



CONFINDUSTRIA
Centro Studi

APPALTI PUBBLICI E CONCORRENZA

*Progetto Concorrenza di Confindustria
coordinato da*

Innocenzo Cipolletta, Stefano Micossi e Giangiacomo Nardozzi

Le opinioni e i giudizi espressi in questo lavoro non impegnano la responsabilità di Confindustria.

Indice

Meccanismi elusivi e limitazioni della concorrenza nella prassi amministrativa degli appalti pubblici	3
1. Le finalità dell'evidenza pubblica e la problematica dell'elusione.....	3
2. I rischi di elusione mediante figure "atipiche" negli appalti di lavori.....	6
2.1. L'acquisto di beni immobili attraverso la compravendita di cosa futura.....	6
2.2. Il <i>leasing</i> pubblico	11
2.3. La sponsorizzazione passiva della pubblica amministrazione	14
3. I rischi di elusione negli appalti di lavori: il partenariato pubblico privato ..	20
4. I tentativi di elusione negli appalti di forniture: il regime derogatorio in materia di sicurezza e protezione civile.....	24
5. le barriere artificiali all'accesso nel mercato degli appalti pubblici	29
5.1. Premessa	29
5.2. La nozione di barriere all'entrata: dalla realtà economica a quella giuridica	30
5.3. La concorrenza negli appalti pubblici: meccanismi d'asta e selezione delle imprese.....	33
6. Le barriere "artificiose" alla concorrenza negli appalti di servizi e forniture	36
6.1. La dimostrazione dei requisiti di capacità economica finanziaria per la partecipazione alle gare di appalto.....	36
6.2. I raggruppamenti temporanei di impresa: la scorretta interpretazione delle segnalazioni dell'Autorità.....	42
7. La tutela amministrativa e le esigenze di rafforzamento del ruolo dell'Autorità.....	43

Meccanismi elusivi e limitazioni della concorrenza nella prassi amministrativa degli appalti pubblici

Gianfrancesco Fidone, Simone Gambuto e Giuseppe Mele*

1. Le finalità dell'evidenza pubblica e la problematica dell'elusione

La cosiddetta evidenza pubblica consiste in procedimenti preordinati a far emergere in un atto amministrativo le ragioni per le quali la pubblica amministrazione stipula uno specifico atto negoziale di diritto privato per curare l'interesse pubblico affidatole dalla legge, con la finalità di consentire un controllo sul corretto ricorso allo strumento contrattuale.

Lo scopo di tali norme di natura procedurale può essere rinvenuto nel rendere trasparente e verificabile il particolare rapporto che si viene ad instaurare tra pubblica amministrazione e soggetto privato, assicurando la selezione delle migliori condizioni contrattuali per l'amministrazione e l'affidabilità del contraente privato. Dal lato di quest'ultimo, le regole dell'evidenza pubblica garantiscono che l'amministrazione non operi favoritismi verso alcuno dei soggetti che partecipano alla selezione per l'affidamento dell'appalto¹. La penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali, inoltre, ha conferito a tali norme una finalità ulteriore di armonizzazione al fine di creare un mercato unico al quale tutti i soggetti interessati possano accedere con condizioni di partecipazione analoghe e non discriminatorie sulla base della nazionalità. Tutte queste esigenze possono essere comprese in una generale necessità di tutela della concorrenza.

Le discipline nazionali che regolano i settori degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture dovrebbero, quindi, garantire che l'affidamento degli appalti avvenga nel rispetto dei principi del Trattato CE e delle norme contenute nelle direttive comunitarie.

Non di rado, per varie ragioni, le normative di settore poste dal diritto interno si rivelano in alcuni casi molto rigorose, ben oltre il rigore minimo inderogabile previsto in sede comunitaria. Così, nella pratica, si assiste ad una fuga dalle stesse normative nazionali e alla ricerca di procedure alternative che garantiscano con più certezza (e meno concorrenza) il risultato dell'aggiudicazione dell'appalto ad un determinato soggetto.

* Gianfrancesco Fidone (LUISS "Guido Carli") è l'autore dei paragrafi 1, 2 e 3. Simone Gambuto (Kent College of Law, University of Chicago) è l'autore dei paragrafi 5, 6 e 7. Giuseppe Mele (Centro Studi Confindustria) è l'autore del paragrafo 4.

¹ Cfr. Fidone G., *Un'applicazione di analisi economica del diritto: la procedura per la scelta del concessionario nel c.d. project financing*, in corso di pubblicazione negli atti della prima conferenza annuale del SIDE (*Italian Society of Law and Economics*), presso la Facoltà di Economia di Siena "R.M. Goodwin", Siena 25-27.11.2005.

Il riferimento è a figure contrattuali, per lo più “atipiche”, ed a procedure di scelta del contraente di per sé lecite se regolanti la fattispecie per la quale sono state previste. Esse, però, qualora vengano a interessare i settori degli appalti di lavori, servizi e forniture, possono risultare elusive delle procedure appositamente previste per l’aggiudicazione.

Tali fattispecie si pongono al confine con le discipline che rigorosamente disciplinano gli appalti e prevedono peculiari procedure di affidamento. Per tale motivo non deve ritenersi sufficiente verificare la legittimità dell’atto sotto il profilo del diritto comune, ma si deve verificare che non vi sia nel caso concreto un’illegittimità derivante dalla mancata applicazione delle discipline pubblicistiche che hanno procedimentalizzato l’azione dell’Amministrazione, con la conseguente elusione delle stesse normative di settore.

Nella pratica non sempre è facile distinguere con certezza l’ambito di operatività di tali fattispecie da quello dell’appalto, e non è agevole individuare i presupposti sulla base dei quali ricorre una fattispecie piuttosto che l’altra. Pertanto, il rischio che si verifichino pratiche elusive delle procedure previste per l’affidamento degli appalti deve considerarsi elevato.

In ordine all’ammissibilità di tali forme contrattuali, deve essere tenuto presente il principio generale, confermato dall’Adunanza generale del Consiglio di Stato, secondo il quale la pubblica amministrazione può ricorrere anche a procedure atipiche, nel rispetto della propria autonomia contrattuale per perseguire l’interesse pubblico e nel rispetto dei principi dell’evidenza pubblica². Il Consiglio di Stato ha, dunque, ammesso la possibilità per le amministrazioni di concludere contratti atipici, pur fissando i limiti per l’esercizio di tale facoltà e precisando che “è un problema di controlli e di modalità di esercizio, di difformità tra i motivi dell’agire e le ragioni di tutela legislativa dell’azione; essa pertanto non può condurre al divieto assoluto del diritto medesimo, o quel che è lo stesso, alla sua riconduzione a schemi legali, che ne renderebbero inapplicabili le caratteristiche strutturali e dinamiche e si risolverebbero nella sua soppressione di fatto”.

Le amministrazioni, nel rispetto dei limiti predetti, possono ricorrere a tutte le forme di contrattazione che ritengano più opportune per realizzare l’interesse pubblico. Tuttavia, per esprimere una valutazione sulla legittimità dell’utilizzazione di una certa forma contrattuale (tipica o atipica) e di una determinata procedura per la selezione del contraente, si dovrà verificare che il risultato concretamente raggiunto non costituisca un’elusione delle norme di settore, di rango comunitario e nazionale, che tutelano la concorrenza nei singoli settori in discussione.

Con riferimento al settore dei lavori pubblici, la legge quadro 11.2.1994, n. 109, limita il campo dei tipi contrattuali ammissibili a due sole ipotesi, laddove afferma che “i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo i lavori in economia di cui all’art. 24, comma 6”⁴.

² Consiglio di Stato, Adunanza Generale, parere n. 1504 del 2000. Cfr. anche il parere n. 2 del 2000.

³ Consiglio di Stato, Adunanza Generale, parere n. 2 del 2000. Cfr. anche parere n. 1504 del 2000.

⁴ La materia dei lavori pubblici attualmente è regolata dalla suddetta legge quadro (c.d. legge Merloni) così come modificata dal decreto legge 3 aprile 1995 convertito nella legge 2 giugno 1995 n. 216 (c.d. Merloni bis), dalla legge 18 novembre 1998 n. 415 (c.d. Merloni ter) e dalla legge 1 agosto 2002 n. 166 (c.d. Merloni quater), nonché dal decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999 n. 554 “Regolamento di attuazione della legge quadro”. L’art. 2, comma 1, della legge quadro, qualifica come

Rispetto a tale norma, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha ribadito la tassatività dell'elencazione, per cui deve considerarsi inammissibile "che la scelta di un tipo contrattuale resti affidata al prudente apprezzamento della pubblica amministrazione, la quale sarebbe in definitiva arbitra di decidere se applicare o meno la legislazione sui lavori pubblici e, quindi, per le opere cosiddette sopra soglia, se sottostare o meno alla concorrenza comunitaria"⁵.

L'elencazione tassativa dei tipi di contratto che possono avere ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici e l'esclusione di forme contrattuali diverse ha la funzione di ricondurre alla disciplina ed ai procedimenti di aggiudicazione previsti dalla legge quadro ogni fattispecie che concerna la realizzazione di lavori pubblici. Dovrebbe, pertanto, considerarsi elusiva di tali norme ogni pratica e/o procedura diverse da quelle indicate che le amministrazioni utilizzassero, in alternativa alle procedure previste dalla legge quadro, al fine di conseguire il medesimo risultato della realizzazione di lavori pubblici.

Il principio è stato anche ribadito dal Consiglio di Stato, che ha affermato che "la normativa che impone la pubblica gara per la scelta dell'appaltatore di opere pubbliche deve trovare applicazione ogni volta che tra questi e l'amministrazione si instaura un rapporto a prestazioni corrispettive. Poco importa il *nomen iuris* attribuito dalle parti alla fonte di tale rapporto (ad esempio contratto di appalto, contratto di vendita di cosa futura, contratto di *leasing* immobiliare, contratto di locazione con facoltà di apportare modifiche alla cosa locata, concessione di costruzione, concessione di committenza, ecc.); la normativa comunitaria e quella italiana, oltre ad avere equiparato al contratto di appalto la concessione di opere pubbliche, comportano che la disciplina della gara per la scelta dell'esecutore deve applicarsi a prescindere dai singoli procedimenti e dai singoli istituti che gli Stati comunitari conoscono o che nella prassi si affermano per la realizzazione delle opere pubbliche"⁶.

Le stesse argomentazioni devono ritenersi valide con riguardo alle normative in materia di servizi, con il decreto legislativo n. 157/1995, e in materia di forniture, con il decreto legislativo n. 358/1992⁷.

lavori pubblici, se affidati dai soggetti di cui al comma 2, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere o impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica.

⁵ Così l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, determinazione n. 22 del 30.07.2002: "Possibilità di ricorrere a procedure concorsuali anomale difformi da quelle tipologicamente individuate nella legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m.". Tale determinazione richiama la tassatività del disposto di cui al citato articolo di legge che prevede l'indicazione dei tipi di contratto ammessi (contratto di appalto e di concessione) e l'esclusione, con riferimento alla realizzazione di un lavoro pubblico, dell'utilizzazione di differenti moduli negoziali. Nella richiamata determinazione, assume particolare significato l'aggiunta nel testo della norma, ad opera dell'art. 3, comma 3 della legge 18.11.1998 n. 415, dell'avverbio "esclusivamente". La conseguenza, secondo la stessa Autorità è che i due moduli enucleati nella norma costituiscono gli unici strumenti, insieme al *project financing* e agli altri istituti previsti espressamente dalla legge 109/94, cui è possibile ricorrere nel caso della realizzazione di opere pubbliche.

⁶ Consiglio di Stato, V Sez., 4.11.1994, n. 1257. Cfr. anche: Consiglio di Stato, II sez., 11.12.1991, n. 1221/91; II sez., 11.12.1991, n.1208; II sez. 19.6.1991, n. 570.

⁷ In materia di appalti pubblici di servizi e forniture si indicano: Gatti M., *Appalti pubblici di forniture e servizi*, Sistemi Editoriali, 2004; Bellagamba L. *L'affidamento di forniture e servizi*, Maggioli Editore, 2004; Spadaro A., *Le forniture di beni e servizi nella pubblica amministrazione*, Maggioli Editore, 1999; Mastragostino F. (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Cedam, 1998; Del Castello I., Galtieri C., Realfonso U., *Appalti pubblici di servizi*, Il Sole 24 ore, 2002.

Sulla base di quanto finora esposto, rispetto al rischio di elusione tramite il ricorso a figure atipiche, si tratta di trovare il giusto punto di equilibrio tra due diversi principi: da un lato, il principio secondo il quale le pubbliche amministrazioni, in quanto persone giuridiche, hanno una capacità generale che consente loro di utilizzare tutti gli strumenti di diritto privato, anche quelli atipici; dall'altro, la necessità di rispettare, qualora una determinata fattispecie sia riconducibile all'ambito degli appalti, i principi comunitari e le leggi regolanti i settori di riferimento, nonché le procedure dell'evidenza pubblica previste in tali normative per la scelta dell'appaltatore. Inoltre, è necessario delimitare i confini ed i limiti entro i quali le forme di contrattazione atipiche possano essere legittimamente utilizzate dalla pubblica amministrazione, in quanto aventi, nel caso concreto, una causa contrattuale non riconducibile alla figura dell'appalto nei diversi settori indicati.

