

**DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Anno XXIV Fasc. 1-2 - 2016

ISSN 1720-4526

Marcello Clarich

---

**CONSIDERAZIONI SUI RAPPORTI  
TRA APPALTI PUBBLICI E  
CONCORRENZA NEL DIRITTO  
EUROPEO E NAZIONALE**

---

Estratto



MARCELLO CLARICH

## CONSIDERAZIONI SUI RAPPORTI TRA APPALTI PUBBLICI E CONCORRENZA NEL DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE (1)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La visione “macro” e “micro” della concorrenza. — 3. Le ragioni della disciplina speciale dei contratti pubblici. — 4. Le dimensioni della concorrenza nel diritto europeo e nazionale. — 5. Cenni conclusivi.

### 1. Premessa.

La concorrenza è ritenuta generalmente un elemento fondante la disciplina dei contratti pubblici, soprattutto quella di derivazione europea. Quest'ultima ha comportato infatti già da decenni un superamento della matrice “contabilistica” della disciplina dei contratti pubblici che caratterizzava la normativa nazionale sulla contabilità dello Stato e che privilegiava l'obiettivo di garantire una corretta gestione del danaro pubblico essenzialmente nell'interesse esclusivo dell'amministrazione committente (2). Solo di riflesso le norme di contabilità, delle quali era addirittura dubbia la natura interna o esterna, garantivano la *par condicio* tra i

(1) Questo scritto è dedicato a Sabino Cassese in occasione del suo ottantesimo compleanno.

(2) Ci si riferisce alla disciplina contenuta nel r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e nel regolamento attuativo approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824 che hanno costituito per molti decenni la base normativa fondamentale del sistema dei “pubblici incanti”. Essa mirava ad assicurare le condizioni economiche più favorevoli per l'amministrazione mettendo in concorrenza le imprese e a proteggere l'amministrazione dal rischio di collusione tra quest'ultime. In dottrina, ad esempio, si confronti: A.M. SANDULLI (a cura di), *I lavori pubblici*, in F. BENVENUTI - G. MIGLIO (a cura di) *L'Unificazione Amministrativa e i suoi modelli - atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, sez. IV vol. I, Milano, 1969.

concorrenti nell'ambito delle procedure per l'affidamento del contratto (3).

Tuttavia, se si prendono in considerazione le tre nuove direttive europee in materia di contratti pubblici, recepite in Italia con il nuovo Codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 (4), ci si accorge che esse sembrano porre in primo piano una serie di obiettivi diversi da quello della concorrenza (5).

(3) Sull'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici e sull'impatto del diritto europeo con l'emersione dell'interesse all'apertura alla concorrenza, cfr. S. SIMONE - L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, pag. 119 e seg.).

(4) Cfr. direttive 2014/23/UE in materia di concessioni, 2014/24/UE sui settori ordinari, 2014/25/UE sui settori speciali. Sui lavori preparatori alle nuove direttive: M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; S. LEVSTIK, *Proposta di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, 2013; E. D'ALEO, *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013. Sulle nuove direttive: C. CONTESSA - D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove Direttive Europee*, DEI - Tipografia del genio civile, 2015; C. FRANCHINI - F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, Editoriale scientifica, 2015; C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014; S. GALLO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Maggioli, 2014; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.L. 90 del 2014*, Torino, 2014.

(5) Per un'analisi comparata del diritto dei contratti pubblici nei diversi Paesi membri, ovviamente con ri guardo all'assetto precedente rispetto alle direttive del 2014, tra gli altri, si può rinviare a: FIDONE G., *Il sistema dei contratti pubblici spagnolo: la flessibilità dei modelli garantita da programmazione e controlli*, in G.D. COMPORITI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; L. ZANETTINI, *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel Regno Unito. La fiducia nella discrezionalità della stazione appaltante e l'importanza del dialogo con le imprese*, in G.D. COMPORITI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; J. TORNOS MAS, M. DEL MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Las concesiones en el dercho español. Concesión de obra pública y colaboración público-privada*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; L. SARTORIO, *Le operazioni di partenariato contrattuale tra*

In particolare il considerando 2 della Direttiva 2014/24/UE in materia di forniture e di servizi chiarisce che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva e che la normativa contenuta nelle precedenti direttive richiede una revisione al fine di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, di conseguire obiettivi a valenza sociale, di assicurare la certezza del diritto.

Soltanto la Direttiva 2014/25/UE sui settori speciali (acqua, energia, trasporti, servizi postali) sottolinea nei primi due considerando che il settore è caratterizzato dalla "natura chiusa dei mercati" data l'esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri e che la disciplina introdotta persegue il fine di "assicurare l'apertura alla concorrenza".

In realtà, la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi dei Trattati in materia di concorrenza, bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive (6). Da questi principi il considerando 1 della Direttiva 2014/24/UE fa derivare i principi

*interesse pubblico e concorrenza: sviluppo economico e ruolo dei privati in Italia e in Francia*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

(6) Cfr. sul punto G. BONCOMPAGNI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in AA.VV., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, 1996, 189 e ss.; M.P. CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, 1996, 137 e ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO - M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2002, pag. 806; L.C. UBERTAZZI, *Appalti pubblici, concorrenza e consumatori*, in *Dir. ind.*, 2003, 74 ss.; S. POLIDORI, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza*, in R. DI RAIMO-V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 295 e ss.; G. MORBIDELLI - M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto europeo*, diretto da E. Chiti-G. Greco, Milano, 2007, 423 e ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 253 ss.; A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2015, pag. 184.

della parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza attorno ai quali si sviluppa l'intera disciplina.

Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha come fine « di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche » Da queste esigenze discende l'obbligo di osservare « il principio di parità di trattamento degli offerenti », nonché l'« obbligo di trasparenza » al fine di garantire il rispetto del « divieto di discriminazione in base alla nazionalità » (7).

Del resto anche l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs. n. 50/2016, nell'individuare i principi che ispirano l'intero corpo normativo, pone in primo piano la qualità delle prestazioni e i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (8). La disposizione aggiunge che, nell'affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti « *rispettano altresì i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità con le modalità indicate nel presente codice* ». Inoltre chiarisce che il principio di economicità può essere subordinato a « *criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico* ».

Potrebbe costituire forse una forzatura instaurare una gerarchia tra l'uno e l'altro gruppo di principi, ma certamente il principio di libera concorrenza non si colloca al primo posto.

Il sostantivo « concorrenza » compare in molti considerando e articoli delle tre direttive. Così, per esempio, i considerando 51 e

(7) Si veda, tra le altre, la sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99.

(8) Per una disamina dei principi fondanti la disciplina dei contratti pubblici, si può rinviare a G. FIDONE, *Principi e disposizioni comuni*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2010, pp. 45 e segg.

52 della Direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni stabiliscono rispettivamente che in considerazione degli effetti negativi sulla concorrenza, l'aggiudicazione di concessioni senza previa pubblicazione di un bando dovrebbe essere consentita solo in circostanze eccezionali e che la durata di una concessione non dovrebbe essere troppo lunga al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza (9).

Queste stesse limitazioni si ritrovano nel Titolo II della Parte I, del d.lgs. n. 50/2016 dedicato ai « *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione* » i quali sono comunque vincolati al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica. Inoltre l'art. 63, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 (in attuazione dell'art. 32 della Direttiva 2014/24/UE) consente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando in casi tassativi tra i quali rientra anche quello in cui la concorrenza è assente per motivi tecnici, sempre che l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto. In quest'ultima prospettiva, l'art. 68, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, in conformità con l'art. 42, par. 2, della Direttiva 2014/24/UE, prevede che le specifiche tecniche devono consentire pari accesso degli operatori economici e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Ancora, l'art. 91, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50/2016, in linea con l'art. 55 della medesima direttiva, consente alle amministrazioni aggiudicatrici, nelle procedure ristrette, negoziate, di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, di

(9) Sulla direttiva 2014/23/UE, si confrontino, ad esempio: M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, Editoriale Scientifica, 2015; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e di servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, 1/2015; M. CLARICH, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in *Negoziazioni pubbliche*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

limitare il numero di candidati invitati a negoziare e a presentare un'offerta, purché il numero assicuri una concorrenza effettiva.

## 2. La visione "macro" e "micro" della concorrenza.

Per cercare di mettere a sistema questi dati normativi generali (o forse addirittura generici) e quelli più specifici contenuti nelle direttive europee (e, di conseguenza, nel nuovo Codice dei contratti pubblici), ma soprattutto per inquadrare in modo corretto il rapporto tra concorrenza e contratti pubblici, conviene muovere da una prospettiva più ampia che tenga conto in particolare dei contributi della teoria economica e dell'analisi economica del diritto.

Può essere opportuno in particolare distinguere una visione della concorrenza per così dire "macro" da una visione per così dire "micro" (10).

Dal primo punto di vista, la normativa sugli appalti pubblici e la politica degli acquisti delle pubbliche amministrazioni si prestano a essere inserite nel contesto più generale dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati. Dal secondo punto di vista, la normativa sugli appalti può essere considerata come volta a disciplinare un singolo atto di scambio tra due attori in un mercato determinato, imponendo alla stazione appaltante di avviare una procedura a evidenza pubblica ogniqualvolta decide di stipulare un contratto per la fornitura di un determinato bene, servizio o lavoro.

Nella dimensione "macro" la pubblica amministrazione può essere vista come un agente che opera "nel mercato"; in quella "micro" come un agente che crea artificialmente un mercato in relazione al singolo atto di scambio al quale sono interessate una pluralità di controparti (concorrenza per il mercato).

Partendo dalla visione "macro", conviene ricordare che lo Stato (cioè le pubbliche amministrazioni) può condizionare il

(10) Più in generale per l'idea secondo la quale domanda di beni, servizi e lavori avanzata dalle pubbliche amministrazioni costituisca un distinto segmento di mercato, anche se non è necessariamente individuabile ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza, un mercato rilevante a sé stante in corrispondenza di ogni singola gara pubblica cfr. A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, 2011, pag. 36.

funzionamento dei mercati attraverso una pluralità di modalità (11). In particolare, può assumere la veste di produttore diretto di beni e servizi fruibili da parte dei cittadini, talora gratuitamente, talora dietro il pagamento di un corrispettivo (tramite imprese pubbliche o direttamente con strutture operative interne agli apparati). Può offrire ai privati l'utilizzo di risorse scarse di proprietà pubblica, come il demanio o l'etere (tramite lo strumento della concessione). Può sostenere finanziariamente le imprese attraverso sovvenzioni pubbliche, sempre nel rispetto dei parametri posti dalla disciplina europea degli aiuti di Stato. Può mettere in opera sistemi di regolazione e anche di programmazione e pianificazione di certe attività economiche. Può svolgere un ruolo, che è quello che qui specificamente interessa, di grande acquirente e utilizzatore di beni e servizi prodotti ed erogati da imprese operanti sui vari mercati.

