. Infatti, nelle diverse fasi delle procedure ad evidenza pubblica, finalizzate all'acquisizione di beni o servizi od alla esternalizzazione di attività o funzioni, possono insinuarsi strategie collusive poste in essere dai concorrenti. Tali condotte di coordinamento perseguono l'obiettivo di alterare gli esiti della selezione, attraverso la determinazione congiunta di un prezzo di vendita più elevato di quello concorrenziale, la ripartizione del mercato, il consolidamento di quote di mercato da parte delle imprese.

Senza dubbio, le pratiche anticompetitive che influiscono sul risultato della gara, costituiscono delle violazioni particolarmente gravi delle regole di concorrenza (cd. *hard core restrictions*), in quanto

poste in essere tra concorrenti diretti operanti al medesimo livello della filiera produttiva e che hanno altresì un impatto sulla spesa pubblica e sulle risorse dei contribuenti³⁶.

In diverse occasioni, l'attenzione dell'Autorità si è soffermata su fenomeni di coordinamento tra imprese dei propri comportamenti in sede di gara³⁷.

i) I Raggruppamenti Temporanei di Imprese - RTI

Nota è la funzione pro concorrenziale del RTI: attraverso aggregazioni temporanee ed occasionali, operatori di piccole dimensioni riescono a superare le barriere all'accesso alla gara rappresentate da requisiti dimensionali, economici, tecnici richiesti dalle stazioni appaltanti, accedendo a selezioni che altrimenti gli sarebbero precluse.

Proprio nell'ottica di garantire la partecipazione alla gara del più ampio numero di imprese possibile, l'Autorità ha sottolineato la necessità di un corretto utilizzo di tale strumento associativo. Tenuto conto della ratio anti-monopolistica e pro-concorrenziale del RTI³⁸, volta ad ampliare il novero degli offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni appaltanti, così come Consip, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara³⁹. Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione - che andrebbero debitamente motivate nel bando, in modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prendere parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire "virtuosa" – potrebbe ammettersi, in via del tutto straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando⁴⁰. Al di fuori di queste ipotesi, tale previsione del RTI sarebbe contraria alla ratio dell'istituto.

³⁶ Cfr. OCSE, già cit., in cui si ribadisce l'importanza che il processo di aggiudicazione degli appalti pubblici non sia affetto da pratiche come la collusione tra le imprese, il *bid rigging*, la frode e la corruzione.

³⁷ Ricordiamo il recente caso *Servizi aggiuntivi di Trasporto pubblico nel Comune di Roma*, sopra citato, nell'ambito del quale l'Autorità ha accertato la sussistenza di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, finalizzate a concertare la partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi di Trasporto pubblico locale, per confermare il mantenimento dei servizi in capo al soggetto che già lo deteneva (incumbent) e, in ogni caso, per ridurre i margini di concorrenza tra operatori in caso di partecipazioni a gare fuori bacino. Altro intervento recente riguarda il procedimento istruttorio, avviato ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE nei confronti delle società Unicredit Spa, Intesa Sanpaolo Spa, Banca Monte dei Paschi di Siena (BPMS) e Banca Nazionale del Lavoro (BNL), con il quale è stata accertata un'intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto il coordinamento delle rispettive modalità di partecipazione a quattro gare bandite da INAIL, negli anni dal 1996 al 2005, per l'affidamento del proprio servizio di cassa.

³⁸ Secondo consolidata giurisprudenza amministrativa e civile relativa al RTI, la ratio fondamentale dell'istituto è da individuarsi nella sua capacità di ampliare il novero dei partecipanti, abbattendo le barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati dalle stazioni appaltanti. Questa ratio esalta le potenzialità del RTI quale strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale in gara, consentendo alla Pubblica Amministrazione di selezionare l'offerta migliore, in termini economici e tecnici, tra quelle presentate da una platea più ampia di imprese. Al riguardo, cfr., Consiglio di Stato, VI, 22 marzo 2001 n.1682; Consiglio di Stato, V, 15 giugno 2001, n.3188; Consiglio di Stato, V, 18 ottobre 2001, n. 5517; Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2002 n. 2294; Consiglio di Stato, 30 gennaio 2001, n. 2641; Corte di Cassazione, I, 2 marzo 1996, n. 1650.

