

13 SETTEMBRE 2017

Contratti pubblici e fenomeni
anticorcorrenziali: il nuovo codice e le
linee guida ANAC. Quale tutela?

di Renata Spagnuolo Vigorita
Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli Federico II

Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*

di Renata Spagnuolo Vigorita

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli Federico II

Sommario: 1) Introduzione – 2) La vicenda giudiziaria – 3) Il nuovo perimetro della discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della condotta dell'operatore economico ai fini dell'esclusione – 4) Il ruolo delle linee guida ANAC – 5) Illeciti antitrust e mercato delle commesse pubbliche – 6) Segue: Gli illeciti antitrust nel codice e nella prospettiva indicata dalle linee guida ANAC – 7) Forma e sostanza: la struttura del codice e delle norme attuative nel rapporto tra diritto ed economia. Il ruolo del giudice (cenni) –.

1) Introduzione

Può una sanzione irrogata dall'AGCM e confermata dal TAR, per la quale è ancora possibile proporre appello, considerarsi motivo di esclusione ai sensi dell'art. 80, c.5, lett. c) d.lgvo 50/16? ¹

Quali sono i comportamenti che la stazione appaltante può ritenere porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente tanto da decretarne l'esclusione?

La questione, con particolare riferimento alle ipotesi contemplate dall'art. 80, c.5, lett. c) del d.lgvo 50/16 è stata di recente affrontata dal TAR della Campania² e rappresenta un tema di portata particolarmente rilevante nello studio della nuova architettura dei contratti pubblici disegnata dal cd. nuovo codice.

Il tema dei requisiti di moralità e professionalità delle imprese interseca, infatti, molte questioni che nel loro complesso danno la misura delle direttrici lungo cui si muove il nuovo impianto normativo e consentono di verificarne l'aderenza al quadro socio-economico (e culturale) del Paese.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si tratta della fattispecie espulsiva per gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la integrità o affidabilità dell'operatore economico. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna di risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

² TAR Campania Salerno, 2.1.2017 n. 10, avverso cui risulta ancora pendente appello.

Dunque, la fattispecie normativa verrà analizzata non isolatamente, ma nella dimensione e nelle implicazioni che essa assume nel più generale contesto delle regole del dialogo; dell'attenuazione del valore formale nelle procedure contrattuali (o se si preferisce, della dequotazione di vizi formali nella gestione delle procedure di aggiudicazione); della efficacia delle misure di prevenzione e contrasto dell'illegalità; degli spazi assegnati alla giurisdizione amministrativa alla luce delle norme processuali in tema di appalti.

La sentenza del TAR Campania permette, infine, di confrontare la nuova disciplina in tema di esclusione per gravi errori professionali con quella previgente: anche sotto questo profilo concorrendo a fornire la misura del cambiamento avuto di mira dal legislatore italiano in sede di recepimento delle direttive europee³. La varietà dei temi suggerisce, pertanto, di premettere una breve ricostruzione della vicenda oggetto della sentenza presa a riferimento.

2) La vicenda giudiziaria.

Un consorzio di imprese veniva escluso da una gara, dopo esservi stato ammesso con riserva, perché destinatario di un provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per aver realizzato una intesa restrittiva della concorrenza (in occasione di una precedente gara risalente al 2012). **La legittimità della sanzione veniva confermata dal TAR Lazio**. Invitato dalla stazione appaltante a fornire chiarimenti, il Consorzio faceva rilevare trattarsi di **sentenza ancora appellabile**; la Commissione di gara ne disponeva comunque l'esclusione per **difetto dei requisiti morali**, ritenendo la fattispecie sussumibile nella disposizione di cui all'art. 80, c.5, lett.c) del d.lgvo 50/16. Il provvedimento di esclusione veniva impugnato innanzi al TAR Campania che ne disponeva l'annullamento per un duplice ordine di considerazioni: l'ampia discrezionalità di cui sono attributarie le stazioni appaltanti nella **'riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta, siccome descritta genericamente mediante l'uso di concetti giuridici indeterminati'**³ e il dato normativo, complessivamente rappresentato dalle disposizioni di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016, **impediscono ogni automatismo nell'esclusione**⁴. Tanto più che le condotte in grado di incidere sulla moralità professionale⁵ possono essere causa di esclusione solo

³ Su cui L. Torchia, Le nuove direttive in materia di appalti di lavori, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del LXI Convegno di studi di scienze dell'amministrazione, Milano, 2015, 131 ss.; C. Franchini, Sciaudone (a cura di) *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015; 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.

⁴ Tra le altre sentenze con oggetto la disposizione in esame cfr. Cons.Stato, V, 27.4.17 n. 1955; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 22.12.16 n. 1935.

⁵ Cfr. F.G. Scoca, *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, Riv. Trim. App. 1999, 531 ss.

dopo che sia stata data all'operatore economico la possibilità di dimostrare la sua affidabilità secondo il meccanismo riabilitativo (cd. self cleaning), previsto dal medesimo articolo 80, al comma 7.