In Europa, negli Stati Uniti e in molti altri paesi il complesso delle risorse pubbliche mobilitate nel mercato del *public procurement* ammonta a vari punti di prodotto interno lordo (12).

Non deve dunque stupire che le strategie di acquisto delle pubbliche amministrazioni, considerate come attori che operano principalmente dal lato della domanda in molti mercati, abbiano effetti sulla struttura e sulle dinamiche competitive di quest'ultimi (13).

Se infatti le procedure di selezione dei fornitori sono efficienti, sono cioè atte a selezionare le imprese in grado di effettuare una prestazione a condizioni di qualità e prezzo ottimali per la stazione appaltante, l'effetto complessivo è quello di favorire il successo sul mercato delle imprese migliori. Se viceversa il processo di selezione è distorto da fenomeni corruttivi o da altri tipi di

(11) Su questa prospettiva cf. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pag. 511 e seg.

(12) Per alcuni dati riferiti al contesto nazionale cfr. A. CAMANZI, *Introduzione*, in AREL (a cura di), *Contratti pubblici*, Roma, 2013, pag. 20-21. In particolare, nel 2010 il valore complessivo della spesa pubblica in contratti ammontava a 130 miliardi di euro ed era distribuita tra un numero elevatissimo di canali di spesa (29.000 stazioni appaltanti) con un valore medio dei contratti molto basso. Su circa 1.500.000 di contratti 1.200.000 aveva un importo inferiore a 40.000 euro.

(13) Cfr. su questi aspetti L. PROSPERETTI-M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2012, pag. 40 e seg.

conflitti di interesse, l'effetto è quello di concorrere al successo sul mercato di imprese capaci di sfruttare a proprio favore le procedure di gara piuttosto che di fornire prestazioni ottimali (14). Se la disciplina degli appalti pubblici e le prassi delle stazioni appaltanti consentono in modo sistematico questo tipo di distorsioni, il risultato finale è quello di indebolire le imprese e in ultima analisi la capacità competitiva del sistema economico.

Hanno inoltre effetti rilevanti sulle dinamiche competitive sui mercati le politiche di acquisto e le regole volte a promuovere la centralizzazione o il decentramento dei centri di spesa. È noto in particolare che in Italia il mercato delle commesse pubbliche è frammentato in un numero elevatissimo di stazioni appaltanti, gelose delle proprie prerogative, con la conseguente frammentazione della domanda pubblica in appalti di importi poco elevati (15). Ciò può essere conforme almeno entro certi limiti al-

(14) Sulla questione della corruzione correlata alla contrattualistica pubblica cfr. B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013 pp. 123 e ss.; B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; F. MERLONI - VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, 2010; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Il Giornale di Diritto Amministrativo*, 3/2015; M.A. SANDULLI - A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 437 ss.; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011; G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013. Si confronti anche M. CLARICH, *The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts*, in *Italian Journal of public law*, 2013, p. 43-56.

(15) Si stima che le stazioni appaltanti, allo stato, siano circa 32.000. Nell'ottica di favorire l'"*aggregazione della domanda*" e di ridurre la platea delle amministrazioni aggiudicatrici puntando sulla "*professionalizzazione*" (si vedano, sul punto, i considerando nn. 59 e 69 della dir. 2014/23/UE) si muovono due interventi legislativi di recente adozione. Da un lato, con l'art. 9 della l. n. 89/2014, che ha convertito con modificazioni il d.l. 24 aprile 2014, n. 66, contenente "misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale" (decreto IRPEF) il legislatore ha coniato la figura dei "soggetti aggregatori" per l'acquisizione di beni e servizi, ad oggi ben trentatré (per un'analisi della disposizione, G. FIDONE - F. MATALUNI, *L'aggregazione*

l'obiettivo, esplicitato nelle nuove direttive europee, di favorire le piccole e medie imprese anche al costo di rendere meno efficienti i mercati. Una siffatta frammentazione favorisce la creazione di una moltitudine di mercati locali, di fatto aperti soltanto alle imprese locali, atteso che gli importi modesti dei contratti messi a gara dissuadono le imprese non locali a partecipare a procedure che per loro hanno costi di partecipazione più elevati e dunque margini di profitto inferiori in caso di aggiudicazione.

Resta comunque aperta la domanda se tra gli obiettivi della politica degli acquisti dello Stato possano legittimamente rientrare anche scelte di politica industriale che abbiano effetti sulla struttura del mercato, favorendo per esempio la nascita di campioni nazionali o lo sviluppo delle piccole e medie imprese (16).

Passando ora ad analizzare la visione "micro", ogni procedura a evidenza pubblica o la negoziazione diretta avviata da una stazione appaltante costituisce un atto di scambio su un determinato mercato nel quale, se quest'ultimo è concorrenziale, sono

*dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro amm.*, 11/2014). Dall'altro, con il nuovo Codice dei contratti pubblici si riforma la disciplina della centralizzazione della committenza (art. 37, d.lgs. n. 50/2016) e si introduce il meccanismo della qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 38), vera novità del Codice, senza precedenti, neppure comunitari.