³⁹ Cfr. AS251, già cit.; cfr. AS415, "*Bando di gara avente ad oggetto la fornitura di servizi di telefonia mobile per le pubbliche amministrazioni*", in cui l'Autorità riscontra come il bando sia in linea con i principi espressi nei precedenti pareri dell'Autorità, in quanto prevede che due o più imprese che siano in grado di soddisfare individualmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione alla gara non possano partecipare in un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI).

⁴⁰ Cfr. Consiglio di Stato, VI, 8 aprile 2000, n. 2056, e TAR del Veneto 16 marzo 2002, n. 1097. In entrambe le pronunce, l'utilizzo dell'istituto da parte di imprese singolarmente idonee a partecipare alla gara è ammesso con

Pertanto, nella prospettiva della tutela della concorrenza dell'Autorità, la previsione dei RTI deve limitarsi ai casi in cui essi siano effettivamente necessari per aumentare, e non per ridurre, il numero dei partecipanti alla gara.

Inoltre, non si può affermare in assoluto il carattere astrattamente pro concorrenziale del RTI. Al contrario, la sua concreta portata e finalità va verificata caso per caso.

Infatti, il RTI, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario e nazionale. Essendo il RTI chiaramente un accordo, come tale, va esaminato ai sensi della normativa antitrust, risultando lecito solo se non ha per oggetto o per effetto di restringere o falsare la concorrenza.

Risulta, senza dubbio, compatibile con le disposizioni della normativa antitrust quando interviene tra imprese che non sono concorrenti: o perché sono attive in settori merceologici diversi, tutti rilevanti ai fini della partecipazione alla gara, o perché non tutte di modeste dimensioni, cioè non possiedono da sole i requisiti richiesti per potere partecipare individualmente alla gara, e dunque pur potendo essere in astratto concorrenti non lo sono con riferimento a quella specifica gara. In tali casi, i RTI acquisiscono una valenza procompetitiva, consentendo di sfruttare le sinergie tecniche e produttive.

Se invece i raggruppamenti temporanei d'impresa sono realizzati tra imprese che producono il medesimo bene o servizio, essi possono integrare una violazione della normativa a tutela della concorrenza, quando le singole imprese partecipanti avrebbero potuto individualmente partecipare alla gara di appalto, in considerazione della loro dimensione e della capacità produttiva disponibile.

In ogni caso, i bandi di gara non possono prevedere che i requisiti relativi alla capacità tecnica e finanziaria debbano essere soddisfatti dalle singole imprese associate nel raggruppamento, anziché dal raggruppamento nel suo complesso. Tale orientamento origina dalla considerazione che l'effettivo partecipante alla gara è l'RTI e non le singole imprese⁴¹, conformemente alla finalità, che il legislatore ha assegnato ai raggruppamenti temporanei di imprese, di associare imprese tra loro indipendenti al fine di raggiungere una capacità complessiva idonea alla partecipazione alla gara.

Tale impostazione di principio è ribadita in numerosissimi casi dall'Autorità⁴². La situazione è evidentemente diversa se ciascuna delle imprese che partecipa al raggruppamento possieda individualmente i requisiti per la partecipazione alla gara stabiliti dal bando. In tale caso, infatti, il raggruppamento potrebbe avere, se non un oggetto, quanto meno un effetto restrittivo. Mettendo insieme più potenziali partecipanti, il RTI finisce per ridurre il numero di partecipanti, a svantaggio della stazione appaltante.

L'autorità, seguendo tale impostazione, è arrivata ad affermare che le stazioni appaltanti debbano necessariamente prevedere nel bando l'esclusione alla radice della partecipazione alla gara da parte di raggruppamenti composti da imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i

riferimento ad ipotesi particolari: si tratta di forniture consistenti in servizi di tesoreria di pertinenza di enti pubblici locali, in cui l'aggregazione delle imprese è strettamente funzionale al soddisfacimento dell'interesse specifico della Pubblica Amministrazione alla capillarità del servizio di tesoreria. Nella sentenza del Consiglio di Stato, VI, 8 aprile 2000, n. 2056, in particolare, si legge: "... l'Amministrazione ha consentito e favorito la costituzione di raggruppamenti proprio allo scopo di ottenere offerte meglio rispondenti all'interesse pubblico alla capillarità del servizio".

