

Le intese e gli accordi restrittivi della concorrenza: gli strumenti per il corretto funzionamento del Mercato interno

di Matteo Pignatti

Title: The Agreements Restrictive of Competition: Tools for the Proper Functioning of the Internal Market

Keywords: Competition, Collusion, Public contracts.

1. – Le procedure di scelta del contraente si fondano sul rispetto di principi volti a bilanciare l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione in un rapporto bilaterale tra l'amministrazione aggiudicatrice e gli operatori economici che, nei mercati di riferimento, intendono presentare un'offerta (R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 67; G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017; S. Scoca, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (eds), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 337; S. de La Rosa, P. Valcarcel Fernandez (eds) *Les principes des contrats publics en Europe / Principles of public contracts in Europe*, Bruxelles, 2022).

I soggetti che interagiscono in questo rapporto giuridico bilaterale sono portatori di opposti interessi. Gli offerenti/candidati svolgono un'attività economica su un mercato e perseguono l'utile mediante l'aggiudicazione alle condizioni contrattuali maggiormente favorevoli in risposta all'invito ad offrire dell'amministrazione aggiudicatrice che, viceversa, persegue il *best value for money* (nel soddisfacimento dei propri fabbisogni).

Nel Mercato Interno, la concorrenza costituisce un valore ed uno strumento volto a garantire la correttezza dei rapporti che si definiscono al suo interno, a tutela della parità di trattamento degli operatori economici e l'efficacia della spesa pubblica.

In condizioni di economia di mercato, un'azione concorrenziale efficace è quella che può portare a prezzi più bassi o a una qualità maggiormente elevata, o a un maggior numero di innovazioni nell'offerta presentata (sulla nozione di innovazione si v.: M. Mazzucato, *Mission-oriented research & innovation in the European Union*, 2018; Id., *Mission-oriented public procurement: lessons from international examples*, in *UCL Institute for Innovation and Public Purpose*, 2020; M. Pignatti, *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2021, 1745-1771).

La garanzia di una concorrenza effettiva, leale e libera costituisce una tutela e un dovere per gli operatori economici. Elusioni, distorsioni e restrizioni della concorrenza possono essere poste in essere sia dalla parte pubblica, sia quella

privata. I soggetti pubblici possono porre in essere atti, azioni o omissioni durante l'intero ciclo del contratto pubblico. Nella fase preliminare, il dialogo con solo alcuni operatori economici può comportare vantaggi competitivi. La definizione di requisiti di partecipazione discriminatori può restringere il novero degli offerenti/candidati ponendo ostacoli non ragionevoli o non proporzionati rispetto all'oggetto del contratto, favorendo un determinato operatore economico (per inverso, viola la concorrenza, la mancata esclusione dalla procedura di scelta del contraente di un operatore economico privo dei requisiti di partecipazione richiesti). Nella fase di esecuzione, modifiche al contratto violano l'equilibrio concorrenziale definito con la gara (G. M. Racca, R. Cavallo Perin, G. L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *PCLJ*, 2011, Vol. 41, n. 1, 89 -108; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325-354. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia UE sulle modifiche sostanziali apportate ai contratti pubblici nella fase di esecuzione, quali contratti conclusi senza una procedura di gara: Commissione UE, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market*, 2011, 26-29).

Nello stesso modo, gli operatori economici possono impedire, limitare o distorcere la concorrenza ponendo in essere accordi elusivi finalizzati a "turbare" la gara per limitare il rischio economico connesso alla mancata aggiudicazione del contratto messo a gara. Tale rischio spinge gli operatori economici concorrenti reali o potenziali sul mercato ad accordarsi preventivamente per definire aspetti quali la loro partecipazione alle procedure di scelta del contraente (per mantenere quote di mercato concordate o la distribuzione territoriale del mercato), coordinare le offerte, fissare i prezzi, definire la qualità delle prestazioni distorcendo la concorrenza nel mercato di riferimento e limitandone l'ingresso a ulteriori potenziali concorrenti.

Per raggiungere questo obiettivo gli operatori economici si scambiano informazioni di mercato sensibili e segreti commerciali, coordinando così il loro comportamento nella partecipazione alle procedure di scelta del contraente e nella predisposizione delle rispettive offerte.

Queste forme di coordinamento tra le imprese non solo eludono la concorrenza, ma conducono a manipolazioni delle gare d'appalto (cd. turbativa di gara), in quanto distorcono il processo competitivo tra i partecipanti incidendo negativamente anche sui "desiderata" della pubblica amministrazione. In questo incidono negativamente sulle risorse pubbliche, sulla fiducia nel processo competitivo e sui possibili benefici di un mercato concorrenziale (gli aumenti di costo che gli acquirenti pubblici sostengono, rispetto ai prezzi in condizioni di mercato normali, è quantificato in circa il 60%. In un caso di presunta collusione attualmente oggetto di indagine negli Stati Uniti e che coinvolge una serie di grandi aziende farmaceutiche, le imprese coinvolte nel sistema collusivo sono accusate di aver aumentato artificialmente i prezzi di un certo numero di farmaci generici addirittura del 1000 % rispetto al loro normale prezzo di mercato. Cfr. ad es.: The World Bank, *Curbing fraud, corruption, and collusion in the roads sector*, 2011).

Per tali motivi, a livello internazionale ed europeo, la "turbativa d'asta" costituisce un comportamento vietato e, in molti ordinamenti giuridici nazionali, è configurato come illecito penalmente rilevante (a livello internazionale cfr. OLAF, *Fraud in Public Procurement - A collection of Red Flags and Best Practices*, 2017, realizzato sulla base del contributo fornito degli esperti degli Stati membri in seno al comitato consultivo per il coordinamento nel settore della lotta contro le frodi - COCOLAF. Il manuale contiene una sezione dedicata alla collusione che fornisce un elenco molto esaustivo e dettagliato di indicatori di rischio e suggerimenti per individuare la collusione nella fase antecedente al bando di gara e nella fase di

gara. Si v. anche lo studio commissionato dall'OLAF, *Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU*, 2013. Si v. anche: Nazioni Unite, *Guidelines for fighting bid-rigging in public procurement*, 2010; OECD, *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2012; OECD, *Linee guida per la lotta contro le turbative d'asta negli appalti pubblici*, 2009; The World Bank, *Fraud and Corruption Awareness Handbook for civil servants involved in public procurement*, 2013).

La Corte di Giustizia UE, nel caso in esame, si pronuncia sugli indizi di cui l'amministrazione aggiudicatrice deve disporre per valutare l'esclusione (da una procedura di scelta del contraente) degli operatori economici che hanno sottoscritto accordi intesi a falsare la concorrenza (dir. UE 2014/24, art. 57, par. 4, lett. d). La pronuncia pone in relazione la disciplina generale degli accordi/intese tra imprese, quale possibile condotta capace di restringere e distorcere la concorrenza (TFUE, art. 101) con le specifiche previsioni in materia di contratto pubblici, chiarendo il rapporto tra tali accordi e i principi di parità di trattamento e non discriminazione degli operatori economici (dir. UE 2014/24, art. 18).

La controversia attiene la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Bayerisches Oberstes Landesgericht* (Tribunale superiore del Land Baviera, Germania), nell'ambito di una controversia che oppone il *Landkreis Aichach-Friedberg* (circoscrizione di Aichach-Friedberg, Germania) e, dall'altro, la *J. Sch. Omnibusunternehmen* (commerciante che agisce in nome proprio) e la *K. Reisen GmbH* (società a responsabilità limitata), in merito all'aggiudicazione, dell'amministrazione pubblica, di un contratto di appalto pubblico avente ad oggetto servizi di trasporto pubblico mediante autobus.