(16) Secondo L. Prosperetti - M. Merini, la strategia ritenuta preferibile per le pubbliche amministrazioni è quella di "gestire il processo di procurement guardando esclusivamente ai propri obiettivi, ed al vincolo di bilancio che su di esse grava, lasciando che sia poi il sistema economico a decidere quali siano i processi di aggiustamento necessari (*op. cit.*, pag. 41). In generale sul rapporto tra regolazione economica e politica industriale cfr. M. THATCHER, *From old to new industrial policy via economic regulation*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, pag. 6 e seg., con la replica di L. Torchia nella stessa rivista (n. 1 del 2015). Nel suo studio l'Autore mette in dubbio sul piano fattuale, adducendo una serie di esempi, che lo Stato regolatore sia stato effettivamente, anche nel suo periodo di massima affermazione, "neutrale" in termini di politica industriale. Al contrario una serie di (documentate) circostanze comprovano come, in più occasioni, lo Stato regolatore, in apparenza terzo e autore di una politica di privatizzazioni, si sia di fatto ingerito nell'economia. Infatti le tanto auspiccate privatizzazioni non hanno affatto segnato la fine delle politiche industriali, che sono attuate oggi dalla Commissione europea e dai Governi dei Paesi membri in molteplici (e ben più sottili) forme, con la creazione dei grandi "campioni nazionali" ed il riconoscimento del ruolo cruciale delle banche centrali.

presenti anche altri acquirenti di beni, servizi e lavori del medesimo genere e un numero più o meno elevato di fornitori (17).

Rispetto a quanto accade usualmente per coloro che si affacciano sul mercato nella veste di acquirenti o committenti interessati a un singolo atto di acquisto, le pubbliche amministrazioni, in base alla disciplina generale dei contratti pubblici, presentano alcune peculiarità.

In primo luogo, a differenza di quanto vale per i soggetti privati, l'obbligo di esperire una procedura a evidenza pubblica imposto alle amministrazioni pubbliche dalla normativa sui contratti pubblici grava quest'ultime di quello che nel linguaggio degli economisti va considerato come un "costo di transazione" (18). Infatti, le procedure a evidenza pubblica, articolate in fasi complesse con adempimenti defatiganti, comportano costi diretti in termini di risorse finanziarie e professionali da impiegare e indiretti in termini di tempi spesso molto lunghi per il loro esperimento, tenuto anche conto delle frequenti contestazioni in sede giudiziaria (19). Tali costi non sono sempre compensati da guadagni di efficienza sotto il profilo dell'acquisizione da parte delle stazioni appaltanti di informazioni utili per selezionare l'offerta

(17) Ogni asta può essere considerata come "un mercato in miniatura": cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001 anche per l'ampia parte dedicata all'analisi economica.

(18) Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 547. Per converso e in parallelo le gare possono consentire l'abbattimento di alcune categorie di costi transattivi come quelli correlati all'esigenza della raccolta di informazioni da parte della stazione appaltante: cfr. M. CAFAGNO, *op. cit.*, pag. 132 e seg. Sulle procedure di aggiudicazione, più in generale cfr. G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia* in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2010; P. DE NICOLIS, DE R. NICOLIS, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo - Procedure di affidamento. Le procedure di scelta del contraente*, 2007, IV, 960; P. FALLETTA, *Discrezionalità della p.a. e criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Foro Amministrativo - CDS*, 2005, 4, 1157; A. TABARRINI, L. TABARRINI, *La predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte*, in [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it); M.G. VIVARELLI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2007, 2, 385.

(19) Costi che il nuovo Codice dei contratti pubblici ha l'ambizione di ridurre, attraverso il favor dimostrato verso il sistema del precontenzioso dell'ANAC (art. 211 d.lgs. n. 50/2016) ma, soprattutto, attraverso le modifiche all'art. 120 c.p.a. (d.lgs. n. 204/2010) disposte per effetto dell'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016, dedicato appunto ai "Ricorsi giurisdizionali".

migliore. Inoltre, in assenza di una programmazione temporale oculata degli acquisti, i ritardi nella conclusione dei contratti pubblici possono comportare inefficienze funzionali per le pubbliche amministrazioni tali da compromettere l'efficacia dell'azione svolta per il perseguimento di interessi pubblici (20). Questa specificità può costituire una spiegazione del fatto che anche le amministrazioni pubbliche più virtuose, cercano di evitare per quanto possibile l'esperimento delle procedure a evidenza pubblica optando, nei casi tassativi consentiti dalle disposizioni contenute nelle direttive europee e nel Codice dei contratti pubblici, per la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando (21).

Inoltre, la disciplina pubblicistica in tema di redazione e pubblicazione dei bandi e di immodificabilità dei medesimi ha anche un'altra implicazione per le pubbliche amministrazioni nella veste di acquirenti e cioè quella di essere costrette, prima di

(20) La legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 ha fissato, tra i criteri direttivi che avrebbe dovuto rispettare il Governo nella predisposizione del Codice dei contratti pubblici, all'art. 1, comma 1, lett. bb) "la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo". Ciò in quanto la pianificazione e programmazione delle spese ad opera di soggetti pubblici la cui professionalità è accertata sono criteri endogeni per migliorare la gestione e l'esecuzione degli appalti, così conseguendo — nel medio e lungo periodo — l'obiettivo di un risparmio di denaro pubblico.