⁴¹ Consiglio di Stato, sentenza del 20 maggio 1992, n. 422, in Foro Amministrativo, 1992, pag. 1106.

⁴² Cfr. S489 del 1 luglio 2002 sul "bando di gara relativo all'affidamento del servizio di noleggio full service di macchine fotocopiatrici digitali e dei servizi connessi"; S492 del 23 luglio 2002 sul "bando di gara per la fornitura di energia elettrica alle pubbliche amministrazioni e agli enti pubblici predisposto da Consip s.p.a.", nonché AS251 già cit..

requisiti per la partecipazione. In alternativa, l'AGCM ha prospettato che nel bando sia indicata una soglia massima di capacità finanziaria e tecnica oltre la quale l'impresa non può partecipare in RTI. In linea di massima, l'Autorità ha seguito un approccio restrittivo anche nel caso di RTI sovradimensionati rispetto ai requisiti previsti nei bandi di gara, sempre qualora due o più imprese concorrenti siano in condizioni di partecipare individualmente ad una gara. In tali casi, la partecipazione congiunta potrebbe risultare giustificata da un coordinamento a monte volto ad alterare il confronto concorrenziale in sede di gara⁴³.

ii) La partecipazione delle imprese controllate e collegate

Per evitare offerte provenienti da imprese solo in apparenza autonome, ma in realtà legate da vincoli interni, fattuali o giuridici, tali da poter essere ricondotte ad un unico centro di interessi, l'Autorità si è sempre mostrata favorevole all'inserimento nei bandi di gara di previsioni concernenti il divieto di partecipazione per le imprese - singole ovvero riunite in raggruppamenti temporanei di impresa o consorzi - che abbiano rapporti di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359, commi 1, 2 e 3 del Codice Civile con altre imprese partecipanti, a loro volta singolarmente o in quanto componenti di RTI o consorzi, escludendo invece del tutto soggetti coinvolti in situazioni oggettive lesive della par condicio tra i concorrenti e/o della segretezza delle offerte. Tali previsioni appaiono utilmente volte a tutelare il corretto e trasparente svolgimento della gara ed a evitare che il libero gioco della concorrenza e la conseguente scelta del miglior contraente risultino alterate dalla presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi. In tal modo si è espressa l'Autorità in numerosissime occasioni.

Tuttavia, al riguardo si fa presente che con l'art. 3 della legge 20 novembre 2009, n. 166, di conversione del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, recante "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*", il legislatore nazionale, nel dare esecuzione alla sentenza del 19 maggio 2009 con cui la Corte di Giustizia si è pronunciata in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 29, co. 1, della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi⁴⁴, ha modificato le disposizioni di cui agli artt. 38, co. 1 e 34, co. 2, del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006). Per effetto delle modifiche introdotte, la disciplina oggi vigente consente la partecipazione alla medesima procedura di gara di imprese in situazione di controllo, laddove il rapporto di controllo sia valutato ininfluenza in ordine alla formulazione delle offerte⁴⁵.

⁴³ Tale interpretazione è stata seguita dall'Autorità nell'ambito del procedimento istruttorio sopra citato I..., in cui le aggregazioni a carattere nazionale poste in essere dalle imprese coinvolte risultavano volte a coordinare la partecipazione delle stesse alle gare future per l'affidamento del servizio pubblico locale, nell'ottica di proteggere il bacino storico di riferimento dell'operatore dominante già attivo in una determinata area territoriale. Tale impostazione non è seguita dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale il sovradimensionamento non è illecito di per sé, ma solo nella misura in cui si inserisca in un insieme di elementi di fatto da cui sia possibile operare una logica inferenza circa l'esistenza di un piano collusivo (cfr. decisione n. 2204/2009).

⁴⁴ Cfr. direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. La direttiva è stata successivamente abrogata dall'articolo 82 della Direttiva 2004/18/CE.