Alla procedura di scelta del contraente (il cui bando era pubblicato il 19 dicembre 2019) entrambi gli operatori economici (coinvolti nel presente contenzioso) presentavano un'offerta (il 27 febbraio 2020). Ambedue le offerte risultavano riconducibili allo stesso soggetto (*J. Sch. Omnibusunternehmen* - che agiva sia in nome proprio e sia quale amministratore e socio unico della società a responsabilità limitata) e venivano conseguentemente escluse dalla procedura di gara.

A seguito di un primo reclamo, veniva proposto ricorso innanzi alla sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera del Sud (*Vergabekammer Südbayern* - Germania) che veniva accolto (con decisione del 12 gennaio 2021) ritenendo i ricorrenti un'unità economica (Corte giust., sent. 17-05-2018, C-531/16, *Specializuotas transporta*) ed il comportamento al di fuori dall'ambito di applicazione della disciplina degli accordi/intese tra imprese quale condotta restrittiva della concorrenza (TFUE, art. 101. Si v. Commissione UE, *Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di COVID-19*, 08-04-2020, in cui sono esaminate, sotto il profilo del diritto della concorrenza, possibili forme di cooperazione tra operatori economici al fine di garantire la fornitura e l'adeguata distribuzione di prodotti e servizi essenziali durante la pandemia di COVID-19).

In sede di appello, la Corte suprema bavarese (*Bayerisches Oberstes Landesgericht* - Germania), riteneva la *J. Sch. Omnibusunternehmen* e la *K. Reisen* un'unità economica ai sensi della giurisprudenza UE relativa all'articolo 101 TFUE e si domandava il rapporto esistente tra le cause di esclusione facoltative previste dalla disciplina europea in materia di contratti pubblici (dir. UE 2014/24, art. 57, par. 4, lett. d) e la disciplina degli accordi e intese restrittive della concorrenza (TFUE, art. 101).

2. – La Corte di Giustizia UE effettua preliminarmente un'analisi della prestazione contrattuale dedotta nel caso di specie, segnalando al giudice del rinvio che la

messa a disposizione o la gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto mediante autobus comunemente rientrerebbe nell'ambito di applicazione della Direttiva UE relativa ai settori speciali (dir. UE 2014/25, art. 11). L'eventuale applicazione di tale disciplina risulta comunque sostanzialmente conforme a quanto previsto nei settori ordinari, sia in relazione al principio di parità di trattamento (dir. UE 2014/25, art. 36, par. I), sia in relazione ai motivi di esclusione facoltativi (dir. UE 2014/25, art. 80, ove si rinvia al riguardo alla dir. UE 2014/24).

In relazione al rapporto tra la disciplina degli accordi tra imprese, quale motivo di esclusione facoltativo nelle procedure di scelta del contraente, e gli accordi / intese restrittive della concorrenza previste dai Trattati UE, si ritiene che i quesiti del giudice del rinvio conseguano alle peculiarità della disciplina tedesca (GWB, art. 124, par. I, p.to 4, che recepisce nell'ordinamento giuridico nazionale la dir. UE 2014/24, art. 57, par. 4, c. I, lett. d). Quest'ultima riprende la formulazione del generale divieto di intese e accordi restrittivi della concorrenza (GWB, art. 1 che riproduce il TFUE, art. 101). Tale divieto non è applicabile nell'ipotesi in cui gli accordi siano attuati da imprese che costituiscono un'unità economica (Corte giust., sent. 17-05-2018, C-531/16, *Specializuotas transporta*, p.to 28).

Tuttavia la previsione del TFUE differisce per ambito di applicazione e finalità rispetto a quanto previsto nel settore dei contratti pubblici. La previsione generale è volta a vietare accordi conclusi "tra imprese" (sulla differenza tra la nozione di "operatore economico" e quella di "impresa", cfr. Corte giust., sent. 15 settembre 2022, C-416/21, *J. Sch. Omnibusunternehmen and K. Reisen*, p.to 47), idonei a "pregiudicare il commercio tra Stati membri", al fine di reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e/o dissuaderle dal commettere tali comportamenti (Corte giust., sent. 6 ottobre 2021, C-882/19, *Sumal*, p.to 37).

Viceversa la previsione in materia di contratti pubblici, nel bilanciare la concorrenza con il principio di massima partecipazione nelle procedure di scelta del contraente (es. nei casi di gruppi di imprese), rinvia a casi in cui operatori economici concludono un accordo anticoncorrenziale (di cui l'amministrazione possiede "indicazioni sufficientemente plausibili"), qualunque esso sia, senza limitare l'applicazione ai soli accordi tra imprese di cui all'articolo 101 TFUE.

In tale contesto la facoltà (o l'obbligo, ove l'ordinamento giuridico nazionale lo abbia previsto come tale) per l'amministrazione aggiudicatrice di escludere un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di scelta del contraente è volto a consentire una valutazione circa l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli operatori economici (Corte giust., sent. 30-01-2020, C-395/18, *Tim*, p.to 41, in cui è chiarito che "il motivo di esclusione facoltativo menzionato all'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, letto in combinato disposto con il considerando 101 di quest'ultima, si fonda su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che in questo ripone la seconda"; Corte giust., sent. 03-10-2019, C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, p.to 26; Corte giust., sent. 19-06-2019, C-41/18, *Meca*, pti 29 e 30; S. Smith, *Exclusion from a procurement procedure on the grounds of a subcontractor's failure to comply with environmental, social and labour law obligations: C-395/18 Tim SpA*, in *PPLR*, 2020, NA89-NA95).

L'analisi evidenzia come, nel settore dei contratti pubblici, la violazione delle regole della concorrenza possa rilevare quale tipologia di grave "illecito professionale" (oggi comunque distinta dallo specifico motivo di esclusione di cui alla dir. UE 2014/24, considerando n. 101 e art. 57, par. 4, c. I, lett. c), che rende possibile un'interpretazione estensiva della nozione di accordi / intese previste dal TFUE. In tale contesto giuridico possono infatti rilevare accordi tra operatori economici che non pregiudicano il commercio tra Stati membri, se volti a

distorcere la concorrenza nell'ambito di una procedura di scelta del contraente. Pertanto, il solo fatto che un siffatto accordo tra due operatori economici non rientri nell'ambito di applicazione del TFUE non impedisce che esso possa essere coperto da tale motivo di esclusione facoltativo.

Tuttavia, per l'applicazione del motivo di esclusione, si presuppone necessariamente che vi sia una convergenza di volontà di almeno due operatori economici e la sussistenza di indizi ed elementi sufficienti che consentano all'amministrazione aggiudicatrice di ritenere che un accordo sia stato concluso tra due o più operatori economici per falsare la concorrenza.

Circa le possibili violazioni del principio della parità di trattamento, a seguito dell'applicazione di un motivo di esclusione che ostacolerebbe l'aggiudicazione dell'appalto a operatori economici che costituiscono un'unità economica, la Corte, chiarito il carattere tassativo delle cause di esclusione evidenzia come il principio di parità di trattamento risulterebbe violato nell'opposta situazione ove si ammetta che due o più offerenti presentino offerte coordinate o concordate, vale a dire non autonome né indipendenti (riconducibili ad un unico centro decisionale), che potrebbero procurare loro in tal modo vantaggi ingiustificati nei confronti degli altri offerenti (Corte giust., sent. 17-05-2018, C-531/16, *Specializuotas transporta*, p.to 29).