(21) Sull'opportunità delle negoziazioni, soprattutto nel caso di aggiudicazione di contratti complessi, cfr. M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2013, pp. 991-1020; M. CAFAGNO, *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l'evoluzione della disciplina dell'evidenza pubblica*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; M. CAFAGNO, *Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo*, in G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; M. CAFAGNO, *Lo Stato Banditore*, Milano, 2001; G.D. COMPORI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in G.D. COMPORI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; G. FIDONE, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra regole e discrezionalità*, in *Foro Amministrativo - TAR*, 2007, 12; G. FIDONE, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

procedere all'atto di acquisto, a rivelare ai fornitori le proprie preferenze. In un mercato libero e concorrenziale gli acquirenti privati invece tendono a non rivelare ex ante le proprie preferenze e anzi proprio i contatti con i potenziali fornitori consentono ad essi di affinarle o modificarle via via fino a che diventa matura una decisione finale in ordine all'acquisto (22).

Ulteriori specificità nella posizione di contraente che condizionano le strategie negoziali delle pubbliche amministrazioni dipendono da altri vincoli che gravano su di esse in conseguenza dell'applicazione e della specificazione dei principi generali richiamati dal diritto europeo in tema di gare pubbliche. Così, per esempio, l'amministrazione non può ricorrere a tecniche di fidelizzazione del fornitore, che favoriscono una esecuzione puntuale delle prestazioni, consistenti nella possibilità di prorogare o rinnovare il contratto (23) o, viceversa, nella prospettiva della perdita di affari futuri (24).

Queste e altre peculiarità della pubblica amministrazione come acquirente sul mercato richiedono una spiegazione. Occorre

(22) Cfr. A. HEIMLER, *op. cit.*, pag. 187 il quale rileva un'altra peculiarità consistente nel fatto che le stazioni appaltanti devono tener conto in sede di aggiudicazione anche dei costi (lavoro, oneri di sicurezza) degli offerenti, mentre di regola per l'acquirente sul libero mercato i costi di produzione del fornitore sono irrilevanti.

(23) Il principio del divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti non è contenuto nel Codice dei contratti pubblici, né nel testo previgente (d.lgs. n. 163/2006) e neppure nell'attuale codificazione (d.lgs. n. 50/2016). Esso è stabilito espressamente dall'art. 23 l. 18 aprile 2005 n. 62, là dove prevede, con disposizione a valenza generale che "I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge". Secondo la giurisprudenza "In materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica" (tra le altre, Cons. St., sez. V, 20.8.2013, n. 4192).

(24) Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, pag. 254.

cioè cercare di individuare sinteticamente le ragioni principali dell'imposizione alle pubbliche amministrazioni di regole speciali in tema di contratti caratterizzate da una serie di vincoli e di formalità che condizionano l'attività di scelta del contraente e che potrebbero essere considerate penalizzanti.

### 3. *Le ragioni della disciplina speciale dei contratti pubblici.*

Anche a questo riguardo sono di aiuto le analisi dei non giuristi che spiegano alcune ragioni della necessità di un regime speciale in aggiunta a quella più tradizionale, presente già nella legge di contabilità pubblica del 1923, di evitare spechi di danaro pubblico. In particolare, è utile richiamare la teoria dell'agenzia (*principal-agent*) che trova ormai un'ampia applicazione specie nella cultura anglosassone anche nel campo del diritto pubblico (25).

I contratti pubblici presentano almeno due problemi di agenzia (26). Il primo si riferisce ai rapporti con il fornitore; il secondo ha una dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante e dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara.

Quanto al primo problema, va considerato che in generale nei contratti pubblici, come del resto in quelli privati, un "agente" (il fornitore) assume dietro corrispettivo l'obbligo di fornire un

(25) Cfr. G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, pag. 95 e seg. per l'inquadramento della normativa dei contratti nel settore pubblico come forma di concorrenza per il mercato.

(26) Cfr. L. PROSPERETTI-M. MERINI, *op. cit.*, pag. 28; A. NICITA-V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Bari, 2005; M. CLARICH, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO- G. FIDONE- G. BOTTINO (a cura di), *Negoziati pubblici - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013. L'utilizzazione degli strumenti dell'analisi economica del diritto per lo studio dei contratti pubblici ha trovato oggi molte applicazioni. Cfr. per esempio, G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009; A. NICITA - V. SCOPPA (a cura di), *Economia dei Contratti*, Carocci, 2005; L. PROSPERETTI - M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; N. DONI - P.A. MORI, *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, in G. D. COMFORTI, (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011; P.A. MORI, *Motivazioni economiche e processi decisionali nella finanza di progetto*, in G. CARTEI - M. RICCHI, (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Napoli, 2010; G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, 2006; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit.

bene, un servizio o un lavoro in favore del “principale” (l’acquirente pubblica amministrazione).

Gli obiettivi dei due soggetti spesso non collimano. Infatti il primo persegue generalmente come obiettivo principale il massimo profitto, magari anche a scapito della qualità della prestazione, mentre il secondo persegue l’obiettivo di operare un acquisto qualitativamente ed economicamente conveniente. Inoltre le informazioni di cui dispone l’“agente” in relazione alle specifiche caratteristiche della prestazione sono di regola superiori a quelle del “principale” (asimmetrie informative) e ciò rende difficile la redazione dei bandi, la valutazione della qualità dell’offerta e il monitoraggio in sede di esecuzione delle prestazioni. Molte regole pubblicistiche hanno dunque come funzione quella di prevenire o di limitare gli effetti di comportamenti “opportunistici” da parte dell’“agente” a danno del “principale”.