3) Il nuovo perimetro della discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della condotta dell'operatore economico ai fini dell'esclusione.

Quel che qui interessa da subito trarre dalle conclusioni cui è giunto il TAR Campania è quanto emerge a proposito: del ruolo riconosciuto alla Amministrazione nel decidere se e quando disporre l'esclusione a fronte di circostanze significative; della portata di una sanzione irrogata dall'AGCM; della individuazione dei relativi criteri di prova per valutarne l'incidenza ai fini dell'eventuale esclusione; della natura delle linee guida ANAC. Dunque, e più in generale, si ritiene che lo specifico riferimento alla fattispecie normata dall'art. 80, c.5, lett. c) possa essere utilizzato a par[ola]ma di riferimento per la verifica della tenuta complessiva del rivisitato rapporto tra Amministrazione e operatore economico, sempre più improntato alle regole del dialogo e della collaborazione⁶. Che il perimetro del giudizio dell'Amministrazione sulla rilevanza del comportamento dell'impresa ai fini dell'esclusione sia stato ampliato è del resto immediatamente desumibile confrontando la norma dettata dal nuovo codice con il testo previgente e con l'interpretazione che di quest'ultimo ha dato la giurisprudenza. Secondo cui le disposizioni dell'art. 38, lett.f) del d.lgvo 163/06 consentivano che l'accertamento del grave errore professionale quale causa legittimante l'esclusione venisse provato con qualsiasi mezzo sulla base di un giudizio insindacabile dell'Amministrazione, salvo il limite dell'abnormità. Senza che la conseguenza dell'accertamento dell'esistenza di un requisito di esclusione potesse venir evitata dalla prova della condotta adempiente tenuta dal concorrente in altri rapporti contrattuali⁷.

Diversamente, l'articolo 80 d.lgvo 50/16 rimette a una valutazione discrezionale della stazione appaltante l'incidenza sulla fattispecie concreta delle situazioni astrattamente idonee a condurre all'esclusione.

Così, mentre l'individuazione delle cause di esclusione è compito affidato esclusivamente al legislatore, le condotte ad esse ascrivibili non sono tassative; il medesimo articolo 80, al comma 13, assegna infatti all'ANAC il compito di precisare, con apposite linee guida, quali mezzi di prova possano considerarsi adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5 lett.c).

⁶ cfr. F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016; G. F. Cartei, M. Ricchi (a cura di) *Finanza di progetto e partenariato pubblico privato*, Napoli, 2015; M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di) *Negoziazioni pubbliche, Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

⁷ cfr. Cons.Stato, V, 20.2.2017 n. 742; Cons.Stato., IV, 12.10.2016 n. 4219 e 27.7.2016 n. 3402.

All'operatore economico rimane comunque consentito, per le ipotesi in cui ricorrano le condizioni previste dai commi 1⁸ e 5 dell'art. 80, dimostrare “di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati”⁹ al fine di evitare l'esclusione. Secondo cioè il meccanismo del cd. self cleaning, ossia della clausola, prevista dall'art. 57 direttiva U.E. 24/2014, con cui si consente agli operatori economici di essere ammessi a partecipare alla gara, pur in presenza di una causa di esclusione, quante volte siano in grado di provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la propria affidabilità.

Molte delle condotte astrattamente sussumibili tra le ipotesi previste quali causa di esclusione, e per le quali opera il sopra descritto meccanismo del self-cleaning¹⁰, vengono descritte, come anticipato e secondo la ricostruzione offerta dal TAR Campania, “genericamente e mediante il ricorso a concetti giuridici indeterminati”¹¹. E tanto spiega la necessità di assicurare l'individuazione di criteri orientanti per l'Amministrazione al fine di valutare l'incidenza della violazione contestata sulla commessa da affidare. Cosicché l'ampio margine di valutazione discrezionale rimesso all'Amministrazione viene ad essere regolato con l'enucleazione e l'indicazione di indirizzi chiari per le stazioni appaltanti¹², compito che il legislatore assegna all'ANAC attraverso l'elaborazione di apposite linee guida.

⁸ Limitatamente alle ipotesi di sentenza definitiva che abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi, ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione.

⁹ cfr. art. 80, c.7) d.lgvo 50/16.

¹⁰ Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 15.5.2017 n. 2598, per una ipotesi di preclusione dell'applicazione del modello.

¹¹ Su cui cfr. H. Ehmke, “Discrezionalità” e “concetto giuridico indeterminato” nel diritto amministrativo (trad. italiana), Napoli, 2011; S. Veneziano, Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia, Atti del XI Convegno di diritto amministrativo “Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it; A. Police, Il libro e la spada: l'Autorità antitrust e il Leone di San Marco, in L. Divia (a cura di) Le sanzioni antitrust tra diritto amministrativo e diritto penale, Napoli, 2014, p. 64.