3. – La pronuncia della Corte di Giustizia fornisce lo spunto per analizzare, anche in chiave critica, i profili giuridici ed economici connessi alle condotte collusive poste in essere dagli operatori economici che prendono parte alle procedure di scelta del contraente e delle problematiche esistenti.

Le condotte collusive non necessariamente concernono soggetti giuridici che costituiscono un'unità economica, ma possono riguardare anche imprese controllate e collegate (come nel caso di gruppi di imprese) o operatori economici tra loro privi di legami giuridici. Tali condotte possono essere realizzate in vario modo e devono essere distinte da forme di cooperazione tra imprese ammesse dall'ordinamento giuridico europeo e da quelli nazionali (come nel caso di forme di cooperazione per la realizzazione di comportamenti coordinati che possono produrre benefici economici ed il cui effetto positivo per il mercato supera il potenziale effetto anticoncorrenziale). Nel novero di queste attività rientrano gli accordi volti alla costituzione di un consorzio o un raggruppamento o di un soggetto giuridico comune allo scopo di soddisfare i requisiti di partecipazione (a carattere economico-finanziario o tecnico-organizzativo) stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice.

Tali forme di coordinamento assumono altra connotazione ove siano finalizzate a distorcere e/o turbare il regolare svolgimento della procedura di scelta del contraente (e più in generale il singolo mercato rilevante) per finalità connesse al mero interesse economico.

Comportamenti coordinati o concordati degli offerenti/candidati possono essere realizzati in varie forme, e la difficoltà di avere informazioni e/o indizi circa tali condotte rende la loro individuazione particolarmente complessa. Tali comportamenti collusivi impediscono alle amministrazioni pubbliche di ottenere beni e servizi della qualità di cui necessitano o al minor prezzo possibile, incidendo negativamente sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Gli operatori economici possono accordarsi in anticipo sui contenuti delle offerte, o sulla spartizione del mercato (la c.d. "ripartizione del mercato" è una forma di collusione in cui i concorrenti concordano di non competere per certe tipologie di destinatari della prestazione contrattuale, in certi settori merceologici o aree geografiche, ad es. mediante uno schema di rotazione delle offerte o l'assegnazione di specifici "clienti" o tipologie di clienti alle imprese che prendono parte all'accordo, in modo che i concorrenti non facciano offerte o presentino solo

un'offerta di "copertura") allo scopo di limitare il livello di concorrenza nel mercato e consentire l'aggiudicazione del contratto ad un importo superiore o ad una componente qualitativa inferiore.

Gli schemi di turbativa della gara possono includere meccanismi per distribuire i profitti aggiuntivi ottenuti come risultato della collusione. A titolo esemplificativo l'accordo può avere ad oggetto l'astensione dalla presentazione di un'offerta (o il ritiro di offerte precedentemente presentate) allo scopo di per far accettare quella del vincitore designato e poter successivamente risultare affidatario di un contratto di subappalto (consentendo così la suddivisione del margine di utile derivante dall'offerta presentata. Cfr. B. Cesi - M. Lorusso, *Collusion in Public Procurement: the Role of Subcontracting*, in *Journal of Analytical and Institutional Economics*, 2020, Vol 37, 251-265). Nello stesso modo, la partecipazione in forma congiunta ad una procedura di scelta del contraente (in raggruppamento o consorzio) può costituire una modalità di ripartizione degli utili tra imprese colluse. Si richiede una cautela specifica quando le imprese coinvolte in precedenti eventi distorsivi della concorrenza partecipano congiuntamente ad una procedura di gara. In tali situazioni risulta essenziale l'attività svolta dalle Autorità di Vigilanza ed un richiamo (nei documenti di gara) ad eventuali limiti all'aggregazione di imprese singolarmente titolari dei requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura di gara.

La collusione tra operatori economici può prevedere la presentazione di offerte "concordate" e includere pagamenti nell'ambito dell'ordinaria attività economica svolta mediante contratti di consulenza o per altre prestazioni fittizie (il cd. "pagamento compensativo". Cfr.: OECD, *Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007; OECD, *Linee guida per la lotta contro le turbative d'asta negli appalti pubblici*, 2009). L'offerta di "comodo" si verifica quando la persona fisica o giuridica che la presenta intende trasmettere l'impressione di una concorrenza effettiva. Tuttavia i contenuti delle offerte sono concepiti in modo da contenere un importo superiore rispetto all'offerta del vincitore designato (o un importo notoriamente troppo elevato per essere accettato e / o condizioni particolari notoriamente inaccettabili per l'amministrazione aggiudicatrice).

Le relazioni tra le imprese parte di un accordo collusivo possono prevedere metodologie più elaborate per la distribuzione dei proventi illeciti contenendo rapporti temporali che si sviluppano in mesi o anni.

Il modo in cui gli accordi collusivi vengono realizzati è variegato e può comprendere contestualmente l'integrazione di più tecniche. Ad esempio, il meccanismo delle offerte di comodo può essere accompagnato da un sistema di rotazione delle offerte in cui le imprese colluse continuano a partecipare alle gare ma decidono di presentare a turno l'offerta vincente (in tale scenario, potrebbe essere attribuito agli operatori economici che partecipano alla pratica anticoncorrenziale un determinato valore monetario distribuendo all'interno della compagine i contratti o assegnare volumi che corrispondono alle dimensioni di ciascuna impresa).

I fattori che favoriscono il comportamento collusivo delle imprese che partecipano alle procedure di scelta del contraente sono sovente connessi alle caratteristiche della struttura concorrenziale del mercato rilevante.

Un accordo collusivo efficace richiede alle imprese partecipanti di concordare procedure comuni in termini di attuazione, verifica del rispetto di quanto concordato e sanzioni per il mancato rispetto. Il rischio di turbativa d'asta riguarda tutti i settori economici, ma la presenza di determinate caratteristiche settoriali e merceologiche possono favorire i comportamenti collusivi. In tale senso possono essere individuati degli elementi ed indicatori da prendere in considerazione per individuare una particolare idoneità di un mercato a comportamenti collusivi tra gli operatori economici che vi operano. Tra questi

l'eventuale numero ridotto di imprese che operano al suo interno (comunemente quanto minore è il numero di imprese in un mercato rilevante, più è facile per loro raggiungere un accordo volto ad orientare le politiche commerciali); la complessità all'ingresso in un determinato mercato (ad es. gli ostacoli economici connessi ad investimenti e/o autorizzazioni necessari può rendere complesso l'ingresso in un mercato rilevante e contribuisce a sostenere gli sforzi di manipolazione delle offerte); la relativa stabilità delle quote di mercato degli operatori economici presenti nel mercato (tale fattore può essere indice della volontà degli operatori economici di mantenere l'equilibrio che si è creato mediante accordi collusivi e quanto più a lungo le quote di mercato delle rispettive imprese rimangono stabili, più il ruolo di questo fattore risulta determinante); un flusso costante e prevedibile di domanda da parte del settore pubblico (le variazioni significative della domanda o dell'offerta all'interno di un mercato tendono a destabilizzare gli accordi collusivi) o i periodi di crisi e incertezza economica (la collusione nelle gare è utilizzata per equilibrare le perdite dovute alla crisi); lo svolgimento di acquisti ripetuti aventi il medesimo oggetto contrattuale; l'assenza di soluzioni utili nel mercato (es in situazioni di oligopolio o in presenza di brevetti).