Il secondo problema di agenzia sorge per il fatto che gli incentivi che motivano il comportamento del funzionario (“agente”) preposto al servizio acquisti o alla singola procedura di gara possono divergere da quelli dell’amministrazione di appartenenza (“principale”). Infatti il primo può avere un interesse a mantenere buoni rapporti con alcune imprese partecipanti, può essere sensibile a pressioni dei vertici politici dai quali dipende la sua progressione di carriera, può essere tentato a estorcere o accettare compensi o altri vantaggi impropri. Le nuove direttive hanno presente questo rischio tanto da porre una disposizione sui conflitti di interesse che obbliga gli Stati membri ad adottare misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a queste situazioni in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e alterazione della parità di trattamento (27).

Un’altra ragione che sta alla base della necessità di introdurre regole speciali per i contratti della pubblica amministrazione è

(27) Cfr. art. 24 della Direttiva 2014/24/UE che riferisce il concetto di conflitto di interesse ai casi nei quali il personale di una stazione appaltante “ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza”. Le medesime formule legislative si ritrovano nell’art. 42 della Direttiva 2014/25/UE. Tali disposizioni sono state congiuntamente recepite nell’art. 42, del nuovo Codice di cui al d.lgs. 50/2016, rubricato “Conflitto di interesse”.

collegata alla particolare posizione di quest’ultima nella veste di contraente.

Infatti, le stazioni appaltanti possono essere considerate a seconda delle situazioni come contraenti “deboli” o come contraenti “forti” (28). La debolezza discende dai rischi sopra considerati di interferenze indebite di interessi individuali. La posizione di contraente forte emerge nei particolari settori (per esempio la difesa (29)) nei quali l’amministrazione, nella veste di grande acquirente, ha una posizione di mercato che potrebbe prestarsi ad abusi che possono essere contrastati anche attraverso procedure competitive trasparenti e improntate ai principi di par condicio e di non discriminazione.

#### 4. *Le dimensioni della concorrenza nel diritto europeo e nazionale.*

Chiarite le ragioni sostanziali che stanno alla base della disciplina dei contratti pubblici di derivazione europea e nazionale, conviene ora individuare più da vicino le possibili dimensioni giuridiche della concorrenza che emergono dalle direttive europee e dal diritto nazionale (30).

Una prima dimensione, in parte già anticipata, si lega ai principi del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea in tema di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

A questo fine conviene analizzare in modo più analitico l’art. 18 della Direttiva 2014/24/UE (31) che ha come rubrica “Principi per l’aggiudicazione degli appalti”. La disposizione consente infatti di individuare come la concorrenza si rapporta con i principi in esso enunciato.

Il primo paragrafo prescrive alle amministrazioni aggiudica-

(28) Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 547.

(29) Con riferimento ai “contratti nel settore della difesa” si vedano gli artt. 195 e 196 del d.lgs. n. 50/2016.

(30) Sul fondamento europeo e nazionale del “principio di concorrenza” cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 2013, pag. 16 e seg.

(31) La medesima formulazione si ritrova nell’art. 36 della Direttiva 2014/25/UE.

trici di trattare gli operatori economici “*su un piano di parità e in modo non discriminatorio*” e di agire “*in maniera trasparente e proporzionata*”. Il paragrafo aggiunge poi che la concezione della procedura di appalto (cioè in pratica il bando e gli altri documenti che costituiscono la *lex specialis*) non deve avere l'intento “*di limitare artificialmente la concorrenza*”. Chiarisce nell'ultimo periodo che si ritiene che quest'ultima evenienza si verifichi laddove “*la concezione della procedura sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*”.

In buona sostanza le tre proposizioni contenute nell'articolo danno vita a una sequenza di tipo circolare che muove dal principio della parità di trattamento e di non discriminazione, si sviluppa attraverso il riferimento alla concorrenza e si conclude ancorando l'intento di alterare quest'ultima a una presunzione che richiama indirettamente proprio il principio della parità di trattamento e di non discriminazione enunciato nella prima parte della disposizione.

Se così è, si potrebbe addirittura ritenere che il riferimento alla concorrenza abbia una funzione meramente evocativa, cioè di richiamo sintetico ai principi che ispirano la disciplina delle gare pubbliche e l'attività delle stazioni appaltanti enunciati nella prima parte della disposizioni, senza aggiungere alcuna valenza prescrittiva a quella propria di quest'ultimi.

Del resto riprendendo la visione “micro” che considera ogni procedura di gara come correlata a un singolo atto di scambio, i meccanismi di selezione del contraente basati sui principi enunciati nella prima parte del paragrafo sopra citato costituiscono un caso particolare della molteplicità di situazioni nelle quali le pubbliche amministrazioni mettono a disposizione di soggetti privati una risorsa scarsa (nel caso di specie un determinato contratto) e nelle quali trovano applicazione i medesimi principi generali. Si pensi per esempio alle concessioni di uso esclusivo di beni demaniali, all'attribuzione di diritti di uso di bande di frequenze radio per la telefonia mobile, alle assunzioni di dipendenti pubblici. In tutti questi casi, se il numero degli aspiranti a un determinato bene o utilità è superiore al numero di beni o utilità disponibili, i principi derivanti dal diritto europeo e dal diritto nazionale prevedono l'esperimento di procedure competitive (concorrenza per il mercato) non dissimili concettualmente da quelle previste dalla normativa sui contratti pubblici.