¹² Cfr. N. Parisi, M.C. Chimenti, Il ruolo di ANAC e l'attuale assetto italiano in materia di prevenzione alla corruzione, alla luce dell'esigenza di adempimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici, www.anac.it; con riferimento, più in generale alla questione della regolazione sub-legislativa del settore degli appalti, cfr. M. Clarich, La tutela della concorrenza nei contratti pubblici, Riv. Giur. Mezzogiorno 3/16, spec. p. 751 e 752, ove viene evidenziata la necessità che gli strumenti di soft law “mantengono la responsabilità primaria alle Pubbliche Amministrazioni”.

4) Il ruolo delle linee guida ANAC.

A queste ultime è rimessa buona parte della disciplina attuativa del codice dei contratti¹³. “E che il successo (o il fallimento) di una riforma dipende soprattutto dalla sua attuazione successiva, tramite la normativa secondaria, la regolazione e i provvedimenti applicativi da parte delle pubbliche amministrazioni” è stato sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di codice¹⁴. Ove pure viene evidenziato che l’opzione per un sistema attuativo più flessibile¹⁵, alternativo rispetto a quello tradizionale¹⁶, richiede che “nel codice siano contenute indicazioni chiare ed in grado di assicurare in concreto il buon funzionamento del nuovo sistema attuativo”.¹⁷

I criteri di valutazione dei requisiti morali sono stati individuati dall’ANAC attraverso le linee guida n. 6 del 16.11.16¹⁸, qualificate dal Consiglio di Stato¹⁹ nel novero di quelle a carattere non vincolante: esse hanno dunque una funzione promozionale di buona prassi da parte delle stazioni appaltanti²⁰.

Le indicazioni attraverso di esse fornite, in altri termini, e secondo quanto chiarito dal Consiglio di Stato con il richiamato parere sullo schema di codice, hanno carattere esemplificativo “**e non possono in alcun modo limitare gli apprezzamenti discrezionali da parte delle stazioni appaltanti (né fornire un catalogo chiuso delle cause di esclusione)**”.

¹³ E’ noto che il codice ne contempla diverse, tra cui: linee guida adottate con decreto ministeriale, linee guida vincolanti dell’ANAC, linea guida non vincolanti dell’ANAC. Sulla natura e sul ruolo degli atti adottati dall’ANAC, cfr. M. Mazzamuto, L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo, Dir. Amm. 4/15, 683; C. Deodato, Le linee guida dell’ANAC, una nuova fonte del diritto?, www.giustiziaamministrativa.it, 28.4.16; G. Morbidelli, Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?, Relazione Convegno di Studi Amministrativi, L’Italia che cambia: dalla riforma dei contratti alla riforma della Pubblica Amministrazione, 22 settembre 2016; S. Tuccillo, Le raccomandazioni vincolanti dell’ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, Federalismi.it, 22.3.17.

¹⁴ Commissione speciale n. 855/2016, che nel distinguere la tipologia ne ha indagato la natura, configurando quelle a carattere non vincolante come ordinari atti amministrativi; quelle a carattere vincolante come equiparabili “non a regolamenti in senso proprio ma ad atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione”.

¹⁵ Sulla normazione flessibile, cfr. F. Francario, Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici, www.federalismi.it, 19.4.17, p. 7 ss.

¹⁶ Sul ruolo del diritto come necessità del caso, di norme non prevedibili né pronosticabili di direzioni volitive non governate da un criterio assoluto, N. Irti, Nichilismo e concetti giuridici, Napoli, 2005, spec. p. 14.

¹⁷ Sulle possibili ricadute in termini di compromissione della “stabilità dell’efficacia dell’atto recante la normazione e, per questa via, dell’affidamento degli operatori economici nella certezza del diritto, cfr. F. Francario, Certezza del diritto ed operatori economici: note a margine di recenti riforme, Le fonti nel diritto amministrativo, Annuario AIPDA 2015, Napoli, 2016 p.269

¹⁸ Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1293 del 16.11.2016 (14.12.2016) e reperibili sul sito istituzionale dell’Autorità.

¹⁹ Commissione speciale del 26.10.16 parere n. 2286 del 3.11.16.

²⁰ Secondo B.G. Mattarella, Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione, in La nuova disciplina dei contratti pubblici, cit., p. 345, gli strumenti di softlaw, in particolare quelli rimessi alle Amministrazioni preposte alla definizione di orientamenti applicativi tra cui l’ANAC, **dovrebbero essere tendenzialmente vincolanti**.

5) Illeciti antitrust e mercato delle commesse pubbliche.