Per promuovere una concorrenza più efficace e ridurre il rischio di turbativa nelle procedure di scelta del contraente possono essere predisposti differenti misure.

La professionalità dei funzionari pubblici che definiscono la strategia di gara e la conoscenza del singolo mercato di riferimento costituiscono elementi essenziali. La definizione di una corretta strategia di gara, non ripetitiva (e quindi capace di evitare la prevedibilità del contenuto della documentazione di gara e/o la creazione di abitudini e relazioni consolidate tra gli operatori economici) e realizzata tenendo conto delle peculiari caratteristiche del mercato di riferimento, può costituire stimolo alla concorrenza (la prevedibilità delle attività e delle scelte dell'amministrazione aggiudicatrice può essere evitata modificando la ripetitività annuale della medesima calendarizzazione delle procedure di gara e dei quantitativi acquistati).

La definizione della strategia di gara influisce altresì sul numero e sulla tipologia di fornitori che saranno incoraggiati a partecipare e di conseguenza può incidere sul livello di concorrenza all'interno di un mercato (mantenendo un numero elevato di possibili operatori economici interessati a partecipare a gare future). L'utilizzo di clausole chiare e volte a favorire la partecipazione alla procedura di scelta del contraente (ad es. mediante la riduzione degli oneri amministrativi e degli adempimenti burocratici) può costituire incentivo per la partecipazione anche da PMI. La partecipazione ad una gara può ad esempio essere agevolata mediante la previsione di requisiti di partecipazione non elevati (soprattutto quelli a carattere economico-finanziario o tecnici), anche in ragione della previsione di più lotti (tale scelta deve tenere in considerazione le caratteristiche specifiche del mercato, in quanto la definizione di più lotti può, in alcuni contesti, semplificare la "spartizione" del mercato tra le imprese oltre che costituire un frazionamento abusivo) e di un numero massimo di lotti aggiudicabile al medesimo offerente/candidato. La previsione di requisiti funzionali (incentrati su gli obiettivi da perseguire, anziché sui mezzi per conseguirli) nella documentazione di gara può favorire una maggiore competitività nel mercato e stimolare l'offerta di soluzioni innovative (la richiesta di soluzioni alternative o innovative rende più complessa la realizzazione di comportamenti collusivi).

Anche i criteri di aggiudicazione e di valutazione delle offerte possono incidere sui possibili accordi collusivi. In caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte in base a criteri diversi dal prezzo (come la previsione di criteri di valutazione a carattere tecnico-

qualitativo adeguatamente descritti e ponderati nei documenti di gara) può premiare le offerte di beni/servizi/lavori maggiormente corrispondenti al fabbisogno dell'amministrazione incentivando il *best value for money* e l'innovazione. La misura e i tempi in cui tali criteri e la loro ponderazione relativa sono resi noti prima della chiusura della gara può influire sulla capacità dei partecipanti di coordinare le loro offerte.

La stessa procedura di scelta del contraente può essere una fase in cui gli offerenti/candidati (scaduto il termine per la presentazione delle offerte) pongono in essere comportamenti collusivi. La limitazione delle informazioni sui nominativi e sul numero degli offerenti/candidati e la riduzione delle tempistiche per il suo svolgimento consentono di diminuire i rischi di eventi distorsivi della concorrenza. Un sistema elettronico per la presentazione delle offerte e la gestione della procedura in modalità telematica può velocizzare gli adempimenti, ridurre le possibili comunicazioni tra gli offerenti/candidati (la loro compresenza ad es. per sopralluoghi può favorire la parità di trattamento, ma consente a questi di comunicare tra loro) e consentire il tracciamento dell'attività degli offerenti/candidati fornendo elementi circa la realizzazione di una condotta collusiva (M. Pignatti, *Electronic Means as an Approach to Public Purchasing*, in G. M. Racca, C. R. Yukins (Eds.) *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruxelles, 2019, 471 e s.).

La scelta di riunire più procedure di scelta del contraente (comunemente svolte in modalità disgiunta) consente di ridurre i costi fissi connessi alla procedura di gara, rende possibile il ricorso a professionalità più elevate per la definizione della strategia di gara (es. mediante il ricorso a soggetti giuridici in cui lo svolgimento dell'attività contrattuale è il proprio fine istituzionale, come le centrali di committenza) e favorisce il monitoraggio sul comportamento tenuto dagli operatori economici nel mercato rilevante. Tale opzione non incide sul valore dei singoli contratti che possono comunque essere di importo ridotto (in ragione della previsione di più lotti di limitate dimensioni o strumenti e tecniche contrattuali che consentono un margine di flessibilità come l'accordo quadro o il sistema dinamico di acquisizione (la conclusione del contratto in due fasi deve essere valutata in relazione al livello di concorrenza presente nel singolo mercato. Tale elemento deve altresì essere preso in considerazione nella scelta del modello di accordo quadro da utilizzare M. Pignatti, *La disciplina dell'accordo quadro tra efficienza dell'attività contrattuale e il principio di concorrenza nell'ordinamento giuridico europeo*, in questa *Rivista*, 2021, 3193-3208).

Occorre una particolare attenzione nel garantire il rispetto del principio di trasparenza. Nella fase preliminare (ad es. in occasione di una consultazione preliminare di mercato) e in sede di gara deve essere valutata la natura delle informazioni fornite agli operatori economici, evitando di comunicare informazioni sensibili dal punto di vista concorrenziale poiché questo può agevolare in prospettiva gli accordi finalizzati alla turbativa della gara.

In sede di esecuzione, possibili modifiche apportate al contratto originario possono incidere comunque in chiavi anticoncorrenziali.

La segretezza dell'accordo collusivo e dei suoi contenuti comporta la necessità di prestare attenzione a comportamenti "sospetti" e "indizi" che possono indurre a valutare l'esistenza di un accordo volto a distorcere la concorrenza (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Vademecum per le stazioni appaltanti individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, 18 settembre 2013).

Tali "indizi" comunemente non sono esaustivi e costituiscono elementi che l'amministrazione può prendere in considerazione per valutarne il carattere insolito e l'eventuale rilevanza (si v. A Sanchez-Graells, *"Screening for Cartels" in Public Procurement: Cheating at Solitaire to Sell Fool's Gold?*, in *Journal of European*

Competition Law & Practice, 2019, 199-211, in cui si segnala la mancanza di risultati pratici nella elencazione di indizi. Tale attività risulta priva di rilevanza in termini giuridici e comporta il rischio di una maggiore attenzione, da parte degli operatori economici, al rispetto formale di aspetti inclusi in linee guida).

Questi indizi possono concernere differenti aspetti, quali: le modalità di presentazione delle offerte, la documentazione contenuta al loro interno, la frequenza delle aggiudicazioni o la mancata aggiudicazione degli appalti pubblici a singoli operatori economici, il ricorso al subappalto e a *joint venture* non dichiarate.

In tale senso può rilevare il comportamento degli offerenti/candidati. La presentazione dell'offerta migliore sempre da parte dello stesso operatore economico, la ripartizione geografica delle offerte aggiudicate agli operatori economici presenti in un mercato rilevante (es. quando alcune imprese risultano aggiudicatarie soltanto in determinate aree geografiche o quando non presentano offerte per gare alle quali ci si attenderebbe di norma che partecipassero, mentre continuano a farlo in altre gare, o ancora, l'alternanza delle imprese nell'aggiudicazione delle gare), la partecipazione di più imprese in modalità raggruppata anche se almeno una di queste è titolare dei requisiti per partecipare singolarmente alla procedura di scelta del contraente.