Un secondo aspetto del tema dell'elusione riguarda la compatibilità delle normative nazionali di settore con i principi comunitari. Le disposizioni di cui agli artt. 20-30 (ex artt. 28-36) e dagli artt. 43-55 (ex artt. 52-66) del Trattato CE devono considerarsi applicabili ad ogni atto contrattuale od unilaterale avente ad oggetto la prestazione di attività economiche, effettuato dallo Stato o dagli altri enti pubblici territoriali o da qualsiasi altro organismo avente natura pubblica⁸. Tali principi, di portata generale, sono essenzialmente quelli di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità.

L'applicazione delle norme introdotte dal legislatore nazionale deve essere verificata sotto il profilo del rispetto o dell'eventuale elusione di tali principi. Tale verifica deve riguardare, ovviamente, non solo le fattispecie atipiche. Infatti, nella disciplina nazionale possono emergere profili di elusione dei principi comunitari anche con riferimento alle figure "non atipiche". Per questo motivo nel seguito dell'analisi si accennerà in particolare alla finanza di progetto, nel più ampio contesto del partenariato pubblico privato (PPP), con riferimento alla problematica dell'elusione dei principi comunitari in tema di aggiudicazione di appalti pubblici.

2. I rischi di elusione mediante figure "atipiche" negli appalti di lavori

2.1. L'acquisto di beni immobili attraverso la compravendita di cosa futura

Il problema dell'utilizzo della compravendita di cosa futura consiste nel verificare se ed entro quali limiti l'utilizzo da parte delle amministrazioni di tale istituto di natura privatistica, disciplinato dall'art. 1472 c.c., per l'acquisto beni immobili ancora da

⁸ Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie, Circolare 1 marzo 2002 n. 3944 "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori", in G.U. n. 102 del 3 maggio 2002. Secondo tale documento "si intendono precisare sia i principi del Trattato CE che si applicano a tutte le forme di concessioni sia le norme che concernono in particolare le concessioni di lavori pubblici previste dalla direttiva 93/37/CEE (c.d. direttiva lavori) sugli appalti di lavori pubblici".

⁹ Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie, Circolare 1 marzo 2002 n. 3944 "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori", in G.U. n. 102 del 3 maggio 2002. Secondo tale documento "si intendono precisare sia i principi del Trattato CE che si applicano a tutte le forme di concessioni sia le norme che concernono in particolare le concessioni di lavori pubblici previste dalla direttiva 93/37/CEE (c.d. direttiva lavori) sugli appalti di lavori pubblici".

realizzarsi non comporti l'elusione delle norme di evidenza pubblica contenute nella disciplina sugli appalti di lavori pubblici¹⁰.

Nella pratica, infatti, non sempre è facile distinguere con certezza l'ambito di operatività dell'acquisto di cosa futura da quello dell'appalto, e non è agevole individuare i presupposti sulla base dei quali ricorre una fattispecie piuttosto che l'altra. Pertanto, il rischio che si verifichino pratiche elusive delle procedure della legge quadro, incentrate sull'utilizzo dell'istituto della vendita di cosa futura in luogo dell'appalto di opere, deve considerarsi elevato¹¹.

Di tali margini di incertezza tendono talvolta ad approfittare le amministrazioni che, utilizzando l'acquisto di cosa futura in luogo dell'appalto di lavori, evitano di ricorrere alle procedure dell'evidenza pubblica per la scelta dell'appaltatore ma, così facendo, possono anche dar luogo a trattative con soggetti già individuati e realizzare pratiche collusive e non concorrenziali.

Le norme positive vigenti, che trasfondono nell'ambito della contrattualistica pubblica l'istituto della vendita di cosa futura, di cui all'art. 1472 c.c., non aiutano in ordine alla verifica dell'ammissibilità del ricorso a tale istituto da parte della pubblica

¹⁰ Un'interpretazione in senso positivo, cioè dell'ammissibilità dell'utilizzo nell'ambito dei lavori pubblici, dell'acquisto da parte delle amministrazioni di beni immobili ancora da realizzare, è sembrata emergere dal diritto comunitario. Infatti, come noto, l'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37/CEE stabiliva che "gli appalti pubblici di lavori sono contratti a titolo oneroso, [...] , aventi per oggetto o [...] oppure l'esecuzione con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice". Tale locuzione aveva fatto ritenere che l'acquisto di cosa futura, quando abbia ad oggetto la compravendita di un immobile da costruire secondo esigenze predefinite dall'amministrazione, avrebbe potuto rientrare nella disciplina comunitaria sui lavori. Anche l'attuale direttiva unificata lavori, servizi e forniture 2004/18/CE ha confermato tale definizione (art. 1, comma 2, lett. b). Tale interpretazione sarebbe, peraltro, stata suffragata anche dalla disposizione che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (art. 1, lettera a, direttiva 50/92/CEE) ed escludeva dal proprio ambito di applicazione i contratti aventi ad oggetto l'acquisizione o la locazione di edifici esistenti. Tale esclusione si poteva spiegare con il fatto che l'acquisto di edifici non ancora esistenti era disciplinato dall'altra direttiva comunitaria sui lavori. Sotto il profilo civilistico, il contratto di acquisto di cosa futura di un immobile da realizzare secondo le esigenze predefinite dall'amministrazione aggiudicatrice non si trasformerebbe in un contratto d'appalto ma, sotto il profilo pubblicistico, la scelta del contraente dovrebbe avvenire secondo le procedure dettate dalla direttiva 93/37/CEE (oggi secondo quelle dettate dalla direttiva unificata lavori, forniture e servizi 2004/18/CE). Questa soluzione interpretativa pone comunque seri problemi di compatibilità col diritto interno, in quanto appare preclusa dall'art. 19, comma 1, della legge n. 109/1994, che restringe all'appalto ed alla concessione il campo dei tipi contrattuali utilizzabili per la realizzazione di lavori pubblici.

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 1368/93, n. 1046/96 e n. 596/99. Con riguardo alla normativa comunitaria, il contratto di compravendita di immobili non ancora esistenti è escluso dall'ambito della direttiva servizi, ma non è riconducibile alla nozione di appalto, giacché la volontà delle parti ha ad oggetto diretto solo il trasferimento della proprietà del bene e non già il lavoro occorrente per produrre il bene medesimo. Nel parere n. 596/99 è scritto che "l'acquisto di un immobile (anche se ancora da realizzare) non rientra nella disciplina delle opere e lavori pubblici". Tuttavia, sono state dettate una serie di prescrizioni atte a delimitare l'ambito di operatività dei due istituti. Caratterizzanti l'acquisto di cosa futura della pubblica amministrazione, sarebbero i seguenti elementi: a) l'immobile da acquistare deve possedere caratteristiche che lo rendano infungibile, ad esempio, una localizzazione in una specifica zona del territorio; b) l'immobile deve avere la destinazione urbanistica prevista dal PRG; c) deve essere stata compiuta una valutazione costi-benefici; d) l'oggetto del contratto deve essere stato esaustivamente determinato sin dal momento della stipula. Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 4.11.1994, n. 1257, che esprime preoccupazioni in merito al possibile abuso del ricorso alla vendita di cosa futura al fine di realizzare un'opera pubblica.

amministrazione, degli eventuali limiti di applicabilità e della distinzione con la figura dell'appalto di opere¹².

Si tratta di norme a carattere speciale e riferite a soggetti pubblici particolari che non devono ritenersi idonee, di per sé, a legittimare l'utilizzo generalizzato dell'istituto dell'acquisto di cosa futura per la pubblica amministrazione.

La giurisprudenza ha manifestato un atteggiamento di forte sfavore per l'uso dell'istituto in oggetto da parte di pubbliche amministrazioni. La Corte dei conti ha affermato che il contratto di vendita di cose future all'amministrazione dovrebbe considerarsi nullo qualora raggiunga finalità illecite e, in particolare, se comporta una serie di procedure atipiche che inducono a ritenere che il sistema prescelto sia in realtà rivolto a dissimulare un contratto d'appalto, con finalità o risultati elusivi della normativa interna e comunitaria in tema di opere pubbliche¹³.

Tale conclusione non deve ritenersi generalizzabile, in astratto, a tutti i casi di compravendita di cosa futura, indipendentemente dall'oggettivo riscontro della riconducibilità della fattispecie sostanziale all'appalto e della verifica del risultato elusivo.

Non si deve, infatti, operare una riconduzione automatica dell'istituto della compravendita di cosa futura nell'ambito della legislazione sugli appalti di opere pubbliche. Da un punto di vista teorico, la distinzione tra appalto e compravendita, anche di cosa futura, è ben precisa. Il contratto d'appalto, ai sensi dell'art. 1655 c.c., si caratterizza per avere un oggetto complesso, costituito da un *facere* accompagnato da un risultato determinato. L'opera oggetto dell'appalto è tutto ciò che costituisce il risultato di un'attività di elaborazione e trasformazione della materia, che si trasfonde nella creazione di un bene giuridico. In altri termini, oggetto dell'appalto è il risultato dell'attività e il lavoro dell'appaltatore è considerato come mezzo per raggiungere tale realizzazione finale¹⁴. Il mantenimento dell'elemento dinamico del *facere*, quale oggetto specifico dell'appalto, si ritrova anche nella legge n. 109/1994.

¹² L'art. 4 della legge 13.6.1962 n. 855, relativo all'acquisto di immobili a fini di investimento dei fondi patrimoniali degli istituti previdenziali amministrati dalla speciale Direzione Generale del Ministero del Tesoro, prevede che l'acquisto di fabbricati su progetto è consentito solo nel caso di immobili, il cui prezzo, per area e costruzione, non sia inferiore, nel complesso, a lire 1.200.000.000 e sempre che la parte offerente sia già proprietaria dell'area e che l'acquisto sarà regolato dalle norme del codice civile sulla compravendita di cose future. La normativa richiamata riguarda esclusivamente gli investimenti immobiliari, a fini lucrativi, degli Istituti di previdenza e non già la realizzazione di opere pubbliche. Essa, inoltre, limita il ricorso alla compravendita di cose future a particolari tipi di immobili, suscettibili, per le loro caratteristiche dimensionali, di essere proficuamente utilizzati sul mercato delle locazioni, al fine di produzione di reddito. L'art. 4 della legge 17.2.1987 n. 80 dispone che gli enti pubblici individuati dalla legge 20.3.1975, n. 70, per gli acquisti di immobili in corso di costruzione o su progetto, sono tenuti ad osservare le disposizioni di cui agli artt. 3 e 4 della citata legge n. 855/1962. Anche tale normativa deve considerarsi speciale e settoriale, poiché si riferisce ai soli enti pubblici indicati nella stessa legge.

¹³ Corte dei conti, Sez. controllo Stato, 3.3.1992, n. 16: la vicenda trae spunto dal controllo degli atti relativi all'acquisto di numerosi complessi immobiliari ancora in costruzione o da ultimare da parte del Ministero delle Finanze, comunemente noto come scandalo dei c.d. "palazzi d'oro". Cfr. anche Corte dei conti, Sez. controllo Stato, 24.11.1995, n. 150.

¹⁴ Si veda, tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 4.10.1994, nn. 1101 e 1102. Nel parere facoltativo (Adunanza generale del 17.2.2000, Sez. I, n. 38/99, Gab. n. 2/2000), "richiesta su quesito del Ministero dell'Interno in ordine alla possibilità di acquisto di fabbricato su progetto per la sede del comando provinciale dei vigili del fuoco di Latina", il Consiglio di Stato afferma che "Ciò sta a significare, ad avviso dell'Adunanza, che elemento caratteristico ed essenziale dell'appalto è l'elemento dinamico del lavoro,

Nella vendita, al contrario, l'elemento essenziale e qualificante del negozio è il trasferimento del bene e l'oggetto del contratto è un dare. Nell'appalto c'è, dunque, una maggior rilevanza dell'elemento del *facere* rispetto all'elemento del dare tipico della vendita. La vendita di cosa futura, a sua volta, si differenzia dalla figura generale della vendita per gli effetti meramente obbligatori che produce. Tuttavia, l'attività di realizzazione del bene immobile da parte del venditore appartiene alla sfera interna del venditore medesimo. Il rischio dell'iniziativa e la spesa della costruzione gravano solo sul venditore e l'obbligazione di *facere* o non rileva affatto o si pone su un piano accessorio e strumentale rispetto all'obbligazione di dare, sulla quale l'acquirente non svolge di norma alcuna attività di controllo e verifica in corso d'opera¹⁵.

Sulla base di tale distinzione teorica, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'istituto della compravendita di cosa futura non sia stato espunto dall'ordinamento con il sopravvenire della più recente legislazione sui lavori pubblici¹⁶. Si dovrà però verificare se, in concreto, l'amministrazione abbia stipulato un contratto di vendita o di appalto e su tale base, nell'eventualità che si abbia a che fare con un appalto, operare la riconduzione dell'affidamento nell'ambito delle procedure di cui alla legge quadro. Tale verifica si dovrà effettuare nel merito, secondo i criteri di rilevazione elaborati dalla giurisprudenza, quali l'intento delle parti, le obbligazioni dedotte, e così via¹⁷.

Si devono, pertanto, apporre rigorosi limiti esterni ed interni al potere della pubblica amministrazione di contrattare ricorrendo all'acquisto di cosa futura da privati, al fine di evitare il pericolo già indicato di pratiche elusive delle procedure di affidamento dei lavori pubblici previste dalla legge quadro.