Venendo al caso specifico, rappresentato dalle pratiche anticoncorrenziali²¹, a ricomprenderle tra gli illeciti professionali sono le linee guida, poiché il codice si riferisce alle sole ipotesi di collegamento tra imprese²² di cui all'art.2359 cod. civ., con una opzione che – anticipando considerazioni che verranno fatte più oltre – desta qualche perplessità, vista la dimensione e la frequenza che in Italia hanno assunto ed assumono fenomeni di collusione. Da questo punto di vista, appare altresì singolare che sino all'adozione del recente decreto correttivo²³, e su segnalazione espressa dal Consiglio di Stato²⁴, il codice non contenesse alcun riferimento ai reati di false comunicazioni sociali, di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.²⁵, e cioè ad illeciti “sicuramente incidenti sulla moralità professionale”²⁶. Come se il mercato dei contratti non fosse oggetto di sensibili alterazioni della concorrenza.²⁷

Poiché se è vero che nel mercato delle commesse pubbliche, sia in sede comunitaria che nazionale, la logica della concorrenza²⁸ rappresenta in realtà il precipitato dell'applicazione dei principi di imparzialità, trasparenza, parità di trattamento ed economicità²⁹, e non un principio assoluto, è indubitabile che il processo di selezione deve assicurare l'assenza di fenomeni collusivi perché l'Amministrazione acquisisca

²¹ Su cui Cons.Stato, VI, 22.9.14 n. 4773, in *Foro Amm.*, II, 2015, p. 781 e ss. con nota di F. Marini Balestra, R. Tremolada, Il rapporto tra “private” e “public enforcement” del diritto “antitrust” nella giurisprudenza amministrativa; per una casistica più recente cfr. Cons. Stato, VI, 19.1.2016 n. 167 in *Foro It.* 2016, p. 261 con nota di G. De Marzo; TAR Lazio, I, 2.12.2014 n. 12168, in *Foro It.* 2015, p. 38 con nota di R. Pardolesi. Sul tema del controllo giurisdizionale delle decisioni emesse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si veda R. Garofali, M. Tavassi, A. Police, M. Libertini, M. Siragusa, R. Chieppa, *Judicial review of antitrust decision, Italian antitrust review*, vol.1, n. 2/2015, p. 144 e ss.,

²² Anche se in realtà, come evidenziato in modo convincente da A. Mauro, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di) *I nuovi appalti pubblici*, Milano, 2017, 320 ss., gli accordi anticoncorrenziali ben potrebbero ritenersi ricompresi nella previsione di cui alla lett. m) d.lgvo 50/16, attraverso una lettura più ampia della norma che si riferisce invece espressamente alle situazioni di collegamento, formale o sostanziale. Per le forme, consentite, di cooperazione tra imprese nelle gare di appalto, cfr. F. Condorelli, *I raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari di imprese concorrenti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofali (a cura di) *Trattato sui contratti pubblici*, vol.II, Milano, p.1228.

²³ Si tratta del d.lgvo n. 56 del 19.4.17, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 5.5.17.

²⁴ Commissione speciale, Parere 30.3.17 n. 782. Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, cui si rinvia per la ricostruzione della natura e della funzione del decreto correttivo e per le diverse tipologie di correzioni richieste dal codice dei contratti.

²⁵ Modificati dalla legge 27.5.2015 n. 69.

²⁶ Così testualmente Consiglio di Stato Commissione speciale parere 30.3.2017, cit.

²⁷ Sulla rilevanza di condotte antitrust nel mercato dei contratti pubblici, cfr. F. Sutti, *Appalti pubblici :recenti sviluppi in tema di prevenzione e repressione delle condotte distorsive nella concorrenza*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell' unione europea*, atti del XII Convegno di Treviso, Bruylant, 2016, p. 93 ss.

²⁸ Cfr. F. Trimarchi Banfi, Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento, in *Dir. Amm.* 2013, p. 16 ss.

²⁹ Cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo nazionale*, in *Dir. Amm.* 1/2, 2016, p. 71 ss. , spec. 86 e 87.

dal mercato la prestazione migliore tra il maggior numero di partecipanti³⁰. Le vicende relative a una gara indetta dalla Consip, su cui si è pronunciato il Consiglio di Stato con due sentenze con le quali sono state confermate, rispettivamente, l'esistenza di un consorzio stabile e di una intesa restrittiva della concorrenza, cioè di forme di coordinamento di strategie partecipative volte a falsare l'esito della gara³¹, rappresentano la riprova dell'esigenza di uno stretto collegamento funzionale tra controllo antitrust e disciplina di gara³². Concorrono ad attuare tale collegamento i poteri dell'AGCM sugli atti che determinano distorsione della concorrenza, in particolare la legittimazione dell'AGCM ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'art. 21 bis l. 287/90, introdotto dalla l. 22.12.2011 n. 214³³

6) Segue: Illeciti antitrust nel codice e nella prospettiva indicata dalle linee guida ANAC.