Indizi di una possibile turbativa d'asta possono emergere dalla documentazione presentata dagli offerenti/candidati. Occorre operare un attento raffronto tra tutti i documenti tenendo conto ad esempio di errori identici (di battitura o di calcolo), somiglianze di caratteri tipografici, ovvero l'utilizzo di formulari identici, la presenza riferimenti espliciti alle offerte di altre imprese oppure la presenza di riferimenti nell'intestazione di altri offerenti/candidati. Soprattutto in relazione ai documenti consegnati in originale, gli indizi possono concernere analogie presenti al loro interno (la fideiussione rilasciata dal medesimo soggetto, nella medesima data o nella loro numerazione progressiva) o della carta e delle buste utilizzate o ancora i riferimenti dell'ufficio postale o del corriere utilizzato per la loro trasmissione.

Anche i prezzi contenuti nelle offerte possono consentire di portare alla luce casi di accordi collusivi (ad es. aumenti dei prezzi non riconducibili a incrementi di costo e, all'apparenza, coordinati; prezzi offerti nella singola procedura di gara più alti rispetto alla media delle offerte in procedure di gara indette da altre amministrazioni; prezzi più alti offerti da operatori economici locali, rispetto alle condizioni contrattuali proposte per altri contratti).

Pratiche collusive che incidono sulle condizioni della prestazione contrattuale interagiscono altresì con la disciplina dell'anomalia dell'offerta e delle relative valutazioni. In questo caso riferimenti ad un accordo tra gli operatori economici può essere desunto dalla documentazione degli offerenti per giustificare i prezzi quotati sulla base delle "prassi suggerite dal settore", "prezzi standard di mercato" o "tabelle di prezzo di settore". Tali giustificazioni, oltre ad evidenziare l'esistenza di "prassi commerciali" nel settore, possono riportare all'utilizzo di una terminologia comune da parte di offerenti/candidati diversi.

Inoltre, a livello di singolo mercato rilevante, indizi possono essere dedotti dal comportamento degli operatori economici al mutare di situazioni consolidate. L'ingresso nel mercato di riferimento di un nuovo operatore economico può avere come conseguenza un notevole abbassamento del livello dei prezzi rispetto al passato. In questo caso il nuovo concorrente potrebbe essersi inserito in un precedente accordo destabilizzando il rapporto che si era consolidato.

Ulteriori tipologie di comportamenti sospetti sono lo svolgimento di incontri privati tra fornitori prima della presentazione delle offerte, spesso in prossimità della sede di consegna delle stesse o lo scambio di comunicazioni mediante posta elettronica.

Le offerte, i prezzi, le dichiarazioni o i comportamenti rilevati devono essere oggetto di ulteriori indagini per appurare se sono riconducibili o meno alla presenza di una turbativa d'asta, da realizzarsi in collaborazione con le Autorità garanti per la concorrenza ed il mercato.

Le singole amministrazioni possono realizzare ulteriori attività per contrastare la definizione di accordi collusivi tra gli operatori economici.

La formazione specifica costituisce elemento che al contempo contribuisce ad apportare una conoscenza maggiore nei funzionari pubblici che svolgono la propria attività in settori soggetti a tale tipologia di rischio e favorisce una maggiore attenzione e sensibilizzazione alla tematica.

La disponibilità di informazioni sul singolo mercato di riferimento e sui beni/servizi presenti al suo interno, oggi semplificata dalla digitalizzazione e dalla disponibilità di banche dati che sempre più si cerca di rendere interoperabili, consente di meglio comprendere la possibile presenza di caratteristiche capaci di favorire la collusione tra gli operatori economici e i prezzi comunemente praticati al suo interno e su tipologie di prodotti/servizi alternativi che possono comunque adattarsi al fabbisogno dell'amministrazione pubblica (anche in un contesto di innovazione e sostenibilità). Gli accordi collusivi possono non apparire evidenti dai risultati di una singola gara. Spesso la loro esistenza viene alla luce soltanto dopo aver esaminato i risultati di una serie di gare in un certo periodo di tempo (questo può essere il caso di accordi finalizzati ad una rotazione delle offerte concordata con schemi ricorrenti). I dati riferiti agli esiti delle precedenti procedure di scelta del contraente costituisce un elemento essenziale da prendere in considerazione per analizzare il comportamento tenuto dagli operatori economici presenti al suo interno nelle precedenti procedure di scelta del contraente ed individuare indizi di condotte collusive. In questo la collaborazione con i soggetti che operano con differenti ruoli nei mercati di riferimento può supportare l'efficiente ed efficace monitoraggio.

Le Autorità amministrative indipendenti costituiscono soggetti fondamentali per garantire il corretto funzionamento dei mercati ed intervenire mediante l'utilizzo di poteri di indagine, sanzionatori o attraverso l'azione innanzi agli organi giurisdizionali (si v. la legittimazione attiva riconosciuta nell'ordinamento giuridico italiano all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e all'Autorità Nazionale Anticorruzione. Sul p.to si v.: M. Pignatti, *Gli strumenti per la deflazione del contenzioso in materia di contratti pubblici: il ruolo delle autorità amministrative indipendenti e gli effetti sul mercato*, in *Giur. Arbitrale*, 2021, 363-390).

La dimensione globale dei mercati (G. F. Ferrari, *Le nuove frontiere del diritto della globalizzazione. Riflessioni di sintesi*, in questa *Rivista*, 2021, 871 e s.) conferisce altresì rilevanza alle forme di collaborazione a carattere sovranazionale (ad es. tra le autorità responsabili degli appalti pubblici e le autorità garanti della concorrenza nella Rete internazionale della concorrenza. Si v. ad es. International Competition Network, *Anti-cartel enforcement manual*, il capitolo *Relationships between Competition Agencies and Public Procurement Bodies*; C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato. Indirizzo politico e mercato nel mondo latino-americano*, Bononia University Press, 2018)).

Le associazioni di settore possono avere una duplice rilevanza e il loro ruolo deve essere attentamente valutato. In questo forme di collaborazione e lo scambio di informazioni (reso più semplice dalla digitalizzazione e dalla possibilità di implementare banche dati) tra i soggetti pubblici, le autorità amministrative indipendenti e le associazioni di settore possono costituire meccanismi pro-concorrenziali. Nello stesso modo, le associazioni di settore rendono possibile lo scambio di informazioni anche tra le imprese che colludono e costituiscono occasione di incontro e coordinamento delle politiche commerciali nei settori economici.