In generale, come ha sottolineato lo stesso parere del Consiglio di Stato, si deve considerare ammissibile il ricorso alla compravendita di cosa futura "solo nei ristrettissimi limiti in cui l'opera da realizzare o, meglio, da acquisire, costituisca, secondo un ampiamente motivato e documentato apprezzamento dell'amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche ovvero un *unicum* non acquisibile in altri modi ovvero a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il più solerte perseguimento dell'interesse pubblico".

E, ancora, lo stesso documento aggiunge: "tra le due ipotesi estreme di liberalizzazione del negozio di vendita e di sua riconduzione *sic et simpliciter* nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici, possa ritenersi che l'esperibilità della vendita di cosa futura sia in astratto ammissibile, ma in concreto condizionata dalla ricorrenza di situazioni eccezionali e delle condizioni già in parte individuate dal citato parere n. 596/99, le quali possono anzitutto riassumersi nella necessità – dettata dalla finalità di evitare intenti elusivi del principio tendenziale e generale del procedimento d'appalto – che l'amministrazione valuti preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche e, ove ne verifichi la non praticabilità in relazione a specialissime, motivate e documentate

rispetto al quale l'elemento statico rileva solo come prodotto finale o risultato del primo, connesso all'interesse economico sostanziale di una delle due parti".

¹⁵ Cfr. Cass., 9.2.1960, n. 180; 14.4.1961, n. 806; 11.6.1983, n. 4020; 24.1.1992, n. 811; 11.3.1993, n. 2952; 21.11.1997, n. 11643.

¹⁶ Consiglio di Stato, Parere facoltativo – Adunanza generale del 17.2.2000, Sez. I, n. 38/99, Gab. n. 2/2000, prec. cit..

¹⁷ Cfr. Cass., 17/6/1977, n. 2519.

esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, scelga di acquisire l'immobile secondo il meccanismo della compravendita”.

Sulla base delle considerazioni richiamate, l'Adunanza Generale detta le regole di comportamento per la pubblica amministrazione che voglia procedere all'acquisto di un bene immobile ancora da realizzare. Non si tratta, evidentemente, di una serie di regole esaustive, “ma di semplici criteri di orientamento per amministratori onesti e diligenti, il cui operato sia ispirato ai principi costituzionali del buon andamento, della trasparenza, dell'efficienza ed economicità, della responsabilità personale del pubblico funzionario”.

I criteri in questione sono suddivisi in tre gruppi, definiti a carattere istruttorio, procedimentale e negoziale¹⁸. Tali criteri, nella sostanza dovrebbero garantire l'individuazione dei reali bisogni della pubblica amministrazione e l'adeguata motivazione, in ordine alla necessità e all'infungibilità del bene, del ricorso alla vendita di cosa futura in luogo dell'appalto di lavori, nonché la verifica del possesso dei requisiti necessari in capo al venditore e della sua buona fede anche in ordine al tempo dell'acquisto dell'area in oggetto (criteri istruttori), la trasparenza e la pubblicità della scelta del bene futuro da acquistare (criteri procedurali), la reale riconduzione dell'operazione, sotto il profilo sostanziale e dei rapporti tra le parti, alla fattispecie della vendita di cosa futura (criteri negoziali). Il Consiglio di Stato afferma, infine, che

¹⁸ In primo luogo, l'amministrazione dovrà procedere ad una completa e trasparente attività istruttoria che tenga conto dei seguenti aspetti:

- 1) dovrà individuare in via preliminare le effettive esigenze funzionali e i bisogni dell'amministrazione che debbono essere soddisfatti dal bene che si va ad acquistare, dai punti di vista quantitativo, qualitativo e temporale. Tale indicazione dovrà essere rigorosa, “al di là di vuote formule stereotipate, attraverso l'indicazione dei tipi di attività da svolgere, della consistenza di tali attività, dei tempi entro i quali si devono raggiungere livelli ottimali di funzionalità sotto i rilevati profili”. Tale accertamento preventivo andrà svolto sulla base di un duplice criterio: “diagnostico, con riferimento ai compiti già gravanti sulle amministrazioni e prognostico, con riferimento alle nuove o maggiori attribuzioni cui si prevede di dovere fare fronte, per sopravvenienze normative, sociali, demografiche, ambientali, ecc.”;
- 2) dovrà verificare che le predette esigenze possano essere adeguatamente soddisfatte unicamente da beni dotati di ben individuate caratteristiche strutturali e topografiche;
- 3) dovrà accertare che manchino immobili di proprietà pubblica già esistenti nelle aree interessate, che possano essere proficuamente utilizzati, seppur con eventuali interventi di manutenzione e ristrutturazione di esecuzione non eccessivamente difficoltosa o dispendiosa;
- 4) all'esito delle predette ricognizioni si dovrà verificare ulteriormente l'esistenza di un'area o di aree inedificate private motivatamente ritenute idonee all'uso pubblico che le rendano “infungibili” rispetto ai bisogni dell'amministrazione. Tale infungibilità, deve essere intesa in senso assoluto;
- 5) puntuale valutazione del rapporto costi-benefici, mettendo a confronto le utilità complessivamente ricavabili dal ricorso alla compravendita, rispetto a quelle conseguibili ricorrendo agli ordinari e normali procedimenti di realizzazione dell'opera: acquisizione coattiva dell'area e affidamento mediante contratto d'appalto. Tale comparazione è, naturalmente, ad oggetto plurimo, non risolvendosi esclusivamente in un mero apprezzamento economico, ma coinvolgendo tutti gli aspetti dell'intervento (tempi, garanzie, affidamento, ecc.);
- 6) verifica del possesso, da parte del venditore, di sufficienti requisiti di capacità economica che valgano ad assicurare in via preventiva l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, requisiti che devono preesistere alla stipulazione del contratto;
- 7) titolo di proprietà dell'area acquisito dal venditore in epoca non sospetta rispetto alla determinazione dell'amministrazione di munirsi del bene. Ciò, evidentemente, al fine di evitare che l'acquisto del terreno sia finalizzato alla preconstituzione di una sorta di titolo di prelazione di fatto, rispetto ad altri potenziali offerenti o concorrenti.

“dai predetti criteri tendenziali emerge, all’evidenza, come il ricorso all’istituto, tipico e non confondibile, della vendita di cosa futura costituisce ipotesi specialissima e marginalissima”.

Pertanto, il ricorso all’istituto in oggetto deve ritenersi legittimo e non elusivo della disciplina sugli appalti pubblici di lavori solo ed entro i limiti che sono stati descritti.

2.2. Il *leasing* pubblico

Problemi analoghi a quelli appena considerati in ordine all’acquisto di cosa futura da parte delle pubbliche amministrazioni attengono al cosiddetto “*leasing* pubblico” quando oggetto dell’operazione sia un bene immobile.

Il *leasing* è un contratto atipico che, però, ha trovato una propria tipicità socio-giurisprudenziale. Esso può assumere forme tra loro diverse, delle quali la più ricorrente e rilevante da un punto di vista economico e sociale è il cosiddetto *leasing* finanziario¹⁹.

Il *leasing* finanziario è uno schema contrattuale che deriva dall’esperienza anglosassone e presenta molteplici varianti. In base allo schema generale, un soggetto (cosiddetto conduttore) si procura la disponibilità di un bene da lui stesso scelto, ma che viene acquistato o fatto costruire per suo conto da una società che poi lo concede in *leasing* per un determinato periodo di tempo. Il conduttore si obbliga al pagamento di un canone periodico per tutta la durata del contratto. In tale periodo di tempo, i rischi di perdita e deterioramento del bene rimangono in capo alla società di *leasing*, così come l’ordinaria e straordinaria manutenzione e la responsabilità per i vizi e difetti del bene. Alla fine del periodo, il conduttore può scegliere tra l’acquisto del bene, per un prezzo residuo predeterminato, la proroga della locazione o la restituzione del bene. Il bene oggetto di *leasing* può essere un bene mobile o immobile²⁰.

Secondo tale schema, dunque, un certo soggetto invece di acquistare un determinato bene direttamente, ricorrendo eventualmente ad un mutuo, si rivolge ad una società di *leasing* che non è la diretta produttrice del bene. La società di *leasing* acquista direttamente il bene dal produttore oppure, nel caso di immobile, lo fa costruire secondo le richieste del suo cliente e lo concede in godimento al soggetto che ne ha fatto richiesta, dietro pagamento di un canone. Il canone rappresenta il corrispettivo del godimento del bene ed il suo ammontare è determinato in modo da coprire sia l’ammortamento del bene, sia l’interesse sul capitale investito dalla società di *leasing* per l’acquisto del bene, sia le spese di gestione, sia l’utile dell’impresa di *leasing*.

La società di *leasing* è un intermediario abilitato all’esercizio dell’attività finanziaria, ai sensi del testo unico del credito, e sceglie il fornitore o l’appaltatore che dovrà fornire o realizzare il bene mobile o immobile oggetto di *leasing*.

¹⁹ Altra figura è quella del c.d. *leasing* operativo, che si distingue dal *leasing* finanziario per il fatto che è lo stesso fornitore del bene a concederlo in *leasing* all’utente. Tuttavia, tale figura è marginale rispetto alla prima, assai più diffusa e assai più rilevante da un punto di vista economico e sociale.

²⁰ Ad esempio, laddove è detto che “per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest’ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito” (art. 17, comma 2, legge 2.5.1976, n.183, Disciplina dell’intervento straordinario nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-80).

Come si può intuire, le caratteristiche del contratto di *leasing* finanziario, che perfettamente si adattano ai rapporti tra privati, diventano fonte di aspetti problematici qualora il conduttore sia una pubblica amministrazione (cosiddetto *leasing* pubblico)²¹. In tale caso, infatti, il carattere plurilaterale dell'operazione, che caratterizza la forma del *leasing* finanziario, è fonte di problematicità²².

Il caso più delicato è quello in cui oggetto del *leasing* pubblico sia un bene immobile. In tale caso, il problema è accertare se l'oggetto contrattuale, cioè la concessione in *leasing* del bene immobile, sia o meno assimilabile all'appalto di lavoro pubblico, poiché, in tale caso, la fattispecie dovrebbe essere ricondotta nell'ambito applicativo della legge n. 109/1994 ed alle procedure da essa previste. Come già detto, infatti, la legge quadro in materia di lavori pubblici non consente all'amministrazione di ricorrere a figure alternative all'appalto e alla concessione di costruzione e gestione al fine di realizzare lavori pubblici²³.

Il problema è stato, nel concreto, affrontato dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici²⁴. Nel caso di specie l'affidamento del contratto di *leasing*, qualificato come

²¹ L'ammissibilità in linea generale del leasing pubblico è stata sostenuta dalla Corte dei conti, sez. contr. Regione Sardegna 12.4.1994 n. 118, che ha ribadito la necessità di giustificare economicamente la scelta di tale tipo di contratto. Il Consiglio di Stato sez. III, parere n. 899/9 del 10.5.1994, ha affermato la legittimità dell'acquisizione di elicotteri con il sistema del leasing.

Si deve anche evidenziare che, figura nettamente distinta dal leasing finanziario pubblico in oggetto è quella del c.d. leasing promozionale o agevolato ove il soggetto pubblico assume il ruolo di soggetto locatore che appresta degli incentivi in caso di ricorso al leasing da parte di soggetti privati. L'esame di tale figura esula dall'oggetto del presente lavoro.

²² Da un punto di vista economico il *leasing* finanziario coinvolge tre diversi soggetti: l'utilizzatore del bene, la società concedente, il fornitore del bene. Dal punto di vista giuridico, invece, la questione è più complessa e in dottrina e giurisprudenza si discute se la locazione finanziaria debba essere considerata un unico contratto trilaterale oppure una operazione complessa costituita da due contratti collegati fra di loro: il primo di vendita/appalto tra fornitore/appaltatore e concedente; il secondo più propriamente di *leasing* (operativo) che intercorre fra utilizzatore e società concedente.

La Corte di Cassazione ha ripetutamente escluso che il *leasing* possa qualificarsi come unico contratto plurilaterale, in quanto nell'operazione mancherebbe quella comunione di scopo, ritenuta elemento necessario dei contratti plurilaterali. Dunque, il contratto di *leasing* finanziario avrebbe la natura di un doppio negozio: il primo di compravendita/appalto finalizzato al secondo, a sua volta avente natura riconducibile alla locazione. In una pronuncia in ordine alla qualificazione giuridica del *leasing* finanziario ha riconosciuto che il contratto *de quo* si presenta con una "autonoma identità causale", consistente in un "finanziamento per l'acquisto della disponibilità immediata di un bene, e solo eventualmente della proprietà di esso, con l'impegno dell'utilizzatore di rimborsare ratealmente la somma anticipata dal finanziatore, maggiorata degli interessi e della remunerazione del capitale per il rischio dell'operazione".

Più recentemente, la Suprema Corte ha affermato che "la locazione finanziaria da luogo ad un'operazione giuridicamente unitaria nella quale ognuno dei contraenti è consapevole di concludere un accordo con le altre parti interessate dall'affare; ciascun contraente assume volontariamente obblighi nei confronti delle altre due parti; il fornitore si obbliga nei confronti del concedente a trasferirgli la proprietà e, nei confronti dell'utilizzatore, a consegnargli il bene e a dargli le garanzie della vendita; il concedente si obbliga a pagare il prezzo del bene al fornitore e a consentirne il godimento all'utilizzatore; questi, a sua volta, si obbliga a rimborsare al concedente con gli interessi e le spese il finanziamento ottenuto" (Cass., sez. II, 26.1.2000, n. 854; sez. III, 16.5.1997, n. 4367).