La tipologia di illeciti antitrust presi in considerazione dalle più volte citate linee guida non viene definita, né specificata. Tra gli illeciti posti in essere nello svolgimento della procedura di gara viene annoverata la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a **falsare la concorrenza**, mentre ai fini dell'esclusione – dunque nella fase di verifica dei requisiti di partecipazione - gli illeciti di che trattasi vengono genericamente equiparati alle pratiche commerciali scorrette, e qualificati gravi a seconda delle

³⁰ Cfr. A. Pavan, Pre-commercial public procurements in the light of the new Directive on procurements 2014/24/EU and of the Steaement by ANAC on 9 march 2016: possible distorting effects from competitors, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, Atti Convegni Treviso, 2016, cit., p. 465.

³¹ Cons.Stato, VI, 2.2.2017 n. 849 e 26.1.2017 n. 740. Per una ricostruzione di legami intercorrenti tra soggetti coinvolti in una medesima gara e per la qualificazione di intese restrittive della concorrenza, in violazione dell'art. 101 del TFUE, si veda la delibera AGCM del 21.3.2017 con cui è stato disposto l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 14 della l. 287/90 per la gara comunitaria indetta da Consip S.p.A. a procedura aperta per l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi cd facility management) da eseguirsi negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonché alle Istituzioni Universitarie Pubbliche ed agli Enti Istituti di Ricerca.

³² Come dimostra la sottoscrizione di un protocollo di intesa tra ANAC e AGCM in data 11.12.14.

³³ Su cui M.A. Sandulli, Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. 287 del 1990, in www.federalismi.it, ove pure M. Clarich, I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis l. 287/90; G. Urbano, I nuovi poteri processuali delle autorità indipendenti, *giorn.dir.amm.* 10/2012, p. 1022 ss.; F. Goisis, Il potere di iniziativa dell'autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis legge 287 del 1990: profili sostanziali e processuali, in *Dir.Proc.Amm.* 2013, p. 471 ss..

Si evidenzia che identico potere, ma per la violazione di norme di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, è ora riconosciuto all'ANAC in forza del disposto di cui all'art. 52 ter d.l. 24.4.2017 n. 50, convertito con legge 21.6.2017 n. 96, cfr. M. Lipari, La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale dell'ANAC. Il punto della situazione alla luce delle recentissime modifiche, www.italiappalti.it, 4.7.17.

concrete ricadute sulla contrattualistica pubblica, “in quanto posti in essere nel mercato oggetto del contratto da affidare”³⁴.

La genericità nella individuazione del tipo di illecito anticoncorrenziale rilevante nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici ben si spiega tenendo presente che spesso è l’uso di strumenti consentiti in via generale a poter aver una portata anticoncorrenziale. Strumenti come la creazione di una associazione temporanea di imprese, anche di natura sovrabbondante³⁵, così come la costituzione di un consorzio o la sottoscrizione di un accordo quadro, sono frutto di negozi giuridici tipizzati, dunque – **isolatamente considerati – leciti**. Ma non necessariamente neutri, ai fini antitrust, quando in concreto si dimostri che la funzione socio-economica degli stessi sia volta al perseguimento di fini illeciti³⁶, ingenerando un contesto collusivo che altera la gara, scoraggiando la partecipazione di altre imprese, con effetti distorsivi sul mercato³⁷.

In altri termini, condotte consentite possono risultare illecite alla luce del principio di tutela della concorrenza³⁸. E’ dunque all’Amministrazione che spetta provare, peraltro in via deduttiva, la portata collusiva di intese o aggregazioni. Operazione complessa e non sempre di immediato riscontro all’interno del singolo procedimento di gara; da valutare, ai fini dell’eventuale esclusione, sulla base di un apprezzamento discrezionale e attraverso i criteri elaborati dall’ANAC.

E l’ampiezza del potere rimesso all’Amministrazione nella valutazione degli elementi che possono essere ricondotti alle cause di esclusione dalle gare di appalto non sembra potersi considerare circoscrivibile dalle misure attuative. Poiché il carattere non vincolante delle linee guida di che trattasi consente all’Amministrazione non solo di disattenderle, ma anche di individuare ulteriori criteri sintomatici di condotte legislativamente configurate quali cause di esclusione. Lo stesso è a dirsi per la valutazione dei comportamenti **“adempienti”**, cioè per le misure adottate dall’operatore economico per dimostrare la sua integrità e affidabilità nell’esecuzione del contratto **nonostante l’esistenza di un “pertinente” motivo di esclusione**³⁹.

³⁴ Per le interazioni tra concorrenza e diritto amministrativo, M. D’Alberti, La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli, *Dir. Amm.*, 2004, p. 705 ss.; L. Torchia, Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo, *Mercato, concorrenza e regole*, 3/13.

³⁵ Cfr. *Cons.Stato.*, III, 3.7.2017 n. 3246.

³⁶ Cfr. *Cons.Stato.*, VI, 11.7.2016 n. 3047 e TAR Lombardia, Milano, IV, 30.12.2015 n. 2870, in *Foro Amm.*, 12/2015, p. 3137.