Un meccanismo che potrebbe essere sviluppato per far venire meno il vincolo che lega i componenti di un accordo collusivo è la definizione di un sistema di segnalazione delle irregolarità (*whistleblowing*), per la raccolta di informazioni sulle turbative d'asta da parte delle imprese e dei loro dipendenti, incentivando l'utilizzo di tale strumento al fine di “destabilizzare” il rapporto tra le imprese. Tale tecnica intende rendere profittevole rompere l'accordo collusivo denunciando l'esistenza dell'accordo o fissando un prezzo leggermente più basso di quello concordato nell'accordo aggiudicandosi una gara che era destinata ad un altro componente del cartello. Un accordo collusivo è dunque stabile se le imprese preferiscono dividersi il mercato rispetto a deviare dall'accordo (garantendo un maggior profitto, ma rischiando però di incorrere in futuro in ritorsioni da parte degli altri membri del cartello). A prescindere dalla tipologia di strategia punitiva che il cartello prevede, è cruciale per l'applicazione di tali punizioni che l'impresa che ha deviato sia facilmente e repentinamente individuabile. Se infatti fosse impossibile monitorare perfettamente i comportamenti (i.e. prezzi) di tutti i membri dell'accordo allora esisterebbe l'incentivo, almeno per un'impresa, di entrare (*ex ante*) nell'accordo, per poi rompere deviare, contando sul fatto che gli altri rispettino l'accordo. La definizione di un sistema di incentivi che non si applichi unicamente *ex post* (multe) ma anche *ex-ante*, e che incentivi la segnalazione di cartelli può influenzare i comportamenti delle imprese e la loro propensione ad accordarsi. I programmi di *Leniency* ad esempio prevedono atti di clemenza e incentivi per chi denuncia la presenza di un cartello (comunemente il riferimento è al primo soggetto che se ne avvale ammettendo il proprio coinvolgimento e accettando di collaborare con le Autorità competenti nei singoli ordinamenti giuridici) sotto forma di immunità o clemenza (C. Aubert - W. Kovacic – P. Rey, *The Impact of Leniency and Whistleblowers Programs on Cartels*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2006, 1241-1266; OECD, *Competition and procurement*, 2011, 108 e s.). Tali programmi permettono la cooperazione tra membri di un cartello e le autorità in cambio di clemenza su eventuali sanzioni o anche immunità (Commissione UE, *Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*, 2006).

4. – La constatazione che rapporti fra gli offerenti/candidati comportino un'influenza sul contenuto delle offerte presentate nell'ambito di una procedura di gara è sufficiente perché le suddette offerte possano non essere prese in considerazione dalla stazione appaltante, giacché le medesime dovrebbero essere presentate in completa autonomia ed indipendenza, anche quando provengono da offerenti tra loro collegati (v., in tal senso, Corte giust., sent. 17-05-2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, p.to 38).

A livello europeo tali problematiche sono state oggetto di valutazione e di analisi a cui ha fatto seguito una comunicazione sugli strumenti di lotta alla collusione negli appalti pubblici contenente orientamenti su come applicare il relativo motivo di esclusione (Commissione UE, *Comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione*, 2021). Tale documento, rivolto principalmente alle amministrazioni aggiudicatrici, benché rilevi le principali problematiche connesse agli accordi collusivi tra le imprese, non risolve alcune difficoltà pratiche nel rilevare le condotte anticoncorrenziali ed i profili giuridici (derivanti dagli ordinamenti nazionali) connessi all'adozione di un provvedimento di esclusione.

Gli orientamenti europei, riprendendo principi elaborati dalla giurisprudenza UE (a titolo esemplificativo: Corte giust., sent. 24-10-2018, *Vossloh*

Laeis GmbH c. Stadtwerke München GmbH, C-124/17; Corte giust., sent. 19-06-2019, *Meca Srl c. Comune di Napoli*, C-41/18; Corte giust., sent. 03-10-2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA c. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, C-267/18; Corte giust., sent. 20-11-2019, *Indaco Service Soc. coop. Sociale c. Ufficio Territoriale del Governo Taranto*, C-552/18), si concentrano nel definire i limiti dei singoli ordinamenti giuridici nazionali trascurando il carattere discrezionale del motivo di esclusione in questione e senza approfondire le modalità pratiche su come darne applicazione in maniera legittima.

Il suo limitato impatto pratico deriva altresì dalla natura non vincolante degli orientamenti adottati dalla Commissione UE. Tali atti devono infatti essere integrati negli ordinamenti giuridici degli Stati membri (che dovrebbero conformarsi per evitare contrasti). A questo proposito gli orientamenti UE, non paiono tenere conto delle possibili decisioni di altre autorità nazionali (autorità amministrative indipendenti o giudici amministrativi che possono dare applicazioni contrastanti), o aspetti giuridici quali la natura (Corte giust., sent. 30-01-2020, *Tim S.p.A. c. Consip S.p.A. e altri*, C-395/18, in cui l'esclusione è stata qualificata come una sanzione e la Corte di giustizia non ha disconosciuto al giudice del rinvio tale classificazione giuridica. In dottrina: S. Smith, *Exclusion from a procurement procedure on the grounds of a subcontractor's failure to comply with environmental, social and labour law obligations: C-395/18 Tim SpA*, in *PPLR*, 2020, NA89-NA95) ed il regime giuridico dell'eventuale esclusione, l'onere della prova, l'obbligo di motivazione, o le implicazioni pratiche connesse ad un risarcimento del danno per l'esclusione illegittima (che rappresenta un'area di costante interesse per gli offerenti e gli operatori nel settore dei contratti pubblici), lasciando tali profili al regime giuridico degli ordinamenti nazionali.

In questo, alcune indicazioni fornite dagli orientamenti europei rischiano di essere fuorvianti per le singole amministrazioni confondendo la nozione di "indizio" con quella di "prova" (cfr. gli orientamenti della Commissione UE, sezione 5.4, in cui si afferma che "le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a disporre di prove di collusione in una procedura di aggiudicazione in corso, poiché ciò sarebbe in contraddizione con la lettera della direttiva").

Gli indizi hanno un proprio valore, il problema irrisolto è tracciare la linea di demarcazione che consenta di valutare positivamente il supporto probatorio che l'amministrazione aggiudicatrice pone a supporto di una decisione di esclusione. Il valore giuridico di un "indizio" deve infatti essere coordinato con le caratteristiche che lo connotano. Se quindi "il comportamento anticoncorrenziale può essere provato non solo con prove dirette, ma anche con "indizi", questi devono risultare "oggettivi e concordanti e gli offerenti collegati" devono poter "fornire la prova contraria" (Corte giust., sent. 17-05-2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU, p.to 37; Corte giust., sent. 21-01-2016, *Eturas e a.*, C-74/14, p.to 37).

L'idea che "le norme nazionali" dovrebbero rispettare "sia la lettera che lo spirito della direttiva, la quale richiede solo la sussistenza di «indicazioni» della partecipazione ad accordi illegali che falsano la concorrenza in una procedura di aggiudicazione e non prove formali, come una sentenza di un organo giurisdizionale che confermi tale partecipazione" (sezione 5.4) omette che tali indizi devono essere tali da sostenere un eventuale contenzioso. Se può infatti escludersi la necessità di una precedente decisione amministrativa o giudiziaria (su cui fondare l'esistenza dell'accordo collusivo), ciò non farebbe venire meno la necessità di dimostrare l'attività collusiva sulla base delle peculiarità degli ordinamenti nazionali.

Rischia inoltre di essere fraintesa l'indicazione che fa rientrare tra gli "indizi plausibili" di collusione "l'informazione di cui sia venuta a conoscenza un'amministrazione aggiudicatrice in merito a un'indagine avviata dall'autorità

garante della concorrenza o ad accuse penali mosse contro la dirigenza dell'operatore per presunta collusione nella procedura di aggiudicazione in corso o in altre procedure di aggiudicazione”, in quanto tali atti, oltre a poter assumere un valore giuridico differente nei singoli ordinamenti giuridici, sollevano problematiche in relazione alla necessità di verificare gli esiti dell'attività di indagine oggetto dell'informazione. Questi aspetti sono di fondamentale importanza per l'adeguato adempimento dell'obbligo di motivazione del provvedimento di esclusione. Può risultare infatti complesso per un'amministrazione aggiudicatrice agire in presenza di meri indizi o informazioni provenienti da altri soggetti pubblici, anche in considerazione della circostanza che la documentazione amministrativa risulta comunque accessibile all'operatore economico ai fini di un eventuale ricorso in sede giurisdizionale.