²³ Clarizia A., *Note in tema di leasing pubblico*, in "Rivista trimestrale degli appalti", 1988, p. 643.

²⁴ Deliberazione n. 337, del 4.12.2002, sul bando di gara relativo alla "realizzazione e consegna in *leasing* chiavi in mano del completamento fase I del nuovo arcispedale S. Anna di Ferrara". L'Autorità, nell'espletamento dell'attività di vigilanza ad essa demandata dalla legge n. 109/1994, ha rilevato il sussistere di specifici profili di interesse correlati alla particolare formulazione del bando di gara indicato in

servizio finanziario, era avvenuto ai sensi delle disposizioni di cui al decreto legislativo n. 157/1995 e non in base alla disciplina dei lavori pubblici. Secondo l'Autorità doveva, però, considerarsi circostanza irrilevante che l'oggetto dell'appalto fosse costituito formalmente da un servizio finanziario, dal momento che esso atteneva alla prestazione di lavori, che avrebbero concretizzato l'interesse reale dell'amministrazione. Se anche la fattispecie fosse stata considerata un contratto misto, la prevalenza dei lavori l'avrebbe attratta nel campo di applicazione della legge quadro.

Pertanto, la fattispecie è stata ritenuta configurare una violazione della disciplina sui lavori, che doveva essere applicata al caso di specie in luogo del decreto legislativo n. 157/95 sui servizi. Secondo l'Autorità, infatti, la legge quadro deve ritenersi applicabile tutte le volte che l'amministrazione richieda l'esecuzione di lavori, verso qualsiasi forma di corrispettivo, indipendentemente dall'assetto complessivo del rapporto²⁵.

Al di là del tipo contrattuale utilizzato, la realizzazione dell'opera con caratteristiche predefinite dall'amministrazione per soddisfare specifici interessi pubblici, peraltro su

oggetto, predisposto dall'Azienda Ospedaliera Universitaria di Ferrara. Si tratta dell'utilizzazione del contratto di *leasing* per pervenire alla realizzazione ed al successivo godimento "chiavi in mano" del "blocco A" del nuovo Arcispedale di S. Anna in Ferrara, completo delle attrezzature e delle strumentazioni necessarie a garantirne l'operatività. Tra le obbligazioni a carico del locatore, in un apposito capitolato speciale d'appalto, era stata prevista l'esecuzione delle opere di ordinaria e straordinaria manutenzione necessarie a garantire le condizioni d'uso ottimali della struttura. La Direzione ospedaliera aveva chiarito che la scelta di tale strumento contrattuale era stata determinata dalla limitatezza delle risorse economiche attribuite all'azienda, che non consentivano la realizzazione delle opere seguendo le procedure della legge 109/1994. La stessa amministrazione evidenziava che il *leasing* in questione costituiva un appalto di servizi ai sensi del decreto legislativo n. 157/1995 e, in particolare, un contratto atipico nella forma del mandato senza rappresentanza, per effetto del quale si stabiliva un'intermediazione con un soggetto privato che, in quanto finanziatore, provvedeva direttamente all'esecuzione dell'opera nel rispetto delle indicazioni del futuro conduttore, rimanendo proprietario del bene fino all'estinzione del debito. L'opera stessa, inoltre, era prevista su area di proprietà dell'amministrazione, che avrebbe dovuto necessariamente costituire un diritto di superficie a favore della società aggiudicataria dell'appalto.

Il bando di gara individuava l'oggetto dell'appalto come appalto di servizi bancari e finanziari, ex decreto legislativo n.157/1995. D'altra parte, il capitolato speciale d'appalto specificava che l'oggetto dell'appalto era la realizzazione e consegna in godimento "chiavi in mano" delle opere edili ed impiantistiche previste nel progetto. Era detto, inoltre, che l'immobile oggetto di *leasing*, una volta realizzato a proprie spese ed a proprio rischio dall'appaltatore tramite imprese di propria fiducia, doveva essere concesso in *leasing* all'amministrazione appaltante, la quale conservava la piena facoltà durante il periodo contrattuale di riscattare la proprietà di parte dell'immobile o dei singoli arredi e apparecchiature e di riscattare, al termine del periodo contrattuale, tutte le apparecchiature, tutti gli arredi e l'intero complesso immobiliare, dietro versamento dell'importo determinato nello stesso capitolato.

Nel caso di specie, secondo l'Autorità, non avrebbe rilevanza il fatto che, comunque, siano state rispettate le regole dell'evidenza pubblica di cui al decreto legislativo n. 157/1995 per la scelta del soggetto contraente, che, secondo l'amministrazione, avrebbero garantito la trasparenza del procedimento ed il vaglio del mercato. Ciò che rileva, invece, è se l'oggetto del contratto sia o meno riconducibile alla definizione di lavoro pubblico "che, qualora accertata, ricondurrebbe la presente fattispecie nell'ambito applicativo della legge 11 febbraio 1994, n. 109."

²⁵ Secondo l'Autorità, la circostanza che la PA non paghi un corrispettivo o prezzo di appalto non è decisiva per escludere l'assoggettamento alla normativa sui lavori, in quanto è sufficiente il carattere di onerosità o l'esistenza di una controprestazione a carico della PA per essere ricondotti a tale obbligo (cfr.: Corte di Giustizia UE, sentenza 12 luglio 2001, C399/88, sulle opere di urbanizzazione; Consiglio di Stato, V sez., 4.11.1994, n.1257, che stigmatizza proprio il ricorso al *leasing* immobiliare come elusivo della disciplina sugli appalti pubblici).

un'area di proprietà dell'amministrazione, qualifica *ex se* la natura pubblica dell'opera stessa. Né possono valere eccezioni in merito all'eventuale disinteresse all'acquisizione finale dell'immobile oggetto del *leasing*. La mera eventualità dell'esercizio positivo del riscatto è, difatti, sufficiente ad implicare l'assoggettamento alla legge n. 109/1994 e della normativa comunitaria sui lavori pubblici. D'altra parte, il diritto di acquisire il bene, mediante l'esercizio dell'opzione, costituisce la giustificazione del maggior costo del *leasing* immobiliare rispetto ad una ordinaria operazione di mutuo²⁶.

2.3. La sponsorizzazione passiva della pubblica amministrazione

Il contratto di "sponsorizzazione" è uno degli strumenti ai quali le pubbliche amministrazioni fanno ricorso tenuto conto della scarsità di risorse che sovente si trovano a fronteggiare²⁷. Ci si riferisce alla cosiddetta "sponsorizzazione passiva" della pubblica amministrazione, cioè ai casi in cui il soggetto pubblico è quello sponsorizzato e non ai casi di cosiddetta "sponsorizzazione attiva", ove l'amministrazione è lo *sponsor*²⁸.

Tale tipo di contratto trova una definizione, ma non un'autonoma disciplina, nella legge n. 223/1990, in tema di spettacoli televisivi e radiofonici. Esso può essere definito come ogni contributo in beni o servizi, denaro o ogni altra utilità proveniente da terzi allo scopo di promuovere il loro nome, marchio o attività, ovvero conseguire una proiezione positiva di ritorno e, quindi, un beneficio di immagine.

Con riguardo alla pubblica amministrazione, il contratto di sponsorizzazione si può definire come un contratto a prestazioni corrispettive mediante il quale l'ente locale (cosiddetto *sponsee*) offre ad un terzo (cosiddetto *sponsor*) la possibilità di pubblicizzare il proprio nome, logo, marchio o prodotto, a fronte del pagamento di un

²⁶ Peraltro, la stessa delibera dell'Autorità rileva che, per gli enti pubblici, l'esercizio del diritto di riscatto è, in concreto, inevitabile, in ragione del fatto che la gran parte del canone pesa sulle casse erariali a titolo di costo per l'acquisizione del bene. Se, cioè, l'amministrazione pubblica assume la determinazione motivata di corrispondere un canone superiore a quello di locazione, è proprio perché intende fin dall'inizio esercitare l'opzione, in quanto altrimenti la sua scelta sarebbe censurabile perché antieconomica. Il mancato esercizio dell'opzione configurerebbe, pertanto, una palese ipotesi di responsabilità patrimoniale.

²⁷ In generale sul contratto di sponsorizzazione di cui sia parte la PA: Piperita G., *Sponsorizzazioni e appalti pubblici degli enti locali*, in "Rivista trimestrale degli appalti", 2002, pp. 74 e ss.; Tessaro T., *Le sponsorizzazioni e la pubblica amministrazione locale*; Cattaneo S., *I contratti atipici della pubblica amministrazione, con particolare riferimento al contratto di tesoreria integrato con una clausola di sponsorizzazione*, in "Temì amministrativi", n. 6/2003, pp. 965 e ss.; Di Pace R., *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni*, in "Foro Amministrativo", TAR – 2004, pp. 3898 e ss.

²⁸ Nei casi di c.d. "sponsorizzazione attiva", nei quali l'amministrazione assume il ruolo di *sponsor*, l'operazione comporta per il soggetto pubblico un esborso di denaro. La questione è stata affrontata dalla Corte dei Conti che ha affermato che la sponsorizzazione di eventi o spettacoli da parte della pubblica amministrazione potrebbe comportare un danno erariale, qualora tale sponsorizzazione sia estranea ai fini dell'ente pubblico (cfr. Corte dei Conti, I sez. giur. App., 24.4.2001, n. 101°, in *Rivista Corte Conti*, 2001, 100). In ogni caso, la scelta dell'oggetto della sponsorizzazione dovrebbe essere adeguatamente motivata, secondo il principio generale della motivazione degli atti amministrativi. Si dovrebbe, dunque, ravvisare una relazione tra il fine istituzionale dell'Ente e l'oggetto della sponsorizzazione (cfr. Di Pace R., *Il contratto di sponsorizzazione ...*, cit.).

determinato corrispettivo. Tale corrispettivo può essere rappresentato anche da un contributo reale in beni, servizi o altre utilità²⁹.

Lo *sponsor* ottiene la pubblicizzazione della propria immagine attraverso l'attività della pubblica amministrazione e paga, per questo fine, un corrispettivo ovvero concorre alle spese dell'iniziativa pubblica.

Viene, dunque, valorizzato l'elemento della collaborazione tra il soggetto pubblico e quello privato, tanto è vero che l'attività del soggetto pubblico sponsorizzato è associata al nome ed all'immagine dello *sponsor* privato. Tale collaborazione deve essere, in ogni caso, intrapresa nel rispetto dell'interesse pubblico, consistente nello svolgimento nel modo più efficiente possibile dell'attività istituzionale.

Il fenomeno delle sponsorizzazioni riguardanti le pubbliche amministrazioni ha trovato una disciplina incerta, lacunosa e contenuta in fonti normative non omogenee.

L'art. 43 della legge n. 449/1997 attribuisce alle pubbliche amministrazioni la legittimazione a stipulare contratti di sponsorizzazione, subordinandola al ricorrere delle tre condizioni del perseguimento d'interessi pubblici, dell'esclusione di conflitti d'interesse tra attività pubblica e privata e del conseguimento di un risparmio di spesa³⁰. Secondo la norma in questione, i contratti di sponsorizzazione, unitamente ai cosiddetti "accordi di collaborazione", possono essere conclusi solo con associazioni e soggetti privati senza fini di lucro. Essi possono avere ad oggetto "interventi, servizi o attività".

La possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere alla sponsorizzazione è prevista, inoltre, dall'articolo 119 del decreto legislativo n. 267/2000. Tale norma si riferisce espressamente alla possibilità per gli enti locali di concludere "contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni diretti a fornire consulenze e servizi aggiuntivi"³¹.

Più recentemente, la sponsorizzazione è stata prevista nella materia dei beni culturali, con il decreto legislativo n. 42/2004, "Codice dei beni culturali e del paesaggio"³². Inoltre, il decreto ministeriale 1.2.2001, n. 44, in materia di istruzione, prevede l'utilizzo della sponsorizzazione tra istituti scolastici e soggetti pubblici e privati.

²⁹ Secondo la Corte di Cassazione, in generale, la sponsorizzazione "comprende una serie di ipotesi nelle quali si ha che un soggetto, il quale viene detto sponsorizzato, si obbliga a consentire ad altri l'uso della propria immagine pubblica e del proprio nome, per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato, dietro corrispettivo; tale uso dell'immagine pubblica può prevedere anche che lo *sponsee* tenga anche determinati comportamenti di testimonianza in favore del marchio o del prodotto oggetto della veicolazione commerciale" (cfr. Cass., Sez. I, 11.10.1997, n. 9880; Sez. III, 21.5.1998, n. 5086).

³⁰ Un risparmio di spesa si realizza, evidentemente, quando la pubblica amministrazione abbia già previsto in bilancio uno stanziamento e questo venga, in tutto o in parte, risparmiato attraverso la sponsorizzazione.

³¹ Cfr. Piperita G., *Sponsorizzazioni e appalti* ..., cit. Secondo l'Autore, la norma in questione è "il frutto della volontà del Legislatore di rilanciare ancora una volta l'istituto della sponsorizzazione, prevedendo espressamente la legittimazione degli enti locali di ricorrervi anche per realizzare interventi aventi come obiettivo quello di migliorare la qualità dei servizi erogati dagli enti medesimi".