⁴⁵ Alla luce delle statuizioni del giudice comunitario, la disciplina nazionale in materia di contratti pubblici non potrebbe prevedere infatti in caso di controllo formale ex art. 2359 c.c. l'automatica esclusione dalla gara, quanto piuttosto che - stabilito il diritto alla partecipazione di tutte le imprese interessate - sia la stazione appaltante a dover accertare se l'eventuale rapporto di controllo abbia influenzato la formulazione delle offerte.

Secondo quanto statuito dal legislatore italiano, la stazione appaltante dovrà, al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte, verificare se il rapporto di controllo abbia o meno influito sulla presentazione delle stesse e alla luce di tale verifica, dovranno essere esclusi i concorrenti per i quali, sulla base di univoci elementi, sia accertato che la relativa offerta è imputabile ad un unico centro decisionale.

A tal riguardo, l'Autorità con una recentissima segnalazione adottata ai sensi dell'art. 21 della L. n. 287/90⁴⁶, ha ritenuto opportuno segnalare le modalità prescelte dal legislatore nazionale per dare attuazione alla sentenza con cui la Corte di Giustizia ha ritenuto che determinasse un'ingiustificata compressione del favor participationis la norma nazionale che vietava in senso assoluto la partecipazione alla medesima gara di due imprese legate da un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 del c.c., dovendo viceversa tale causa di esclusione essere valutata in concreto, con riguardo alla possibilità che il rapporto di controllo formale definisca effettivamente l'esistenza di un unico centro decisionale in relazione alla offerte di gara.

L'art. 3 della legge n. 166/2009 (di conversione del d.l. n. 135/2009), infatti, nell'eliminare il divieto assoluto precedentemente previsto, ha disposto altresì la presentazione di una semplice autodichiarazione da parte delle imprese circa il fatto che il rapporto di controllo con altri partecipanti alla gara, laddove esistente, non sia atto a condizionare l'autonomia delle relative offerte; ha previsto, infine, la possibilità per le stazioni appaltanti di disporre l'esclusione di una o più imprese partecipanti, solo sulla base di una verifica successiva alla valutazione delle offerte economiche presentate.

L'Autorità, nel ribadire l'importanza generale del principio del favor participationis, ha segnalato al legislatore che le nuove recenti disposizioni aumentano potenzialmente il rischio collusivo rispetto al passato, in particolare laddove non garantiscono appieno la possibilità per le stazioni appaltanti di svolgere una completa e ponderata valutazione in ordine alla effettiva capacità del rapporto di controllo di influire sulla necessaria autonomia delle offerte.

In tal senso, l'Autorità ha sottolineato la necessità che, in sede di disciplina attuativa della norma, il legislatore definisca in modo dettagliato un insieme di elementi informativi minimi che le imprese debbono produrre in allegato alla prescritta autodichiarazione¹¹.

A titolo puramente esemplificativo, appare necessario che le imprese producano, oltre alle usuali informazioni sulla propria struttura societaria ed eventualmente del gruppo di appartenenza, nonché sui rapporti economici fra loro intercorrenti in particolare nei casi di rapporti di acquisto o fornitura, anche indicazioni sull'esistenza e sui contenuti di eventuali patti parasociali nei diversi azionariati. Dovrebbero pure essere fornite indicazioni di dettaglio sulla composizione dei diversi organi societari, con particolare riguardo a quelli deliberanti su scelte strategiche, inerenti la possibile sussistenza di legami personali o di compresenza degli stessi amministratori negli organi delle imprese, con conseguente presunzione di violazione del requisito della riservatezza delle offerte; infine, assume rilievo anche la sussistenza di eventuali legami finanziari, in grado di condizionare reciprocamente, pur in un contesto organizzativo basato su processi decisionali formalmente distinti, i risultati economici delle imprese interessate.

IV. Alcuni dati ed osservazioni sull'attività consultiva resa dall'Autorità nei confronti di Consip.

⁴⁶ Cfr. AS659, del 4 febbraio 2010, "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il mercato e la concorrenza", in Boll. 4/10.