³⁷ Sui divieti di ordine pubblico mirati ad evitare la praticabilità di forme di coordinazione tra concorrenti, cfr. G. Viciconte, La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici, in G.F. Cartei (a cura di) *in Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli 2008, spec. 205 ss.

³⁸ Cfr. *Cons.Stato.*, VI, 11.7.2016 n. 3047 cit.; 4.11.2014 n. 5423; 8.4.2014 n. 1673; 15.5.2015 n. 2479.

³⁹ L’adozione della specifica misura di self cleaning deve essere espressa ed intervenuta entro il termine di prestazione dell’offerta. Tra le misure individuate dalle linee guida ANAC n. 6/16 vengono ricomprese, a titolo esemplificativo: 1) l’adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti,

In altri termini, se la formulazione dell'articolo 80 del d.lgvo 50/16 depone nel senso che l'esclusione non possa farsi derivare da automatismi, è anche vero – per le ragioni appena rappresentate – che all'Amministrazione non può esser negata la facoltà di non esercitare il potere nella direzione tracciata dalle norme attuative e, tornando alla questione della rilevanza e delle ricadute di pratiche collusive sul mercato degli appalti pubblici, di considerare grave un comportamento anticoncorrenziale⁴⁰, anche se non oggetto di provvedimento divenuto inoppugnabile o non confermato con sentenza passata in giudicato. Del resto, l'articolo 57, par. 4, lett.c) e g) della direttiva 2014/24/UE non richiede **“alcun accertamento definitivo della responsabilità dell'appaltatore per gravi illeciti professionali”**⁴¹.

Cosicché appare in linea con la disposizione comunitaria quanto stabilito dalle più volte richiamate linee guida ANAC 6/16 nella misura in cui prevedono, in via generale, che la valutazione rimessa all'Amministrazione vada effettuata, attraverso l'adozione di un provvedimento motivato, con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alla conseguenza sanzionatoria, al tempo trascorso, ed alle eventuali recidive⁴². Per questa via, l'indeterminatezza del concetto impiegato dal legislatore per delineare una fattispecie potenzialmente illecita, viene sostanzialmente risolta attraverso il richiamo al canone del rispetto dei limiti esterni del potere discrezionale: proporzionalità, adeguatezza, valutazione dei presupposti⁴³.

anche attraverso la previsione di specifiche attività formative; 2) l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale; 3) la rinnovazione degli organi societari; 4) l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento; 5) la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

⁴⁰ Come osservato da M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, la fattispecie va valutata nell'effetto anticoncorrenziale (p.319), concreto o anche solo potenziale, sul mercato. Per riconoscere la produzione di effetti anticoncorrenziali, secondo l'A., si richiedono valutazioni che trovino soluzioni diverse a seconda dello specifico caso concreto...e che non si limitano ad una verifica automatica della sussistenza di alcune condizioni oggettive” (p. 338). A. Scognamiglio, *Concorrenza e coordinazione della tutela nel diritto antitrust*, 2009; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; A. Lolli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008. Per la ricostruzione del sistema sanzionatorio nella legge antitrust, M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001.

⁴¹ In senso contrario, cfr. Cons.Stato, V, 27.4.2017 n. 1955.

⁴² Il Consiglio di Stato, nel citato parere sulle disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18.4.2016 n. 50, ha evidenziato, anche con riferimento alle ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 80, la difficoltà della identificazione del momento di commissione del fatto, potendo questo discendere dalla valutazione della stazione appaltante, con la conseguente difficoltà di ancorare la decorrenza del triennio di incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

⁴³ Sulla questione della impugnabilità e della sindacabilità delle linee guida non vincolanti, cfr. C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, www.federalismi.it 2/17, p. 25

Diversamente, si imporrebbe all'Amministrazione di procedere sempre con l'ammissione alla gara, quante volte la fattispecie non rientri espressamente tra quelle enunciate dall'ANAC o quando l'operatore dimostri ravvedimento, così finendo per generalizzare la prevalenza del dato formale su quello sostanziale, impedendo ogni forma di contrasto effettivo di pratiche anticoncorrenziali.

7) Forma e sostanza: la struttura del codice e delle norme attuative nel rapporto tra diritto ed economia. Il ruolo del giudice (cenni)

La questione finisce dunque per investire una tematica di assoluta centralità nella disamina delle nuove regole della contrattualistica pubblica in particolare, e del diritto amministrativo in generale: l'opzione "tra forma e sostanza", in una cornice dalle fonti variegata⁴⁴ e in costante movimento⁴⁵ (si pensi alle disposizioni in materia contenute nelle leggi di stabilità).