³² L'art. 120 del decreto legislativo n. 42/2004, definisce il contratto di sponsorizzazione come ogni forma di contributo in beni e servizi da parte dei soggetti privati alla progettazione o all'attuazione di iniziative del Ministero, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali, ovvero ai soggetti privati, nel campo della tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine l'attività o il prodotto dei soggetti medesimi.

Pertanto, in generale, si può rinvenire un *favor* del legislatore nel prevedere tale forma contrattuale, in linea con la prospettiva di un'amministrazione sempre più orientata al mercato, secondo i criteri dell'efficienza e dell'economicità.

Tuttavia, non esiste una disciplina generale del contratto di sponsorizzazione alla quale fare riferimento. Pertanto, il contratto di sponsorizzazione deve essere ricondotto tra quelli atipici o innominati³³. Esso non sarebbe catalogabile come un contratto passivo, bensì comporterebbe un vantaggio economico e patrimoniale per l'amministrazione, direttamente quantificabile in un risparmio di spesa. Si tratterebbe di un negozio gratuito modale, in quanto il ritorno pubblicitario dello *sponsor*, se non può costituire di certo una controprestazione tale da qualificare il contratto come oneroso, ne escluderebbe però il carattere liberale³⁴.

Le disposizioni richiamate, inoltre, omettono ogni riferimento al procedimento che gli enti debbono seguire per la ricerca dello *sponsor* privato, alimentando il dubbio che, stante la particolare causa del contratto di sponsorizzazione, l'amministrazione possa scegliere direttamente lo *sponsor*, senza ricorrere alle procedure dell'evidenza pubblica.

Secondo la dottrina più avveduta, le peculiari caratteristiche del contratto di sponsorizzazione non sarebbero tali da consentire una deroga ai principi dell'evidenza pubblica che dovrebbero, dunque, essere applicate alla ricerca del soggetto privato, con unica possibilità di deroga costituita dai casi in cui, in generale, le pubbliche amministrazioni possono ricorrere alla trattativa privata, cioè nei casi di cui al regolamento della contabilità di Stato, e quando la pubblica amministrazione dimostri l'urgenza o la utilità pubblica, con motivazione esaustiva e puntuale³⁵.

Anche la giurisprudenza ha affermato che l'individuazione dello *sponsor*, così come di ogni contraente della pubblica amministrazione e anche nel caso di contratti atipici, debba sempre avvenire in modo concorsuale, attraverso procedure che garantiscano l'evidenza pubblica³⁶.

Un caso particolare di sponsorizzazione è quello in cui l'oggetto del corrispettivo dello *sponsor* siano le attività di esecuzione, manutenzione, progettazione, direzione, collaudo di opere pubbliche e più in generale, riconducibile a quelle previste dall'art. 2, comma 1 della legge n. 109/1994.

In tali casi, infatti, la scelta dello *sponsor* (che realizzerà i lavori) senza il rispetto delle regole procedurali previste dalla normativa di settore potrebbe costituire una prassi elusiva della stessa legge quadro in materia di lavori pubblici.

³³ Di Pace, cit., distingue tra atipicità legale e tipicità sociale, in quanto "strumento negoziale pienamente affermatosi nella prassi commerciale". Sulla possibilità da parte dell'amministrazione di concludere contratti atipici cfr.: Consiglio di Stato, sez. IV, 4.12.2201, n. 6073; sez. V, 7.9.2001, n. 4680. Secondo tali pronunce l'amministrazione può concludere contratti atipici, anche a prescindere dal *nomen juris* utilizzato, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela non configgenti con le finalità istituzionali.

³⁴ Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, determinazione n. 24 del 5.12.2001 "Contratto di sponsorizzazione", sulla possibilità per una amministrazione comunale di affidare la progettazione, esecuzione, direzione lavori e collaudo degli interventi di ristrutturazione, ecc. ad un soggetto che si assume per intero gli oneri finanziari, sulla base della consegna temporanea dell'immobile e con obbligo di restituzione, previa stipula di relativa garanzia fideiussoria.

³⁵ Bezzi D. e Sanviti G., *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, Milano, 1998, pp. 9, 33, 39, 43 e ss.

³⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 10.10.2002, n. 5442, in relazione alla scelta dello *sponsor* della squadra nazionale di calcio, da parte della Federazione Italiana Gioco Calcio, quale organo del CONI.

Si tratta, dunque, sostanzialmente negli stessi termini precedentemente indicati, di trovare il giusto equilibrio tra il principio secondo il quale le pubbliche amministrazioni hanno la capacità generale di utilizzare tutti gli strumenti di diritto privato, anche quelli atipici, e la necessità di rispettare, qualora una determinata fattispecie sia riconducibile all'ambito dei lavori pubblici, le disposizioni della legge quadro, tra cui in particolare quelle relative alle procedure di evidenza pubblica per la scelta del soggetto esecutore.

Con riferimento a tale problematica, si deve condividere la preoccupazione di chi ha osservato che, "sulla base della generica legittimazione riconosciuta dal Legislatore, molti enti locali hanno avviato vere e proprie sperimentazioni, arrivando ad inserire accordi di sponsorizzazione come clausole accessorie ad un contratto di appalto, ovvero, in altri casi, a realizzare interventi di interesse pubblico, tradizionalmente soddisfatti attraverso le procedure l'appalto, mediante la stipula di contratti di sponsorizzazione con privati finanziatori"³⁷.

Della delicatezza della questione si è reso conto il legislatore che ha inserito, con la legge n. 166/2002 (cosiddetta *Merloni quater*), nella stessa legge n. 109/1994 il comma 6 dell'art. 2, che secondo il quale "Le disposizioni della presente legge, ad esclusione dell'articolo 8, non si applicano ai contratti di sponsorizzazione di cui all'articolo 119 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, ed all'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, ovvero ai contratti a questi ultimi assimilabili, aventi ad oggetto interventi di cui al comma 1, ivi compresi gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti alle disposizioni di tutela di cui al Titolo I del testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 [ora decreto legislativo n. 42/2004 - *N.d.R.*]".

Prima dell'intervento legislativo appena ricordato, l'Autorità di Vigilanza per i Lavori Pubblici aveva già ammesso la possibilità che l'esecuzione di lavori potesse essere oggetto della controprestazione in un contratto di sponsorizzazione e aveva affermato che "le attività di progettazione, ed accessorie, nonché l'esecuzione di lavori pubblici, quali nel caso di specie ristrutturazione e manutenzione, possano formare oggetto di contratti di sponsorizzazione alle condizioni fissate dall'art. 43, comma 2, della legge 23 dicembre 1997, n. 4"³⁸.

Pertanto, gli interventi compresi nell'ambito di applicazione della normativa sui lavori pubblici già potevano formare oggetto di un contratto di sponsorizzazione. In tali casi, si pone, tuttavia, il problema della disciplina da applicare in relazione ai procedimenti di scelta del contraente.

La non applicabilità della disciplina della legge quadro ai contratti di sponsorizzazione poteva essere sostenuta anche prima dell'introduzione del comma 6 dell'art. 2, già richiamato, dando prevalenza alla natura atipica della stessa sponsorizzazione, rispetto alla forma del corrispettivo, costituito da attività riconducibili all'art. 2 della legge quadro.

³⁷ Piperita G., *Sponsorizzazioni e ...*, cit..

³⁸ Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, determinazione n. 24 del 5.12.2001 "Contratto di sponsorizzazione", sulla possibilità per una amministrazione comunale di affidare la progettazione, esecuzione, direzione lavori e collaudo degli interventi di ristrutturazione, ecc. ad un soggetto che si assume per intero gli oneri finanziari, sulla base della consegna temporanea dell'immobile e con obbligo di restituzione, previa stipula di relativa garanzia fideiussoria.

Seguendo tale linea interpretativa, la stessa Autorità aveva affermato che “mentre il contratto di sponsorizzazione, sulla base di quanto in precedenza esposto non appare quindi rientrare nella disciplina comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici per quanto attiene in particolare alle procedure di scelta del contraente, non sembra, invece, potersi prescindere per esso dall’obbligo generale stabilito dalla legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni in base al quale gli esecutori di lavori pubblici debbano essere all’uopo qualificati”.

Dunque, secondo l’Autorità, anche nel caso in cui l’oggetto del corrispettivo dello *sponsor* sia la realizzazione di lavori pubblici, la scelta dello stesso *sponsor* si doveva ritenere svincolata dal rispetto delle procedure dell’evidenza pubblica indicate dalla legge quadro. Tuttavia, devono essere rispettate le prescrizioni della stessa legge quadro in ordine alla qualificazione del soggetto esecutore, secondo le prescrizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34.

L’applicabilità delle norme sulla qualificazione delle imprese troverebbe fondamento, da un lato, nel fatto che alle amministrazioni permarrebbe un generale obbligo di sorveglianza e vigilanza sugli interventi la cui esecuzione viene affidata ai soggetti *sponsor* e dall’altro, dalla finalità delle norme in materia di qualificazione delle imprese, che servirebbero a “garantire la qualità delle lavorazioni effettuate su beni pubblici, a prescindere dal titolo sulla base del quale dette lavorazioni vengano eseguite”.

In ogni caso, come già detto, si deve ritenere che l’amministrazione nella scelta dello *sponsor* dovrebbe quantomeno rispettare i principi di legalità e di imparzialità che richiederebbero l’utilizzo di procedure competitive. Il riferimento è anche agli obblighi di pubblicità e di trasparenza, nonché al rispetto dei principi derivanti dal Trattato CE.

Tuttavia, in mancanza di discipline specifiche, è prassi delle amministrazioni scegliere lo *sponsor* attraverso procedure negoziate, prive delle caratteristiche dell’evidenza pubblica. Tale prassi deve considerarsi non condivisibile, se si considera un ulteriore aspetto. Lo *sponsor* potrebbe non essere il soggetto che direttamente esegue i lavori. In tale caso, molto frequente, si assiste ad una vera e propria pratica elusiva delle norme dell’evidenza pubblica poste dalla legge quadro.

Infatti, lo *sponsor* scelto dall’amministrazione (spesso, attraverso procedure non concorrenziali), procede direttamente alla scelta del soggetto esecutore dell’opera, secondo il suo arbitrio e al di fuori di qualsiasi procedura concorrenziale. Pertanto, il soggetto realizzatore del lavoro viene scelto direttamente senza alcuna procedura concorrenziale.

Una simile fattispecie, pur in presenza della norma posta dall’art. 2, comma 6, della legge n. 109/1994, non dovrebbe ritenersi legittima. Più correttamente, almeno in tali casi, la scelta del soggetto realizzatore dovrebbe essere operata dall’amministrazione secondo i principi dell’evidenza pubblica previsti dalla legge quadro, trattandosi, evidentemente, di un appalto. Separatamente, l’amministrazione potrebbe procedere alla ricerca, trasparente e concorrenziale, di uno *sponsor* dell’intervento da realizzare. In alternativa, nel bando relativo all’aggiudicazione dell’appalto, potrebbe essere inserita una clausola che demanda allo stesso aggiudicatario dell’appalto la ricerca dello *sponsor* che finanzia la stessa operazione³⁹.

³⁹ In contrasto con- la tesi sostenuta, si pone il caso particolare regolato dal decreto legislativo 22.1.2004, n. 30, “Modificazioni alla disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni culturali”, applicabile, appunto, al solo settore dei beni culturali. Tale norma prevede che non si applicano le leggi nazionali e regionali in materia di lavori pubblici agli interventi di conservazione dei beni culturali e

Nei casi richiamati, l'appalto di lavori dovrebbe essere considerato la fattispecie prevalente rispetto alla sponsorizzazione, che costituirebbe una modalità di finanziamento dell'appalto, con necessità di ricondurre la fattispecie nell'ambito delle regole dell'evidenza pubblica previste per tale settore. Il capovolgimento di tale impostazione – cui si assiste sovente nelle pratiche delle amministrazioni, con prevalenza del contratto di sponsorizzazione e conseguente scelta del contraente e dell'appaltatore (da parte dello stesso *sponsor*) senza il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica – deve considerarsi una prassi elusiva delle procedure di aggiudicazione degli appalti previste dalla legge quadro. In tali casi, quando cioè la causa del contratto sia riconducibile in prevalenza all'appalto, non dovrebbe ritenersi applicabile la deroga all'applicazione della legge quadro, prevista dall'art. 2, comma 6, della stessa legge, di cui si è detto.

Con riguardo alla sponsorizzazione passiva della pubblica amministrazione, si deve fare anche riferimento al caso in cui la controprestazione dello *sponsor* sia costituita da un servizio ovvero da una fornitura. In linea generale, anche tali ipotesi devono ritenersi possibili, anche in riferimento alla previsione di cui all'art. 43 della legge n. 449/1997, già richiamata. Tuttavia, a conclusioni analoghe si dovrebbe pervenire qualora, nel caso concreto, la causa prevalente del contratto debba essere rinvenuta nella erogazione del servizio o nella fornitura⁴⁰.

all'esecuzione di scavi archeologici, realizzati mediante contratti di sponsorizzazione, purché tali interventi siano a cura e spese dello *sponsor*. Rimangono applicabili le sole norme sulla qualificazione dei progettisti e dei soggetti esecutori. Pertanto, lo *sponsor* potrebbe procedere ad individuare il soggetto realizzatore materiale dell'intervento senza rispettare le procedure dell'evidenza pubblica previste dalla legge quadro, con il solo rispetto dei principi derivanti dal Trattato CE in ordine alla parità di trattamento, trasparenza, ecc..