Gli orientamenti europei non paiono quindi risolvere quei profili da cui derivano le problematiche pratiche che i funzionari pubblici sono chiamati a gestire nell'applicazione della disciplina europea e nazionale (e che possono incidere sul buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione. Cfr.: M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir. eco.*, 2018, 625 e s.; S. Battini - F. De Carolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 e s.; S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1 e s.; G. D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, II, 1106 e s.), soprattutto ove poste in relazione con il principio di proporzionalità (così come declinato in dir. UE 2014/24, art. 57, par. VI, in cui si riconosce all'offerente/candidato la possibilità di fornire prova della propria affidabilità).

A questo proposito, gli orientamenti UE sull'esclusione delle gare d'appalto avrebbero potuto utilmente sviluppare una *checklist* di “indizi” che potrebbero (oggettivamente) giustificare la non esclusione degli operatori economici dalla procedura di scelta del contraente o prevedere un'analisi trasversale o temporale della loro rilevanza (in genere di competenza delle autorità garanti della concorrenza).

Le indicazioni europee hanno però il merito di distinguere il motivo di esclusione basato sul sospetto di collusione (o di manipolazione delle procedure di scelta del contraente, di cui all'art. 57, par. 4, lett. d), da altri motivi fondati sull'affidabilità degli offerenti/candidati (cfr. la sezione 5.2, es. l'esclusione dovuta a “gravi illeciti professionali”, ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. c). Viene inoltre chiarita la necessità di una coerenza interpretativa tra la previsione relative all'accordo collusivo in materia di contratti pubblici con il trattato. Tale indicazione comporta che l'esclusione dalla procedura di scelta del contraente dovrebbe essere possibile, in maniera ampia, per tutti i tipi di comportamenti contemplati dall'articolo 101 del TFUE (in particolare, pratiche concordate e decisioni di associazioni di imprese, oltre agli accordi).

In tutti gli ordinamenti giuridici nazionali gli accordi collusivi tra le imprese, in generale e con specifico riferimento alle procedure di scelta del contraente, sono disciplinati in vario modo. In quasi tutti gli Stati membri le Autorità garanti per la concorrenza hanno predisposto autonome linee guida a supporto delle amministrazioni pubbliche nazionali (si v. Autorità Garante della concorrenza – Danimarca, *When companies bid jointly - guidelines for joint bidding under competition law – Guidelines*, 2020; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Italia, *Vademecum per le stazioni appaltanti individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, 18 settembre 2013; Autorité belge de la Concurrence, *Collusion dans les marchés publics - Guide pour les acheteurs chargés des marchés publics*, 2016).

Nell'ordinamento giuridico italiano, l'accordo collusivo prevede un obbligo di esclusione degli operatori economici che, ancorchè in situazione di controllo (*ex*

art. 2359 c.c.) o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, ove la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale (d.lgs. n. 50 del 2016, art. 80, c. V, lett. m, che riproduce la formulazione del precedente d.lgs. 12-04-2006, n. 163, art. 38, c. I, lett. m-quater). Tale previsione costituisce il risultato di una precedente evoluzione giurisprudenziale europea (Corte giust., sent. 19-05-2009, C-538/07, *Assitur s.r.l.* in cui era considerata non conforme alla disciplina europea una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabiliva un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che tale rapporto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara. In dottrina: M. Cozzio, *La condanna non definitiva quale causa di esclusione dalle gare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 335 e s.) finalizzata a bilanciare la massima partecipazione alle procedure di scelta del contraente con i divieti di accordi collusivi volti a distorcere la concorrenza. In tale contesto due operatori economici sono esclusi dalla gara quando le rispettive offerte possono essere materialmente ricondotte allo stesso soggetto giuridico o alla medesima volontà (e non quale conseguenza diretta del mero stato di collegamento).

La disciplina italiana tende ad evitare che il corretto svolgimento della procedura di scelta del contraente ed il libero gioco della concorrenza possano essere alterati dalla presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più operatori economici, siano tuttavia riconducibili ad un unico centro di interesse (Cons. St., V, 18-07-2012, n. 4189, che individua la *ratio* di tale previsione nell'evitare il rischio di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da stretta comunanza di interesse caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti, proprio per tale situazione, capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, coerentemente quindi ai principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Cost. it.).

A tal fine la stazione appaltante è chiamata ad effettuare una valutazione circa l'unicità del centro decisionale volta a postulare "l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata, nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo (*ex multis*: Cons. St., V, 16-02-2017, n. 496, in cui il Collegio chiarisce come incomba sulla stazione appaltante il solo onere di individuare gli indici dell'esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l'avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro"; Cons. St., III, 10-05-2017, n. 2173; Cons. St., III, 23-12-2014, n. 6379; Cons. St., V, 18-07-2012, n. 4189; Cons. St., V, 22-10-2018, n. 6010).

In tale prospettiva, si ritiene che l'onere della prova concerne soltanto l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale (il percorso presuntivo che conduce a ricavare un fatto ignoto da circostanze note, *ex art. 2727 c.c.*, pone quindi sulla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale a cui imputare i contenuti delle offerte sulla base degli indici presuntivi concreti - *ex multis*: quanto alla comunanza dell'organo di vertice tra le due imprese, Cons. St., V, 22-10-2018, n. 6010; Cons. St., III, 10-05-2017, n. 2173; in caso di pressoché integrale identità

delle migliorie proposte, Cons. St., V, 01-08-2015, n. 3768; in caso di coincidenza del giorno di spedizione del plico contenente l'offerta dal medesimo ufficio postale con le medesime modalità, Cons. St., II, 29-05-2014, n. 440; esclude, invece, l'unico centro decisionale, Cons. St., V, 4 gennaio 2018, n. 58 ove il sito web di un concorrente abbia un collegamento ipertestuale al sito web di altro concorrente-, non anche la prova che il legame fra i concorrenti abbia comportato risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all'artificiale condizionamento degli esiti della gara. Cfr. Cons. St., V, 15-04-2020, n. 2426).

La riconducibilità di due o più offerte ad un unico centro decisionale rappresenta elemento idoneo a violare i principi della parità di trattamento degli offerenti/candidati, la segretezza e trasparenza delle offerte (*ex multis*: Cons. St., III, 07-06-2022 n. 4625; Cons. St., V, 05-08-2021, n. 5778; Cons. St., V, 18-07-2012, n. 4189).

Il collegamento sostanziale fra due o più offerenti/candidati è infatti qualificabile come un "pericolo presunto". Tale terminologia è posta in connessione con la sua "funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica", e con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione "non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi" (Cons. St., 11-07-2016, n. 3057; Cons. St., V, 24-11-2016, n. 4959).