Dopo aver descritto i principi generali a tutela della concorrenza che dovrebbero ispirare le procedure di gara indette dalle Pubbliche amministrazioni, di seguito si forniscono alcuni dati relativi all'attività consultiva resa dall'Autorità con specifico riguardo ai bandi di gara Consip.

Al riguardo, si osserva che a partire dal 2002 sino ad oggi, risultano essere meno di ottanta i pareri rilasciati, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90, dall'Autorità su richiesta del Ministero delle Finanze, in merito alla predisposizione da parte di Consip di bandi di gara per la fornitura di beni e servizi a favore della P.a..

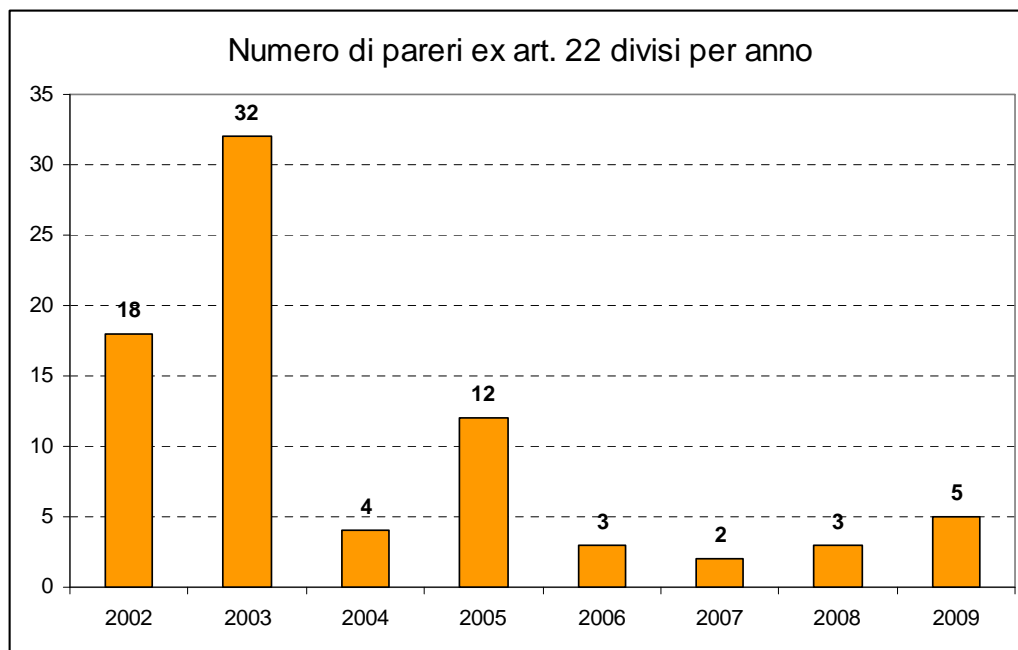
Di seguito, si fornisce una tabella che riporta l'attività complessiva relativa ai pareri rilasciati a Consip nei diversi settori di attività dell'Autorità, con indicazione del dato percentuale riferito a ciascuna delle categorie merceologiche ed a ciascun anno.

Categorie merceologiche	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Totale per categoria	In % per categoria
TLC	3	4	2	1	0	2	1	1	14	17.7%
Energia elettrica e gas	3	7			1		1	2	14	17.7%
Industria petrolifera		3	1						4	5.1%
Trasporti e noleggio mezzi di trasporto	2	2	1	2					7	8.9%
Industria farmaceutica		4		1					5	6.3%
Macchine per ufficio	4	1							5	6.3%
Altre attività manifatturiere	2	1		2					5	6.3%
Sanità e Servizi sociali							2		2	2.5%
Meccanica		1			1				2	2.5%
Materiale elettrico e elettronico	2	2							4	5.1%
Ristorazione	1			2					3	3.8%
Servizi vari		4		2	1			1	8	10.1%
Servizi finanziari; Assicurazioni e fondi pensione		1		1					2	2.5%
Categoria residuale	1	2		1				1	5	6.3%
Totale per anno	18	32	4	12	3	2	3	5	79	100.0%

% per anno	22.8%	40.5%	5.1%	15.2%	3.8%	2.5%	3.8%	6.3%	100.0%
------------	-------	-------	------	-------	------	------	------	------	--------

Dall'esame dei dati sopra rappresentati si evince che circa il 64% dei pareri è stato rilasciato nei primi anni di attività della Consip, ossia tra il 2002 e il 2003. Tale percentuale si è notevolmente ridotta negli anni seguenti, attestandosi su un dato percentuale medio di circa il 5%. Si può osservare solo un lieve incremento con riguardo all'anno 2005, in cui il dato medio sale al 15%.