⁴⁰ Con riferimento ai servizi, il riferimento più consueto è quello dell'affidamento da parte degli enti locali dei c.d. "servizi di tesoreria", tenendo conto anche della disponibilità da parte dell'istituto di credito a erogare contributi economici per la sponsorizzazione di iniziative culturali o socio assistenziali. Della questione, troppo specifica per essere compiutamente affrontata in questa sede, si dà solo qualche cenno. Il contratto di tesoreria, definito dall'art. 209 del decreto legislativo n. 267/2000 e riconducibile ai servizi bancari e finanziari oggetto del decreto legislativo n. 157/1995, nella prassi ha acquisito la natura di contratto a titolo gratuito, in quanto le banche sono spinte a partecipare alle gare per l'affidamento del servizio non tanto per ottenere guadagni diretti, quanto per sfruttare la gestione del servizio dell'ente pubblico al fine di incrementare le attività e la clientela nell'area di riferimento (in questo senso, Piperita G., Sponsorizzazioni e ..., cit.). Per tale motivo, esso non potrebbe essere considerato un contratto di appalto ex art. 1655 c.c., bensì un contratto atipico (Consiglio di Stato n. 6073 del 2001). Nell'affidamento di tali contratti, le amministrazioni spesso inseriscono la previsione di prestazioni accessorie, valutabili in sede di aggiudicazione, consistenti nella disponibilità ad effettuare sponsorizzazioni alla stessa amministrazione. La giurisprudenza inizialmente ha ritenuto illegittima tale prassi (si veda, per tutte: Consiglio di Stato, sez. V, 20.8.1996, n. 937). Si è tuttavia registrata una inversione di tendenza, con altra giurisprudenza che ha affermato la legittimità di clausole che prevedano, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, la promessa di erogazioni liberali da corrispondere all'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 19.6.2001, n. 3245; sez. VI, 4.12.2001, n. 5896). Infine, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 6 del 18.6.2002, ha fatto propria tale ultima posizione, fissando i limiti di legittimità delle clausole che prevedono forme di sponsorizzazione: a) espressa previsione nella lettera d'invito, con menzione dei punteggi; b) punteggio da attribuirsi in via residuale e modulata rispetto agli altri elementi di scelta, in modo tale da non risultare l'elemento valutativo principale; c) rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 119 del TUEL e all'art. 43 della legge n. 449/1997, con un quadro sufficientemente definito delle iniziative da sponsorizzare. Con riferimento alle forniture, si deve fare riferimento al caso concreto nel quale alcune imprese avevano proposto ad alcuni comuni la fornitura gratuita di carta intestata, buste e moduli prestampati per certificati, a condizione che tale materiale venisse anche utilizzato per la

Anche in questo caso, lo *sponsor* e il soggetto prestatore del servizio o della fornitura possono non coincidere. Pertanto, lo *sponsor* scelto dall'amministrazione potrebbe procedere alla scelta del prestatore del servizio o fornitura direttamente, eludendo le norme dell'evidenza pubblica.

Anche tale prassi si deve considerare illegittima. Come nel caso dei lavori, più correttamente, la fattispecie dovrebbe essere innanzitutto ricondotta nelle normative regolanti l'aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, con conseguente bando di gara per l'individuazione del soggetto prestatore. Parallelamente, l'amministrazione potrebbe individuare lo *sponsor* dell'intervento autonomamente o inserendo nel bando per la scelta dell'appaltatore una clausola che demandi all'aggiudicatario del servizio o della fornitura la scelta dello *sponsor*.

Si deve concludere, dunque, che, almeno nei casi in cui il contratto di sponsorizzazione preveda come prestazione dello *sponsor* quella della fornitura di un bene, dell'erogazione di un servizio o di un *facere* riconducibile alla nozione di lavoro pubblico, che però non saranno realizzate direttamente ma appaltate ad un soggetto terzo, la scelta di tale soggetto dovrebbe avvenire secondo i principi di rango comunitario e nazionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

3. I rischi di elusione negli appalti di lavori: il partenariato pubblico privato

In conclusione, si deve considerare un aspetto di carattere generale. Le fattispecie individuate, insieme ad altre, sono riconducibili a forme di finanziamento privato per la realizzazione di interessi pubblici alternative alla consueta forma di finanziamento degli appalti. Esse trovano origine nella scarsità di risorse economiche disponibili per le pubbliche amministrazioni e nel conseguente e necessario mutamento di ruolo richiesto agli stessi soggetti pubblici, che devono necessariamente aprirsi al mercato.

Per queste ragioni, il fenomeno del cosiddetto "partenariato pubblico privato" (PPP), caratterizzato dall'assunzione di rischio imprenditoriale da parte del soggetto privato contraente della pubblica amministrazione, è in notevole espansione. La Commissione europea, con il "Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni", indica come regolare il fenomeno e le varie modalità di intervento dei privati nella realizzazione delle opere pubbliche nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento⁴¹. Il Libro verde

veicolazione dell'immagine della ditta attraverso l'apposizione del marchio o del logo dell'impresa su una parte del prodotto fornito. Il Ministero degli Interni era intervenuto con la circolare 19.4.1995 che, però, più che esprimersi sulla legittimità della fattispecie, si limitava a chiarire che la sponsorizzazione poteva ben avere ad oggetto buste e carte per la corrispondenza interna, mentre non doveva considerarsi legittima per la documentazione avente contenuto di certificazione legale.

⁴¹ Non è questa la sede per verificare se e con quali presupposti le fattispecie qui descritte possano essere ricomprese nella definizione di PPP del Libro Verde. Tuttavia, il richiamo appare opportuno, data l'indubbia affinità delle stesse figure richiamate con il fenomeno dei PPP (cfr. Di Pace R., *Il contratto di sponsorizzazione* ..., prec. cit.). Secondo il Libro verde, gli elementi caratterizzanti il fenomeno del PPP sono: 1) La durata relativamente lunga della collaborazione tra *partner* privato e pubblico, in relazione a vari aspetti del progetto; 2) Il finanziamento del progetto è garantito da parte del settore privato, tramite relazioni talvolta complesse tra i vari soggetti. Tuttavia, quote di finanziamento pubblico possono aggiungersi a quello privato; 3) l'operatore economico privato partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione e finanziamento). Il *partner* pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere – in termini d'interesse pubblico, di qualità di servizi offerti, di politica dei prezzi – e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi. Tale posizione

è espressamente volto a “illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del *partner* privato ed alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide ed alle caratteristiche specifiche del PPP”.

Il termine PPP si riferisce genericamente a tutte le forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese, che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o l’erogazione di un servizio.

In tali operazioni, a fronte degli oneri e dell’assunzione di rischio richiesti ai soggetti privati, si pone il problema di un’eccessiva rigidità dei principi e delle procedure “ordinarie” per la loro selezione.

Riguardo a tale aspetto, al fine di incentivare il coinvolgimento di capitali privati per finalità pubbliche, le amministrazioni tendono a ricercare figure contrattuali nuove e procedure di aggiudicazione più snelle e flessibili e lo stesso legislatore tenta di introdurre nell’ordinamento norme che raggiungano il medesimo obiettivo. Il problema è, dunque, quello di stabilire i limiti di ammissibilità e i presupposti di legittimità del fenomeno in questione, in armonia con i principi inderogabili posti dall’ordinamento comunitario.

Su tale questione il Libro verde precisa che tutte le fattispecie riconducibili ai PPP, in ogni caso, devono essere assoggettate alle norme e ai principi del Trattato CE, sia con riferimento al momento della selezione del *partner* privato, sia con riferimento alla fase successiva dello svolgimento del rapporto.

Infatti, secondo il Libro verde, “qualsiasi atto sia contrattuale sia unilaterale attraverso il quale un’impresa pubblica affida la prestazione di un’attività economica ad un terzo deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato, in particolare in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di

dell’amministrazione deve essere inquadrata nel più generale fenomeno dell’evoluzione del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d’organizzazione, di regolatore e di controllore; 4) la ripartizione dei rischi relativi al progetto tra *partner* pubblico e privato. Su quest’ultimo sono trasferiti rischi di solito, per loro natura, gravanti sulla pubblica amministrazione. Ciò non vuol dire che i rischi debbano gravare interamente sul soggetto privato, ma la ripartizione dei rischi avviene caso per caso in relazione alla capacità di sopportazione dei soggetti coinvolti.

Il Libro verde distingue due diverse forme di PPP, a prescindere dalle qualificazioni giuridiche operate dagli ordinamenti dei diversi Stati. Da un lato il “partenariato tipo” puramente contrattuale, nel quale il rapporto tra soggetto pubblico e privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali. Dall’altro, i PPP di tipo “istituzionalizzato”, che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno ad un’entità distinta. Nella prima forma, il rapporto tra i soggetti che partecipano all’operazione è basato su legami convenzionali. Il legame contrattuale stabilisce i ruoli dei singoli soggetti nella realizzazione del progetto e la ripartizione dei rischi. La seconda forma di PPP, implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato, in seno ad un’entità distinta appositamente creata con personalità giuridica propria, detenuta congiuntamente dal soggetto pubblico e dal soggetto privato. Il soggetto costituito ha la funzione di assicurare la fornitura di un’opera o di un servizio a favore del pubblico, come nel caso di gestione di servizi pubblici a livello locale. Tale forma di partenariato può avvenire attraverso la creazione di un’entità giuridica *ad hoc*, detenuta congiuntamente tra il settore pubblico e il settore privato, ma anche attraverso il passaggio a controllo privato di un’impresa pubblica già preesistente.

Nel caso di gestione dei servizi pubblici locali, i profili rilevanti sono quelli della scelta del socio privato della società mista (non contemplato dal diritto derivato degli appalti pubblici e delle concessioni, che comunque deve avvenire nel rispetto dei principi concorrenziali della trasparenza e della parità di trattamento già ricordati) e quello dell’affidamento del servizio pubblico (il problema dell’ammissibilità dell’affidamento c.d. *in house*).

servizi (art. 43 e 49 del Trattato CE). Tali principi comprendono in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento. Inoltre, disposizioni dettagliate si applicano nei casi disciplinati dalle direttive relative al coordinamento delle procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici".

In sostanza, il tentativo di rendere più flessibili le norme che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici deve essere guardato con favore; si deve, però, condurre una parallela analisi del comportamento delle amministrazioni, affinché le procedure concretamente attuate non configurino profili di illegittimità e di elusione della disciplina interna e dei principi comunitari in materia. Analogamente, dovrà essere attentamente verificato che la tendenza del legislatore di prevedere procedure più flessibili – e che incentivino il coinvolgimento dei soggetti privati – avvenga nel rispetto degli stessi principi comunitari.

In tal senso, va inquadrata la vicenda dell'inserimento nella normativa sugli appalti pubblici della cosiddetta "finanza di progetto" (o *project financing*). In questo caso non si tratta di uno strumento contrattuale atipico, ma di una particolare procedura di aggiudicazione della concessione di opera pubblica, prevista dall'art. 19 della legge n. 109/1994, fondata sull'iniziativa di un promotore privato⁴².

Già l'inserimento di questo strumento tra quelli previsti dalla disciplina degli appalti di lavori è risultato non agevole, in quanto le norme in questione non forniscono una disciplina generale della finanza di progetto, ma si limitano a dettare regole specifiche che ne consentano l'inserimento nel campo delle opere pubbliche. Da ciò "consegue che il *project financing* non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di queste ultime che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione"⁴³.

Deve essere, pertanto, condiviso quanto affermato dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, secondo la quale "con la legge quadro sui lavori pubblici il legislatore non ha provveduto a delineare un istituto giuridico autonomo ed autosufficiente per il *project financing*, bensì ha scelto di introdurre detto sistema di realizzazione delle opere pubbliche innestandolo su quello proprio della concessione, come risultante dalle modifiche alla legge stessa intervenute nel corso degli ultimi anni"⁴⁴.

⁴² La definizione più nota di *project financing* si riferisce a "un finanziamento concesso ad una particolare unità economica, soggetto o gruppo, nel quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito di quell'unità come fonte di fondi per il *rimborso di un prestito e sul patrimonio dell'unità come garanzia per lo stesso*" (cfr. Nevitt P. K., *Project financing*, Bari, 1988). Secondo un'altra autorevole definizione "mentre gli altri strumenti di finanziamento si risolvono tutti, al di là delle specifiche caratteristiche di ciascuno, in un prestito volto a finanziare genericamente tutta l'attività economica dell'impresa finanziata, nel *project financing* il prestito – o meglio la pluralità di prestiti che costituisce la sostanza dell'operazione – mira alla realizzazione di una particolare opera o attività, in ragione del fatto che dal ritorno economico di tale opera dipende in definitiva la remunerazione del finanziatore" (cfr. Piccozza E., *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in Il Consiglio di Stato, n. 12/2002, pp. 2047 e ss.)

⁴³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20.10.2004, n. 6847.