Basta richiamare a questo riguardo la Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno che disciplina i regimi autorizzatori per lo svolgimento delle attività incluse nel suo campo di applicazione. Gli artt. 9 e 10 pongono il principio che i regimi autorizzatori non devono essere discriminatori e il rilascio degli atti autorizzativi deve fondarsi su criteri di valutazione, oggettivi, non discriminatori, resi pubblici, trasparenti e accessibili. In modo ancor più specifico l'art. 12 prevede che quando il numero delle autorizzazioni rilasciabili per una determinata attività sia limitato a causa della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili gli Stati membri “*applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*” (32).

In questo tipo di situazioni la regola della concorsualità discende in ultima analisi dal principio di imparzialità imposto alle pubbliche amministrazioni, conformemente ai principi dello Stato di diritto e della *rule of law*, (33) in tutti gli ambiti in cui esse operano.

Si potrebbe in definitiva affermare che la concorrenza, lungi dall'essere un principio guida dell'attività delle stazioni appaltanti, non è altro che la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio. Ciò è tanto vero che, là dove la stazione appaltante avvia una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando nei casi ammessi dalla normativa europea e nazionale, l'assenza di concorsualità va considerata come un elemento fisiologico. La procedura avviata con un unico

(32) Merita osservare che il considerando 65 della direttiva in questione sottolinea come la libertà di stabilimento che anche in questo ambito costituisce la base giuridica della disciplina “*è basata sul principio di parità di trattamento*”.

(33) Una delle componenti della *rule of law*, secondo la concezione comunemente accettata a livello internazionale, non a caso è anche il principio di non discriminazione e di eguaglianza davanti alla legge: cfr. European Commission for Democracy through law (Venice Commission), *Report on the rule of law*, Consiglio d'Europa, n. 512/2009, CDL-AD (2011)003rev.

fornitore non può essere cioè interpretata, diversamente da quanto si ritiene talvolta, come una modalità restrittiva della concorrenza (34).

Del resto, il modello della procedura competitiva può trovare un fondamento ancor più generale, almeno in alcune situazioni, nel principio della convenienza riferito alla posizione dell'acquirente. Non a caso i meccanismi di confronto competitivo sono utilizzati anche nel settore privato (si pensi alla prassi delle richieste di preventivi a una pluralità di fornitori sulla base di un capitolato) dove non trova applicazione neppure il principio di imparzialità.

Una seconda dimensione della concorrenza ha una valenza prettamente nazionale e ha come riferimento normativo l'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato una serie di materie elencate in modo tassativo tra le quali figura anche la "tutela della concorrenza".

La tutela della concorrenza, intesa in senso lato come inclusiva anche della promozione della concorrenza, è stata interpretata infatti dalla Corte costituzionale come una clausola generale trasversale atta a giustificare la legittimità costituzionale di quasi tutto il Codice dei contratti pubblici approvato con legge statale. Nel recepire le direttive europee del 2004, il Codice del 2006 conteneva un ampio corpo di disposizioni anche di dettaglio che alcune Regioni avevano ritenuto lesive della propria potestà legislativa.

Già l'art. 4 del Codice del 2006, per autogiustificare una disciplina così articolata, richiamava l'art. 117, comma 2, della Costituzione (senza peraltro esplicitare il riferimento alla clausola di tutela della concorrenza) e stabiliva che le Regioni non potessero prevedere una disciplina diversa da quella contenuta nel Codice in relazione a tutti i profili relativi alla selezione dei concorrenti (qualificazione delle imprese, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, ecc.).

L'art. 2, comma 1, del nuovo Codice di cui al d.lgs. 50/2016, invece, si limita ad affermare che le disposizioni del Codice sono

(34) Per questa osservazione cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 547. L'osservazione vale per i casi tassativi nei quali è ammessa la negoziazione diretta diversi da quello dell'assenza di concorrenza (per esempio, art. 32 direttiva 2014/24/UE).

state adottate "nell'esercizio della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto".

Per quanto riguarda le Regioni, l'art. 2, comma 2, contiene un generale richiamo alla disciplina costituzionale specificando che queste possono esercitare la propria potestà legislativa "nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione" (35).

In ogni caso, la Corte costituzionale aveva avallato l'impostazione contenuta nel Codice previgente, facendo leva sulla clausola di tutela della concorrenza, oltre che sul principio di imparzialità enunciato dall'art. 97 della Costituzione.

La Corte ha sentito tuttavia la necessità di operare un collegamento diretto con i principi europei desumibili dal Trattato. La tutela della concorrenza, secondo la Corte, si concretizza infatti "nell'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", nonché "di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza" (36).

Anche nella prospettazione della Corte costituzionale, in definitiva, la concorrenza sembra costituire poco più che un rinvio ai principi del diritto europeo.

Tuttavia il richiamo alla clausola costituzionale era indispensabile per poter affermare la competenza esclusiva dello Stato per tutta le disposizioni relative alle procedure a evidenza pubblica contenuta nel Codice che costituiscono strumenti volti a realizzare la concorrenza "per" il mercato (37). Infatti, nonostante il

(35) È stato eliminato ogni riferimento alla potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost., probabilmente in vista della sua eventuale eliminazione dal dettato costituzionale, qualora la riforma in atto dovesse completarsi positivamente.