Non v'è dubbio che la direttrice lungo cui si muovono le norme in materia di contratti va tutta nel senso di privilegiare, come da più parti evidenziato, una logica sostanzialistica, volta al perseguimento dell'obiettivo⁴⁶: la realizzazione in tempi certi dell'opera, all'esito di un confronto concorrenziale aperto alla massima partecipazione possibile. Lo sforzo di trovare un punto **di equilibrio tra forma e sostanza è plasticamente rappresentato, nel settore degli appalti pubblici, dalla norma introdotta dal d.l. 90/14⁴⁷ che ha potenziato il cd. soccorso istruttorio⁴⁸ declinato, peraltro, anche in sede processuale⁴⁹.**

⁴⁴ Sul tema della semplificazione delle fonti come strumento di gestione della complessità e per la conseguente assegnazione alle p.A. di poteri discrezionali particolarmente ampi, F. Sorrentino, Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo, Annuario AIPDA 2015 cit., p. 10.

⁴⁵ Sul riformismo come atteggiamento principale di fronte al diritto e per il legame tra riformismo e convinzione che le leggi siano tratte dal nulla e risospinte nel nulla, J. Ortega y Gasset, Una interpretazione della storia universale, trad. it. Milano, 1987, p. 249.

⁴⁶ Cfr. C.E. Gallo, Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso, in C.E. Gallo (a cura di) Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce della direttiva 2014, Torino, 2014. S.S. Scoca, Contratti pubblici: l'effettività della tutela tra formalismo e sostanzialismo, in Ragiusan, 2015, f.379-80, p.62.

⁴⁷ Su cui cfr. F. Saitta, Le procedure di gara dopo il d.l. 90/14, in *lexitalia.it*; nonché, dello stesso autore, Le novità del decreto sblocca Italia- forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi, in *Giur. It.* 2015, 1, p. 234; Consiglio di Stato Ad Plen. 30.7.2014 n. 16 ; A. Massari, Il nuovo soccorso istruttorio e i limiti esterni: le prime indicazioni dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, *Riv. Trim. App.* 3/2014, p. 684; determina ANAC 8.1.2015 "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2 bis e dell'art. 46, comma 1 ter, del decreto legislativo 12.4.2006 n. 163"

⁴⁸ Ora disciplinato dall'art. 83 del d.lgvo 50/2016 e su cui cfr. A. Manzi e P. Caruso, Il nuovo soccorso istruttorio, in *Urb. App.* 89/2016, spec. p. 911; T. Di Nitto, Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio, *Giorn. Dir. Amm.* 4/16, p. 466 ss.

⁴⁹ cfr. da ultimo, Cons.Stato, III, 2.3.2017 n. 975: **la pronuncia si segnala per l'ampia disamina dell'istituto, della sua applicabilità e dei suoi limiti , e perché fornisce una ricostruzione delle differenze tra l'art. 38, comma 2 bis d.lgvo 163/06 e l'art. 21 octies l.241/90**; N. Saitta, Sul soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo, *giust.amm.it*, 2013.

La scelta di un siffatto modello, che deriva indubbiamente dall'impostazione comunitaria, ben si adatta, in astratto, a rappresentare una svolta nella contrattualistica pubblica italiana. E rispecchia una tendenza che pervade il sistema a diritto amministrativo, come ne sono rappresentazione le norme sulla partecipazione, l'istruttoria, nonché sulla dequotazione a vizi formali di alcune violazioni procedurali, contenute in varie disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo (tra cui gli artt. 6 c.7, 10 bis e 21 octies)⁵⁰. Mentre la dinamica del dialogo, anch'essa rafforzata nelle recenti riforme, tenta di superare le fisiologiche asimmetrie informative tra l'operatore pubblico e quello privato⁵¹. A questa logica vanno ricondotte non soltanto le procedure negoziate, le figure di partenariato pubblico-privato, ma anche tutte quelle previsioni che mirano alla composizione della controversia nella fase di aggiudicazione⁵² nonché gli istituti con cui si responsabilizza l'attore privato: si pensi ai protocolli di legalità⁵³. E se la limitazione del formalismo⁵⁴ va letta nella prospettiva di una sempre più stretta interrelazione tra diritto ed economia⁵⁵, rimane tuttavia aperta una questione culturale: l'applicazione dei modelli di softlaw,⁵⁶ l'ampliamento dei poteri discrezionali e di negoziazione rimessi alla parte pubblica, le stesse disposizioni in materia di trasparenza ed accesso, risultano decisive nell'ottica non più rinviabile di una Amministrazione organizzata e funzionalizzata intorno a nuovi paradigmi: ma solo nella misura in cui gli operatori siano competenti. E' stato infatti rilevato che l'utilizzo di strumenti di soft law possa

⁵⁰ L. Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna 2012, p. 31 ss.; D. Vaiano, *Il preavviso di rigetto*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 640 ss.; R. Giovagnoli, *I vizi formali e procedurali*, in M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 1141 ss.; N. Gullo, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, ibidem, p. 554; A. Zito, *Brevi riflessioni sul ruolo del responsabile del procedimento nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 11 febbraio 2015 N. 15*, giustamm.it

⁵¹ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, 1° ed., Bologna 2014, p. 23-24.