Di seguito, si riporta altresì un grafico che rappresenta l'andamento complessivo dell'attività consultiva resa dall'AGCM nei confronti di Consip, sulla base del numero di pareri resi.



Tale andamento può essere giustificato da diverse ragioni, tra le quali anche la lunga durata delle convenzioni stipulate tra Consip e le Amministrazioni per le varie categorie di forniture di beni e servizi. Tuttavia, la ragione principale che giustifica tale tipo di andamento è costituita dal fatto che Consip, attraverso la fitta attività consultiva resa dall'AGCM soprattutto nei primi anni, ha gradualmente acquisito le competenze e le conoscenze necessarie per garantire la massima partecipazione delle imprese interessate alle proprie procedure di selezione. Il raggiungimento di tale obiettivo è stato possibile attraverso la correzione da parte di Consip degli aspetti dei bandi di gara relativi alla definizione dei requisiti di accesso alla gara, nonché attraverso la corretta utilizzazione, sotto il profilo concorrenziale, di diversi istituti, quali ad esempio il raggruppamento temporaneo d'impresa, nell'ottica di consentire nuove e maggiori opportunità di partecipazione alle imprese presenti nei vari settori.

Rileva osservare altresì che a seguito del parere AS251 con il quale sono stati individuati e suggeriti i criteri generali per la predisposizione dei bandi di gara, l'attività consultiva dell'AGCM nei confronti di Consip si è notevolmente ridotta. Tale parere, di carattere generale, risalente al 2003, costituisce lo spartiacque dell'attività consultiva resa dall'AGCM nei confronti della suddetta centrale di committenza. Infatti, successivamente a tale intervento, si può osservare come, nella gran parte dei pareri rilasciati, l'Autorità ha riscontrato la sostanziale conformità dei bandi di gara e dei relativi disciplinari predisposti ai principi pro-concorrenziali espressi dalla stessa. Infatti, come confermato anche dai rappresentanti della Consip, a seguito di tale intervento di carattere generale,

nonché della segnalazione S536, che ha fornito ulteriori chiarimenti in ordine all'applicazione dei suggerimenti ivi espressi ad istituti specifici, quali l'avvalimento ed il subappalto, la Consip ha iniziato a seguire i suggerimenti dell'Autorità, non risultando pertanto necessario la sistematica richiesta di parere.

In linea generale, si può osservare come attualmente vengano sottoposte al sopraindicato parere preventivo dell'Autorità solo le nuove iniziative, le iniziative il cui impianto risulta sostanzialmente modificato rispetto ad una precedente edizione già vagliata dalla medesima Autorità, le iniziative che suggeriscano per una specifica iniziativa di non recepire il parere AS251, nonché le iniziative comunque considerate di particolare rilievo dal punto di vista concorrenziale. Inoltre, si evidenzia come molte delle richieste di parere avanzate sono state giustificate principalmente da esigenze specifiche, legate alla categoria merceologica interessata, come ad esempio accade nei settori regolamentati⁴⁷. Tale circostanza spiega altresì come la maggioranza dei pareri siano stati rilasciati con riguardo ai settori delle telecomunicazioni e dell'energia elettrica e del gas.