⁴⁴ Le norme sulla finanza di progetto possono essere divise in due gruppi, che costituiscono "due fasi logicamente e cronologicamente distinte": la prima, che può essere definita di "promozione dell'opera pubblica" (artt. 37 bis, ter e quater), nella quale l'amministrazione valuta il progetto presentato dal soggetto promotore, valuta la fattibilità della proposta ed il suo pubblico interesse ed esperisce la procedura di gara, anch'essa articolata in due sottofasi, culminante con l'aggiudicazione. La seconda fase, successiva all'aggiudicazione (artt. da 37 quinquies a 37 nonies), è quella del "vero e proprio *project financing* in cui è analiticamente disciplinato il rapporto intercorrente tra la stessa PA e il soggetto

La finanza di progetto applicata alle opere pubbliche è, dunque, incentrata sull'istituto della concessione di costruzione e gestione. Essa si caratterizza, rispetto al modello base previsto dall'art. 19 della legge quadro, essenzialmente per il fatto di originare dall'iniziativa privata. La disciplina generale della concessione contenuta nell'art. 19 deve considerarsi parte integrante di quella sulla finanza di progetto e applicabile alla stessa, in quanto non derogata dalle norme specifiche poste dagli artt. 37 bis e ss. della legge quadro⁴⁵.

Già questo inquadramento "di secondo livello" e per integrazioni successive ha creato non pochi problemi di organicità della sua configurazione. I motivi delle successive integrazioni normative risiedono nello scarso successo che lo strumento ha riscosso per diversi anni. Alcune delle soluzioni applicative adottate hanno destato l'attenzione delle istituzioni europee, a causa della loro potenzialità elusiva dei principi comunitari che tutelano la concorrenza in materia di aggiudicazione dei lavori. In particolare, la figura del "promotore" ed il favore ad esso accordato nell'aggiudicazione finale hanno condotto a una procedura d'infrazione nei confronti del nostro Paese (come pure di altri che hanno assunto orientamenti simili⁴⁶), recentemente risolta dalle modifiche apportate dalla legge comunitaria 2004⁴⁷.

aggiudicatario, in regime di concessione, ai sensi dell'art. 19, comma 2, della stessa legge n. 109/94" (Cfr. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, Atto di regolazione del 26 ottobre 2000, n. 51.)

⁴⁵ Secondo alcuni per effetto della riforma alla legge-quadro sui lavori pubblici operata dalla legge Merloni-ter, nell'ordinamento giuridico italiano sono disponibili due formule per il project financing nel settore delle opere pubbliche e di pubblica utilità: la concessione "generale" e la concessione "speciale", entrambe disciplinate dall'art. 19, comma 2, e norme correlate, integrato dagli artt. 37 quinquies-37 nonies, e, solo per la concessione ad iniziativa del promotore, anche dagli artt. 37 bis-37 quater. La principale differenza tra la concessione "generale" e concessione "speciale" consiste nella procedura di affidamento, che nel secondo caso inizia per impulso del promotore, anche se presuppone che i lavori o l'opera siano già state inserite nella programmazione dell'amministrazione concedente, e si svolge attraverso una gara in due fasi disciplinata dall'art. 37 quater. Questa differenza è peraltro suscettibile di attenuarsi nella prassi amministrativa, in considerazione della previsione secondo cui la pubblica amministrazione può sollecitare proposte ex art. 37 bis, così come il privato può sollecitare l'amministrazione a bandire una concessione ex art. 19, comma 2 della legge-quadro su propria iniziativa (cfr. Scotti Camuzzi S., *Il project financing nel settore pubblico*, in Banca borsa e titoli di credito, 2002, n. 1, pp. 1-30.

⁴⁶ La Commissione europea nel citato Libro verde non a caso fa riferimento all'Italia (e alla Spagna) nell'indicare "alcune pratiche volte a conferire al settore privato l'opportunità di prendere l'iniziativa di un'operazione di PPP", ma allo stesso tempo a sottolineare che le procedure utilizzate non devono privare "gli operatori economici europei dei diritti loro conferiti in virtù del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni", cioè che "deve essere garantito l'accesso di tutti gli operatori europei a questo tipo di progetti, in particolare tramite una pubblicità adeguata assicurata all'invito a formulare un progetto" e che, nel momento successivo nel quale l'amministrazione decida di attuare un progetto presentato, "essa deve organizzare la messa in concorrenza di tutti gli operatori economici potenzialmente interessati dallo sviluppo del progetto in questione, offrendo tutte le garanzie di imparzialità della selezione". Con riguardo, infine, agli strumenti che gli Stati membri hanno utilizzato per incentivare la presentazione di iniziative da parte dei soggetti privati, consistenti nella previsione di retribuire il promotore del progetto con un indennizzo a prescindere dall'esito della successiva procedura di messa in concorrenza o nell'attribuzione di vantaggi al soggetto promotore nella stessa successiva procedura, la Commissione ha rilevato che tali soluzioni "devono essere attentamente analizzate, per scongiurare che i vantaggi competitivi accordati all'iniziatore del progetto pregiudichino la parità di trattamento dei candidati".

⁴⁷ La legge comunitaria 2004 ha modificato la disposizione che regola l'avviso ex art. 37 ter, nel senso di introdurre l'obbligo di pubblicizzare in modo trasparente ed espresso l'esistenza del c.d. "diritto di

Proprio con riferimento all'esperienza maturata con l'inserimento nel nostro ordinamento della finanza di progetto, si deve segnalare un ulteriore profilo di potenziale elusione. Come detto, in tale fattispecie il corrispettivo per la realizzazione del lavoro pubblico consiste in tutto o in parte nella gestione, da parte del concessionario, del servizio connesso all'opera realizzata. Ebbene, nella prassi si assiste a casi di accorpamento forzoso di lavori e servizi che, da un lato, rendono realizzabili attraverso il metodo in questione opere che altrimenti non avrebbero un ritorno economico (cd. "opere fredde"), dall'altro, però, possono costituire una pericolosa forma di limitazione della concorrenza in ordine all'aggiudicazione dei servizi. In buona sostanza, dunque, le imprese intravedono nella finanza di progetto un meccanismo per aggiudicarsi la prestazione del servizio per periodi molto lunghi, necessari per ripagare i costi della realizzazione dell'opera, in luogo della tradizionale gara d'appalto.

4. I tentativi di elusione negli appalti di forniture: il regime derogatorio in materia di sicurezza e protezione civile

Un profilo parzialmente diverso dal precedente riguarda la possibile elusione dei principi in materia di appalti pubblici di forniture ricorrendo, impropriamente, alle deroghe consentite dalla normativa comunitaria e da quella nazionale di recepimento in merito all'utilizzo della procedura negoziata (trattativa privata), posta come eccezione al ricorso principale alla procedura aperta e ristretta.

In quest'ottica, si possono distinguere due specifici livelli derogatori del principio generale di concorrenza negli appalti pubblici posto dalla normativa comunitaria. Il primo è direttamente desumibile dal Trattato CE (art. 296), che ritiene che le sue stesse disposizioni non possono essere di ostacolo alle esigenze di sicurezza di uno Stato membro, il quale può, per tali motivi, esimersi dal fornire informazioni la cui divulgazione sia da esso considerata "contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza". Questa facoltà concessa agli Stati membri si traduce nell'adozione di misure ritenute essenziali per la tutela di tali interessi in una materia molto specifica: la produzione o il commercio di armi. Lo stesso Trattato pone, tuttavia, un limite all'adozione di tali misure, che non devono ostacolare la concorrenza in mercati di prodotti non specificamente destinati a fini militari.

Posta nell'ambito degli appalti pubblici, questa previsione del Trattato assume una forma di derogabilità "primaria" ai principi generali (non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità), nel senso che nell'ambito delle esigenze di sicurezza nazionale, gli Stati membri possono limitare l'applicazione di tali principi in relazione alla riservatezza loro concessa. Sul piano pratico, ciò conduce ad un utilizzo sistematico della procedura negoziata (trattativa privata) da parte delle amministrazioni appaltanti e ad una sostanziale limitazione dei principi generali. La stessa disciplina comunitaria recepisce, infatti, tale impostazione dichiarando la propria inapplicabilità "agli appalti di forniture che sono dichiarati segreti o la cui esecuzione debba essere accompagnata da misure speciali di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari od amministrative vigenti nello Stato

prelazione" in favore del promotore e nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà indicare preliminarmente i criteri di scelta che seguirà nella selezione dei candidati promotori.

membro di cui trattasi né quando lo esiga la tutela d'essenziali interessi di sicurezza di tale Stato⁴⁸.

La segretezza delle forniture prevista in presenza esigenze di sicurezza è un profilo particolarmente sentito dalle imprese interessate, perché tende a creare uno specifico segmento di mercato sostanzialmente chiuso, le cui regole di accesso sono estremamente rigide e non del tutto chiare e l'eventuale concorrenza tra imprese offerenti è praticamente lasciata dalla più pura discrezionalità dell'amministrazione appaltante. Anche in quest'ambito si ripropone la tipica dinamica *incumbent-new comers*; le imprese già incluse nel segmento tendono a difendere questo vantaggio e, se possibile, ad ampliarlo, ad esempio, per via tecnologica, cioè utilizzando la segretezza imposta su alcuni apparati (utilizzati nel campo militare) che possono essere impiegati in ambiti contigui o, anche, strettamente civili.

Il comportamento dell'amministrazione può essere del tutto convergente con queste aspettative, che risultano funzionali all'estensione della propria discrezionalità operativa. Per altri versi, questo stesso obiettivo può essere conseguito dall'amministrazione utilizzando in modo ambiguo o incerto le esigenze di sicurezza e la connessa segretezza procedurale o, comunque, in modo discrezionale, fino a spingersi alla collusione con le imprese già operanti nel segmento o con eventuali imprese esterne da inserire.

Appare scontato che le imprese esterne a questo specifico segmento, ma tecnologicamente in grado di inserirsi, trovino evidenti difficoltà. A parte il fenomeno patologico della collusione con l'amministrazione, le strategie utilizzabili da tali imprese possono allora essere incentrate su una maggiore spinta all'innovazione, cercando così di aumentare il grado di obsolescenza delle forniture già utilizzate e di renderlo noto entrando in contatto con l'amministrazione o anche sfruttando l'apertura alla concorrenza che regola i segmenti contigui. Va da sé che, se anche in questi ultimi si utilizzano procedure di natura discrezionale (come la trattativa privata), si riducono ulteriormente le possibilità di inserimento "virtuoso" nel segmento chiuso (anche da ciò il diretto richiamo del Trattato precedentemente citato) e non resta che il contatto diretto con l'amministrazione e con la sua discrezionalità.

Un secondo livello derogatorio alla preferenza accordata alla procedura aperta e a quella ristretta è quello "ordinariamente" previsto dalla normativa, che definisce in modo tassativo i casi di ricorso alla trattativa privata⁴⁹. In questi casi, le potenzialità elusive riguardano la "strumentalizzazione" di queste eccezioni al normale utilizzo della procedura aperta o ristretta, in base alle quali all'amministrazione appaltante è riconosciuta la possibilità di consultare fornitori di sua scelta e contrattare con essi i termini della fornitura.

Il tema è, quindi, particolarmente delicato riguardo alla concorrenza e al mercato, in quanto l'utilizzo infondato o immotivato delle esigenze di sicurezza o della casistica tassativamente prevista, per derogare ai principi posti dal Trattato CE e dalla

⁴⁸ Cfr. art. 2, par.1, lett. b), Direttiva 93/36/CEE; negli stessi termini la normativa nazionale (art. 4, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 358/1992).

⁴⁹ Molto sinteticamente e tralasciando i diversi vincoli posti nei casi previsti dalla normativa (cfr. art. 9, commi 3-4, D.Lgs. n. 358/1992), la trattativa privata può essere esperita per: irregolarità o inammissibilità, assenza o inadeguatezza delle offerte presentate in procedure aperte o ristrette; finalità sperimentali o di ricerca delle forniture; esclusività del fornitore; eccezionale (o estrema) urgenza della fornitura; complementarità rispetto a forniture già in corso.

normativa comunitaria e nazionale in materia, può configurare un evidente caso di elusione.

In un recente caso, emerso dalla prassi amministrativa e divenuto oggetto della giurisdizione nazionale competente, oltre che di probabile infrazione comunitaria e conseguente intervento della Corte di Giustizia UE, si possono identificare entrambe le situazioni di derogabilità descritte, di richiamo immotivato o strumentale sia alle esigenze di sicurezza nazionale sia a situazioni di eccezionalità, a cui l'amministrazione ricorre in modo oscillante, ma avendo come scopo fondamentale il recupero del proprio potere discrezionale utilizzando la procedura negoziata⁵⁰.

La prima delle due situazioni indicate è riconoscibile nel comportamento del Ministero delle politiche agricole e forestali che, in attuazione di una specifica norma adottata con provvedimento d'urgenza per l'acquisto di elicotteri, ha ritenuto di integrare le esigenze originariamente perseguite (sostanzialmente di protezione civile: incendi boschivi ed emergenze sismiche), con quelle di sicurezza nazionale (indotte da eventi di natura terroristica). Ritenute prevalenti le sopravvenute esigenze di sicurezza, esse sono state utilizzate per sospendere e poi revocare due gare (appalto concorso), già in esecuzione in base alle esigenze originariamente poste, con l'intendimento di poter ricorrere in seguito ad una procedura negoziata (trattativa privata)⁵¹.

⁵⁰ Cfr. A. Sandulli, *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005, pp. 233-237.