(36) Cfr. la sentenza 23 novembre 2007, n. 401.

(37) La Corte ha ben chiaro che tali procedure richieste dalla nozione di tutela della concorrenza interpretata alla luce dei principi europei costituiscono uno strumento volto a realizzare "la concorrenza per" il mercato, la quale impone che

rinvio (contenuto nel primo comma dell'art. 117 della Costituzione) ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario che gravano sia sullo Stato sia sulle Regioni, i principi del diritto europeo più volte richiamati non costituiscono in quanto tali un criterio per il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni al quale ricorrere per sindacare la legittimità costituzionale del Codice dei contratti pubblici. Da qui appunto la necessità di far leva, anche a costo di qualche forzatura alla clausola costituzionale, sulla "tutela della concorrenza".

Una volta individuati i confini della materia della tutela della concorrenza di cui all'art. 117 della Costituzione, la Corte costituzionale ha esaminato le singole disposizioni del Codice oggetto di censura da parte delle Regioni operando una doppia verifica: la prima volta a stabilire se la singola disposizione sia astrattamente riconducibile ai principi della concorrenza per il mercato (o anche nel mercato); la seconda volta a stabilire se la disposizione "sia congruente rispetto al fine perseguito alla luce dei criteri di proporzionalità e della adeguatezza".

In applicazione di questi criteri solo poche disposizioni del Codice dei contratti pubblici a valenza prettamente organizzativa sono state dichiarate incostituzionali. La Corte ha evitato così il rischio di una "balcanizzazione" regione per regione dei regimi delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti pubblici.

##### 5. *Cenni conclusivi.*

Come si cercato di dimostrare, la nozione di concorrenza riferita al settore dei contratti pubblici richiede una serie di distinzioni.

La dimensione "macro", che considera le pubbliche amministrazioni come attori nel mercato, non può essere confusa con quella "micro", che considera ogni procedura di gara come uno

*il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati. La Corte specifica poi che "ciò, ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (vedi considerando n. 3 della Direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE)".*

strumento per introdurre un momento di confronto concorrenziale in un singolo atto di scambio.

Vero è peraltro che vi è una correlazione tra le due dimensioni nel senso che la somma delle singole gare esperite, cioè dei "mercati in miniatura" artificialmente costruiti dalle stazioni appaltanti in applicazione della normativa europea e nazionale, concorre in ultima analisi ad accrescere la concorrenza nella sua dimensione "macro". Infatti procedure aperte, trasparenti, gestite in modo imparziale hanno effetti positivi a livello di sistema in termini di efficienza e di competitività e, nella prospettiva europea, possono dare un impulso alla crescita del mercato unico (38).

Anche la nozione di tutela della concorrenza applicata dalla Corte costituzionale alla potestà legislativa dello Stato e delle regioni ha come obiettivo la promozione della concorrenza nella dimensione "micro". Infatti, regole uniformi per le procedure di gara a livello nazionale rendono più semplice e meno costosa la partecipazione delle imprese alle singole gare bandite nelle varie parti del territorio nazionale, cioè la promozione della concorrenza vista nella sua dimensione "micro". Del resto, a livello europeo, le stesse direttive europee del 2014 richiamano nelle premesse, come fondamento giuridico della nuova normativa e per le stesse finalità, anche l'art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in tema di ravvicinamento delle legislazioni.

**ABSTRACT:** La nozione di concorrenza è centrale nella disciplina dei contratti pubblici. L'articolo mira a mettere in evidenza i diversi significati e le conseguenze in termini di regime giuridico della nozione di concorrenza con riferimento alla direttive 2014/23/24/25/EU, al nuovo Codice dei contratti pubblici e alla giurisprudenza (della Corte Costituzionale e dei giudici amministrativi). Una particolare attenzione è rivolta al ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'articolo mette in luce come il mercato dei contratti pubblici ha due dimensioni fattuali e giuridiche: "macro" e "micro". La prima pone al centro il ruolo delle pubbliche amministrazioni come grandi acquirenti di beni e servizi e le loro diverse strategie (per esempio, gli appalti "verdi") che possono condizionare il mercato. La seconda considera ogni procedura di affidamento come un mercato singolo nel quale gli offerenti competono su un piano di parità secondo le regole del Codice dei contratti pubblici.

(38) Cfr. M. CAFAGNO, *op. cit.*, pag. 189-190 anche per l'osservazione che imparzialità e concorrenza solo legate da una relazione biunivoca (pag. 169).

*ABSTRACT: Competition is a key word in public procurement regulation. The article aims at exploring the different meanings and the legal implications of competition within the framework of the 2014/23/24/25/EU Directives and of the new Italian Code of public procurement and through the analysis of the relevant case law (Constitutional Court and Administrative Courts). Special attention is given to the role of the Italian Antitrust Authority.*

*The article argues that the market of public procurement has two factual and legal dimensions: a "macro" one and "micro" one. The first places at the center the role of public bodies as big buyers of goods and services and the way in which their strategies (for example, green procurement) may affect the market. The second considers each tender procedure as a market where bidders compete on an equal footing according to the rules of the Code of public procurement.*