Infatti, come noto, la Consip bandisce gare che insistono su diversi mercati regolamentati i quali, soprattutto per quanto riguarda i settori dell'energia e del gas, sono caratterizzati da un'estrema variabilità della normativa regolatoria. Tale variabilità potrebbe in alcuni casi determinare incertezze nella definizione della documentazione di gara. Infatti, la frequenza di interventi di regolazione, spesso preannunciati attraverso la pubblicazione di documenti di consultazione del mercato, impedisce, inoltre, di avere un quadro economico di riferimento stabile nel medio e lungo termine con conseguente possibile difficoltà nella predisposizione dell'offerta economica per la partecipazione all'appalto⁴⁸. Più in generale si rileva che, ferme rimanendo ovviamente le competenze delle singole Autorità di regolazione, i tempi di espletamento delle varie attività di controllo sul rispetto della disciplina regolatoria si dimostrano spesso non compatibili con i tempi di espletamento ed aggiudicazione della gara. Per mitigare comunque gli effetti delle modifiche della disciplina regolatoria durante l'esecuzione del contratto vengono introdotti, ove possibile, appositi meccanismi di adeguamento dei corrispettivi⁴⁹.

In conclusione, esiste, in linea di principio, una potenziale tensione tra aggregazione della domanda a livello nazionale – che dovrebbe permettere il raggiungimento di migliori economie di scala da parte dei fornitori e, quindi, costi unitari di produzione via via più bassi – e livello di partecipazione dal momento che i requisiti d'accesso diventano sempre più stringenti, influenzando negativamente sul numero di partecipanti effettivi. Tuttavia, il disegno delle gare Consip, in ossequio ai principi generali sanciti dall'Autorità, persegue proprio il contemperamento dei due sopramenzionati effetti. Il compromesso viene ricercato attraverso varie precauzioni, tra cui la suddivisione dell'appalto in diversi lotti geografici e/o merceologici. Di conseguenza, si cerca di facilitare la partecipazione di

⁴⁷ Al riguardo, tra i più recenti pareri rilasciati si cita S111 del 7 gennaio 2010 – *Consip/Telefonia mobile*.

⁴⁸ A titolo di esempio si cita l'obbligo di emissione in rete di energia rinnovabile originariamente in capo ai produttori che doveva essere trasferito in capo ai venditori. L'intervento normativo preannunciato è stato rinviato, al momento, di un anno.

⁴⁹ A titolo esemplificativo per la Telefonia Fissa sono stati individuati specifici parametri di riferimento per l'adeguamento dei corrispettivi in fase di esecuzione contrattuale, quali il prezzo per "coppia simmetrica in rame in sede d'utente per ISDN BRA, POTS, ADSL, SHDSL e VDSL" presente sull'Offerta di Riferimento Wholesale di Telecom Italia, nonché i prezzi, contenuti nell'Offerta di Riferimento Servizio Wholesale Line Rental (OR) di T.I., per la linea POTS bidirezionale, Accesso ISDN BRA multipla bidirezionale e Accesso ISDN PRA GNR.

Ulteriore esempio di tali preventive azioni volte a mitigare gli impatti della mutata disciplina regolatoria è rappresentato da una delle edizioni della gara Energia Elettrica nella quale venne disciplinato contrattualmente il meccanismo del passaggio da 4 a 3 fasce orarie di consumo, così come poi effettivamente introdotto dal provvedimento regolamentare intervenuto in fase di esecuzione del contratto.

imprese di grandi dimensioni, potenzialmente interessate a tutto l'appalto e quella di imprese di dimensioni inferiori che, spesso, dimostrano un interesse per frazioni (uno o alcuni dei lotti) dell'appalto.

La dimensione e il numero "ottimale" dei lotti vengono identificati da Consip seguendo un approccio "caso per caso". Le variabili che generalmente vengono esaminate sono: la distribuzione delle quote di mercato delle imprese operanti (gli indicatori sintetici sono quelli generalmente usati dalla stessa AGCM); la distribuzione geografica delle imprese (se rilevante per il servizio o la fornitura); il tasso di natalità/mortalità all'interno del mercato di riferimento (misura della dinamicità del mercato); la rilevanza delle joint-ventures tra imprese dello stesso mercato (al limite, anche solo accordi commerciali); la natura del contratto, ossia la complessità, rilevanza dell'aspetto logistico ecc. Rimane, in ogni caso, fermo il principio – sottolineato dall'AGCM – che il numero dei lotti deve essere sempre inferiore al numero dei potenziali partecipanti.