In questo contesto, il riferimento al contenuto delle offerte è considerato in Italia uno dei possibili elementi dai quali ritrarre il collegamento, peraltro da scrutinare in termini necessari solo in difetto di altri indici utili, secondo un'indagine ispirata a un approccio gradualista e progressivo (Cons. St., V, 14-12-2021 n. 8340, il Collegio, in relazione alla presenza di documenti amministrativi di un'offerente/candidato nella documentazione amministrativa di un secondo, afferma che "l'accertamento della causa di esclusione in esame passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio: a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 c.c.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un 'unico centro decisionale' da effettuare ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale"; Cons. St., III, 07-06-2022 n. 4625; Cons. St., V, 05-08-2021, n. 5778; Cons. St., V, 12-01-2021, n. 393; Cons. St., V, 28-12-2020, n. 8407; Cons. St., V, 03-01-2019, n. 69; Cons. St., 10-01-2017, n. 39; Cons. St., III, 07-03-2019, n. 1577).

L'ordinamento giuridico italiano, nel conferire rilevanza penale alla condotta distingue la fattispecie di "turbata libertà degli incanti" (art. 353, c.p.) dalla "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente" (art. 353 bis, c.p., introdotta con l. 13-08-2010, n. 136) conferendo (con la seconda fattispecie) rilevanza penale delle condotte di turbamento (specificamente indicate) riferite anche alla fase preliminare alla gara (si v.: Cass. Pen., VI, 25-06-2015, n. 26840).

Il *Code de la commande publique* francese riconosce alle stazioni appaltanti la possibilità (e quindi la discrezionalità) di escludere dalla procedura di aggiudicazione di un appalto le persone nei confronti delle quali si dispone di prove sufficientemente convincenti o di un insieme di prove serie e concordanti per dedurre che abbiano costituito un cartello con altri operatori economici al fine di falsare la concorrenza dopo aver dato loro la possibilità di presentare le proprie

osservazioni entro un termine ragionevole (dando prova con qualsiasi mezzo, che hanno adottato le misure necessarie per correggere le carenze di cui sopra e che la partecipazione alla procedura di scelta del contraente non rischia di compromettere la parità di trattamento (Code de la commande publique, art. L. 2141-11. In dottrina: E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, *Chronique de jurisprudence communautaire. Marchés publics – Passation, L'actualité juridique, in droit administratif*, 2009, 1543).

L'ordinamento giuridico tedesco vieta in maniera generale tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'impresa e tutte le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB - legge di repressione delle restrizioni alla concorrenza, 26-06-2013, art. 1) e attua la disciplina UE in materia di contratti pubblici prevedendo la facoltà per le stazioni appaltanti di procedere all'esclusione del/degli offerenti/candidati in presenza di elementi sufficientemente plausibili per concludere che l'impresa/e ha/hanno sottoscritto accordi o si è/sono accordata/e su pratiche con altre imprese al fine o con l'effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza (GWB, art. 124, par 1).

In Belgio, la turbativa di gara è vietata dall'ordinamento nazionale (Codice di diritto economico, Libro IV, art. IV.1, par. 1, in cui si prevede il divieto, “senza necessità di una decisione preventiva”, degli accordi tra imprese che conseguono a “decisioni di associazioni di imprese” e alle “pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o distorcere limitare o falsare in modo significativo la concorrenza nel mercato belga interessato o in un mercato interessato o in una parte sostanziale di esso”, descrivendo alcune condotte specifiche).

L'ordinamento belga include altresì la collusione negli appalti pubblici tra le condotte penalmente rilevanti (codice penale, art. 314, “I soggetti che, nell'aggiudicazione di contratti di proprietà, usufrutto o locazione di beni mobili o immobili la proprietà, l'usufrutto o la locazione di beni mobili o immobili, di un'impresa, di una fornitura, di un'operazione o di un servizio di qualsiasi tipo, avranno ostacolato o disturbato la libertà di fare offerte o gare d'appalto, con la violenza o le minacce, con doni o con violenza o minaccia, con doni o promesse o con qualsiasi altro mezzo fraudolento, sarà punito con l'arresto da quindici giorni a sei mesi e l'ammenda da cento a tremila euro”).

5. – Le intese e gli accordi restrittivi della concorrenza trovano peculiare applicazione nel settore dei contratti pubblici in ragione delle specifiche caratteristiche del procedimento di scelta del contraente e del modo in cui la pubblica amministrazione si rapporta con gli operatori economici nel cd. *public procurement cycle* (conferendo rilevanza altresì alla fase preliminare ed all'esecuzione della prestazione contrattuale).

L'ambito di applicazione, più ampio rispetto al generale divieto di accordi restrittivi della concorrenza (TFUE, art. 101), consegue alla necessità di garantire il perseguimento del *best value for money* (per le amministrazioni pubbliche e, conseguentemente, per i cittadini) mediante il corretto confronto competitivo all'interno della procedura di scelta del contraente. La necessità di combattere le forme di accordi collusivi distorsivi della concorrenza deriva quindi dall'effetto considerevolmente dannoso, per le economie (in termini di corretto utilizzo delle risorse pubbliche, del corretto sviluppo delle politiche economiche e dell'efficiente svolgimento delle attività economiche) e per i cittadini, di questo tipo di pratiche concordate tra imprese.

La disamina della disciplina di alcuni ordinamenti giuridici nazionali evidenzia la presenza di alcune criticità.

La mancanza di armonizzazione a livello europeo si riscontra nella necessità di dare applicazione di una disciplina (quella europea) in sistemi giuridici differenti (si v. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2014). In questo modo le previsioni europee, sovente inserite in atti che richiedono un'attuazione e/o un recepimento da parte degli Stati membri (direttive, comunicazioni, orientamenti), trovano un limite in sede di attuazione a causa delle peculiarità proprie (normative, dettate dalla prassi o da interpretazioni) di ogni ordinamento giuridico nazionale.

Tale circostanza si scontra con le problematiche pratiche (delle amministrazioni pubbliche e dei funzionari pubblici) derivanti dalla necessità di dare applicazione di previsioni che si inseriscono in contesti giuridici non "omogenei".

La mancanza di una piena integrazione tra ordinamento UE e ordinamenti nazionali porta a interpretazioni non sempre uniformi, comporta la difficoltà, per i funzionari pubblici, di dare efficiente applicazione (esponendoli a eventuali responsabilità), e limita l'efficacia delle previsioni volte a circoscrivere i comportamenti elusivi e distorsivi della concorrenza nel Mercato Interno (e, di conseguenza, il corretto funzionamento di quest'ultimo, minandone l'efficacia e l'efficienza).

Una maggiore integrazione consentirebbe di ridurre le difficoltà pratiche e amplificherebbe gli effetti delle misure specifiche attuate con l'intento di ridurre i rischi connessi alle intese e agli accordi restrittivi della concorrenza.

Assicurare l'ingresso nei singoli mercati e un numero sufficiente di partecipanti affidabili alle procedure di scelta del contraente può ridurre i rischi e gli effetti degli accordi collusivi tra gli operatori economici.

La raccolta di dati e informazioni sulle procedure di scelta del contraente mediante strumenti digitali e interoperabili che ne consentano l'elaborazione può favorire l'attività delle Autorità garanti della concorrenza e la loro interoperabilità la collaborazione a livello quantomeno europeo. In questo l'individuazione di caratteristiche e tendenze ricorrenti può costituire un'utile attività dissuasiva per gli operatori economici. Parimenti, la preliminare individuazione di un prezzo equo per le prestazioni dedotte in contratto potrebbero supportare le stazioni appaltanti nell'individuazione di comportamenti sospetti (in questo le informazioni sulle procedure di gara svolte in aree territoriali limitrofe ed i relativi esiti possono risultare rilevanti anche per le singole amministrazioni).