⁵² Cfr. M. Del Signore, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/17 p. 349 ss.; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici* (.lgs. n. 50/2016, www.federalismi.it, 10/16).

⁵³ Per una interessante ricostruzione della natura giuridica e delle finalità dei protocolli cfr. CGA, *ordinanza 12.9.2014 n. 634*; S. Vinti, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, *Giorn. Dir. Amm.* 3/16, p. 318 ss.

⁵⁴ Cfr. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti e servizi e forniture nei settori ordinari*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, *Atti convegno Varenna 2015*, cit. p. 182 ss. L'A. rimarca la questione di fondo che differenzia l'approccio del diritto europeo da quello italiano: la scelta tra regole ispirate alla fiducia e regole ispirate da sfiducia. L'incertezza è ammessa nei sistemi basati sulla fiducia che è meccanismo che riduce l'incertezza stessa. Mentre nei sistemi dove domina la sfiducia l'incertezza "svilisce" la cooperazione,

⁵⁵ cfr. A. Pajno, *La nuova disciplina*, cit., p. 33; L. Torchia, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016.

⁵⁶ Sui pericoli di una caduta della legalità amministrativa, sul rischio di un sistema che passa dall'esser fondato su obblighi vincolanti di sottoposizione a regole predeterminate ad uno basato sulla persuasione, cfr. L. Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., p. 35; F. Sorrentino, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., p. 11, secondo cui la flessibilità normativa di soft law, che "dovrebbe produrre efficienza e legalità, è invece destinata ad accrescere il tasso di discrezionalità normativa ed amministrativa, fonte sicura di incertezze ed arbitrii".

essere un rischio dove manchino investimenti sulla competenza⁵⁷. Il modello deve dunque misurarsi con le condizioni esistenti e va ancorato a regole in grado di evitare disfunzioni; poiché il loro disfacimento, così come il “dissolversi delle leggi” può portare ad una “corruzione oggettiva del sistema”⁵⁸. La molteplicità delle regole, l’eterogeneità delle fonti, la eliminazione di meccanismi automatici di esclusione, l’ampliamento della discrezionalità delle Amministrazioni, rafforza la centralità del ruolo del giudice amministrativo nella ricostruzione del settore, per assicurarne l’apertura al mercato⁵⁹.

Il processo amministrativo, in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori e servizi, non a caso è stato “rivisto e aggiornato”, in ragione delle innovazioni legislative⁶⁰.

Tuttavia, l’intento di semplificazione e di riduzione dei tempi di giudizio, pensati allo scopo di chiudere la procedura di gara e consentire quanto prima la realizzazione dell’opera, deve misurarsi con l’effettività della tutela e con l’accessibilità⁶¹ alla stessa. E’ stato infatti autorevolmente e più volte sottolineato⁶² che le misure di accelerazione dei giudizi in materia di appalti pubblici rischiano di provocare “un grave passo indietro sulla strada della corretta gestione delle gare pubbliche”⁶³.

⁵⁷ cfr. G. Piga, La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell’economista, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione...cit.*, p. 86.

⁵⁸ Così M. D’Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 385.

⁵⁹ Cfr. F.G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. Amm.* 2008, p. 262; A. Zito, *I contratti e le obbligazioni pubbliche tra nuova nazionalità amministrativa, diritto comune, mercato e tutela giurisdizionale: considerazioni introduttive*, in *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Annuario AIPDA, 2009, Napoli, 2010, p. 7, secondo cui l’attività giurisdizionale e le decisioni che ne scaturiscano concorrono alla regolazione del mercato; F. Fracchia, L. Gili, *Ordinamento dell’Unione Europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, cit., 2013, p. 149 ss.; F.Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Profili tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, p. 2005; V. Domenichelli, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, Annuario AIPDA 2015, spec. p. 47 per il riferimento al settore dei contratti.

⁶⁰ E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.* 8-9/16, p. 873; M.A. Sandulli, *Un mini passo in avanti verso l’effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Prmissime considerazioni sull’art. 19 d.lgvo 56/17 federalismi.it 10.5.2017*; id. *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione (legge di stabilità 2016 e legge delega sul recepimento delle Direttive contratti)*, federalismi.it 20.1.2016; P. Stella Richter, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, *Dir. Proc. amm.* 1/17, 375, secondo cui la probabile diminuzione del contenzioso si accompagna ad “una violazione del principio di proporzionalità e del diritto di azione”.

⁶¹ Sulla questione, e più in generale, si veda F.G. Scoca, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all’accesso*, *Dir. Proc. Amm.* 4/2014, p. 1414 ss.

⁶² M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, *Dir. e Soc.* 3/2014, p. 503 ss.

⁶³ M.A. Sandulli, *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione*, cit.