⁵¹ Il caso risulta interessante e merita una trattazione specifica. Esso ha origine dalla legge 30 marzo 1998, n. 61 ("Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 gennaio 1998, n. 6, recante ulteriori interventi urgenti in favore delle zone terremotate delle regioni Marche e Umbria e di altre zone colpite da eventi calamitosi"), il cui art. 23-quinquies (Misure contro gli incendi boschivi), comma 1, recita: "Per prevenire e fronteggiare le gravi situazioni di pericolo e di danno a persone e cose, connesse con gli incendi boschivi sul territorio nazionale e in particolare con gli effetti del sisma nelle aree delle Marche e dell'Umbria, è autorizzata l'acquisizione da parte del Corpo forestale dello Stato di velivoli ad ala rotante". In attuazione della disposizione, il Ministero delle politiche agricole e forestali dispone l'espletamento di due gare (appalto concorso) per l'acquisto di diverse tipologie di elicotteri. Contro le gare viene proposto un primo ricorso, da un'azienda che si ritiene danneggiata dal suo svolgimento, centrato in particolare su "eccesso di potere per difetto di istruttoria, comportamento illogico e contraddittorio e difetto di motivazione". Il ricorrente ritiene che l'utilizzo dell'appalto concorso – anziché della trattativa privata, ritenuta esperibile non per motivi di sicurezza (inesistenti, dati i contenuti tecnologici strettamente "civili" delle forniture), ma in base alle conclusioni istruttorie (commissione tecnica ministeriale e parere consultivo del Consiglio di Stato su uno schema di contratto) e dall'urgenza della fornitura – abbia avuto lo scopo di escluderla dalla gara (pur potendo comunque partecipare, data la procedura prescelta). Il giudice (TAR Lazio n. 4070/2001) respinge totalmente il ricorso ed il Consiglio di Stato conferma la sentenza di primo grado (n. 4130/2001, sez. VI).

Le gare procedono, ma prima dell'apertura delle offerte interviene il Ministero che sospende e poi revoca, adducendo motivazioni sopraggiunte dagli eventi terroristici (11 settembre 2001), che impongono modifiche tecniche ritenute tali da non poter essere soddisfatte con la gara in essere. Una delle imprese partecipanti si oppone, adducendo anche la mancanza di trasparenza nella motivazione (obbligo previsto dall'art. 25, comma 3, della Legge n. 241/1990) degli atti di sospensione e revoca, dato che viene dapprima accolta l'istanza di accesso agli atti e poi rigettata adducendo che la fornitura di elicotteri rientra nelle "informazioni relative alla concessione di autorizzazione all'accesso di infrastrutture di polizia o di interesse per la difesa nazionale" (D.M. 5 settembre 1997, n. 392). In tutta la vicenda è questo l'unico vero richiamo alla sicurezza nazionale, dato che essa non ricorre neppure negli atti a sostegno dei provvedimenti di sospensione e revoca dell'amministrazione, nonostante che quest'ultima ipotizzi di procedere ad una nuova fornitura senza lo svolgimento di una procedura concorsuale aperta al maggior numero dei concorrenti, bensì a trattativa privata.

Sulla questione è stata, quindi, coinvolta la Commissione Europea, con riferimento alla sospensione e alla revoca delle gare, alla quale, a seguito dei chiarimenti richiesti al Governo italiano, quest'ultimo rispondeva che i contratti di acquisto degli elicotteri "non erano soggetti al diritto comunitario, rientrando nell'ambito della difesa nazionale". Questa motivazione, in realtà, non è mai stata realmente opposta dall'amministrazione, neppure nel contenzioso sul quale, nel frattempo, è intervenuto anche il giudice amministrativo, che ha annullato i provvedimenti di sospensione e revoca delle gare, sia in primo grado (TAR Lazio, n. 6354/2002) sia in appello (Consiglio di Stato, n. 5102/2003, sez. VI).

Particolarmente rilevante è la motivazione posta alla base di queste pronunce, che, pur non prendendo in esame la motivazione delle esigenze di sicurezza, ne ha sostanzialmente vanificato qualsiasi richiamo, diretto o indiretto al caso in esame. Entrando nel merito "tecnico" della fornitura che aveva motivato la sospensione e la revoca delle gare, il giudice rileva che "si richiedeva solo la installazione di sistemi atti a dotare gli stessi velivoli delle caratteristiche minime che consentivano il loro attuale impiego, dopo i noti eventi di terrorismo internazionale, per svolgere la loro primaria ed indefettibile funzione antincendio boschivo"; in tal senso, al giudice "appare sproporzionata la soluzione adottata" di sospendere e revocare le gare (TAR Lazio, cit.). Il giudice d'appello, pur riconoscendo astrattamente all'amministrazione il potere di revocare la gare, come "*extrema ratio*, cui accedere solo a fronte di ragioni di interesse pubblico non altrimenti suscettibili di realizzazione", ne disconosce la praticabilità, poiché "la documentazione prodotta non appare affatto idonea a confortare una valutazione di astratta non praticabilità di percorsi amministrativi e procedurali diversi dalla revoca della gara e pure idonei ad assicurare un soddisfacimento almeno parziale delle ulteriori finalità di interesse pubblico individuate in via politico-amministrativa e connesse agli allarmanti episodi terroristici" (Consiglio di Stato, cit.)

Ciò nonostante, l'amministrazione ha continuato a perseguire la sua intenzione di procedere a trattativa privata per forniture di identico contenuto, ma nell'ambito di uno

Il TAR Lazio, a tale ultimo proposito, rileva "l'effetto deviante del potere di auto-tutela, nel caso di specie esercitato, dalla emergenza di un intendimento di ricorrere nuovamente al sistema della trattativa privata, pur dopo la decisione di questo Tribunale (confermata dal Consiglio di Stato) che ha respinto il ricorso proposto dalla soc. [...] che aveva sostenuto la illegittimità della indizione di pubbliche gare per gli elicotteri di cui trattasi". Il TAR (n. 6354/2002) annulla, quindi, i provvedimenti di sospensione e revoca, poiché pur riconoscendo la fondatezza delle sopravvenute esigenze, esse avrebbero potuto essere tecnicamente soddisfatte con la gara in essere (cioè, implicitamente, si riconosce che le nuove specifiche tecniche non rientrano neppure nelle forniture militari sottoposte a segretezza e, quindi, nelle esigenze di sicurezza). Il Consiglio di Stato (n. 5102/2003, sez. VI), a sua volta, conferma la prima sentenza e respinge anche la censura che l'amministrazione oppone per il superamento da parte del primo Giudice dei limiti esterni frapposti al sindacato giurisdizionale, cioè l'intromissione nella sfera discrezionale riservata all'Amministrazione.

In sostanza, i motivi di sicurezza nazionale sono stati adottati solo per sospendere e revocare gare pubbliche, ancorché ristrette, e l'intenzione malcelata dall'amministrazione di provvedere, dopo la revoca dei bandi, con trattativa privata non viene esplicitamente sostenuta dai suddetti motivi. Il ricorso alla trattativa privata (già richiesto col primo ricorso dall'azienda ritenutasi danneggiata) viene solo indicato dall'amministrazione ed è comunque respinto dal TAR e confermato dal Consiglio di Stato nella prima sentenza (nella seconda non rientrava tra i motivi del gravame; anzi, respingendo in tale sede il ricorso incidentale dell'impresa che si riteneva originariamente danneggiata dal mancato esperimento della trattativa privata, la giurisdizione conferma indirettamente di non riconoscerne la sostenibilità).

scenario sostanzialmente diverso. Al precedente Ministero si sostituisce la Presidenza del Consiglio la quale, richiamandosi alla “molteplicità delle tipologie di contesti emergenziali”, adotta un’ordinanza (n. 3231/2002) invocando (art. 2) la “somma urgenza”, derivante dallo “stato di emergenza nella provincia Verbano-Cusio-Ossola”, ed il ricorso esclusivo alla trattativa privata per l’individuazione dei “mezzi aerei ritenuti più idonei per l’assolvimento dei compiti d’istituto” della Protezione Civile. Identico richiamo viene addotto per l’acquisto di velivoli, adibiti agli stessi compiti svolti dal Corpo Forestale dello Stato. Per la prevenzione degli incendi viene concesso, sempre all’amministrazione della Protezione Civile, il ricorso eventuale (“anche”) alla trattativa privata nella realizzazione di un “programma straordinario urgente di potenziamento degli allestimenti tecnologici ed informatici”. Stessa facoltà viene concessa per l’acquisto “di apparati radio ricetrasmittenti e dei relativi accessori, necessari per le comunicazioni terra-bordo-terra con i predetti velivoli antincendio del Corpo Forestale dello Stato”⁵².

La Commissione Europea ha seguito anch’essa l’evoluzione della vicenda e, partendo dalla prima delle due situazioni qui descritte, ha proseguito intervenendo in sede giurisdizionale rispetto alla seconda (Corte di Giustizia UE, n. C-525/03), in quanto l’oggetto materiale del suo ricorso non poteva poi che essere la trattativa privata esperita per motivi di “somma urgenza”. Nelle sue conclusioni, l’Avvocato Generale non ha potuto chiedere che di respingere il ricorso della Commissione, constatando la formale fondatezza del motivo di urgenza, dato lo stato di emergenza in essere al momento dell’adozione dell’ordinanza, e l’estemporaneità dell’intervento della Commissione, avvenuto quando ormai era terminato lo stato di emergenza e lo Stato italiano non aveva eseguito alcuna azione successiva che si richiamasse ad esso.

L’accoglimento della Corte di Giustizia delle conclusioni dell’Avvocato Generale (GUCE C330/4, del 24.12.2005) non entra, quindi, nel merito della fondatezza del motivo addotto per la scelta della procedura negoziata; in tal senso, tuttavia, restano validi i principi espressi dalla Commissione Europea nel suo ricorso, che si richiamano alla “tassatività” delle situazioni in cui si può derogare alla procedura aperta o ristretta, alla “eccezionalità” della situazione specificamente adottata ed alla “fondatezza” di quest’ultima.

⁵² Anche in questo caso non si citano esigenze di sicurezza nazionale, ma si descrive una situazione tale da giustificare il ricorso sistematico o discrezionale alla trattativa privata e non a gara aperta o ristretta, a causa della “somma urgenza”. Nelle premesse, infatti, l’Ordinanza del Presidente del Consiglio sembra vagamente richiamare la presenza della sicurezza nazionale (“l’azione di contrasto deve contemplare per le strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile, tra cui il Corpo forestale dello Stato, la disponibilità di mezzi tecnologicamente idonei suscettibili di molteplici ottimali utilizzazioni per il più proficuo perseguimento delle finalità di prevenzione, di soccorso e di superamento delle emergenze”), ma il contenuto del provvedimento è chiaramente incentrato sulle esigenze di protezione civile e prevenzione incendi. Che questo configuri la “somma urgenza” richiamata viene posto in dubbio dalla Commissione Europea, con ricorso alla Corte di Giustizia (Causa C-525/03). Il risultato materiale dell’ordinanza è comunque l’acquisto a trattativa privata di due elicotteri, esattamente l’ultimo giorno dello stato di emergenza (31 ottobre 2002). Pur volendo mantenere separate le due situazioni (la fornitura è la stessa, anche se nel primo caso di trattava esplicitamente di 49 elicotteri, mentre nel secondo di “mezzi aerei”), non si può fare a meno di segnalare che l’acquisto dei soli due elicotteri a trattativa privata avviene a favore proprio dell’azienda che era ricorsa originariamente alla giustizia amministrativa per la mancata applicazione di tale procedura.

Il caso descritto, pur contorto nei suoi sviluppi, riesce comunque a descrivere abbastanza compiutamente le dinamiche potenzialmente elusive della concorrenza insite nel regime derogatorio a sostegno dell'eccezionalità del ricorso alla procedura negoziata negli appalti di forniture. In tal senso, non si può che ribadire le corrette dimensioni della derogabilità primaria e secondaria ai principi generali in materia di appalti pubblici. In sostanza, è necessario dimostrare, nel concreto, il corretto richiamo al profilo della sicurezza nazionale (cioè forniture il cui contenuto tecnologico o il cui utilizzo non può essere portato a conoscenza del pubblico e, quindi, tramite una gara) o, nel caso in esame, a quello della estrema urgenza (cioè tale da richiedere, quasi *hic et nunc* o comunque in un tempo delimitato, un'azione dell'amministrazione di acquisizione della fornitura necessaria non altrimenti esperibile se non con procedura negoziata⁵³). Solo così si giustifica la scelta di non utilizzare le procedure pubbliche.

5. le barriere artificiali all'accesso nel mercato degli appalti pubblici

5.1. Premessa

La diffusione di principi genuinamente concorrenziali nella pubblica amministrazione italiana incontra serie difficoltà; lo scontro tra la normativa e i principi comunitari, da un lato, e la loro concreta (non) attuazione da parte di alcune amministrazioni è incessante.

Nel settore degli appalti pubblici di servizi e forniture si riscontrano barriere artificiali all'ingresso di nuovi operatori che non originano necessariamente da scorrette pratiche commerciali, da fattori economici o di diritto, da pratiche corruttive o collusive. Sono piuttosto il frutto di prassi e procedure, consuetudini e rigidità burocratiche che nascono dalla generale mancanza di cultura concorrenziale.

L'esame di alcuni bandi di gara per la fornitura di servizi evidenzia come la prassi amministrativa possa risultare contrastante con la normativa vigente, i principi dell'ordinamento e l'evoluzione del diritto comunitario, con risultati negativi a vari livelli: riduzione del benessere sociale, segmentazione dei mercati, incentivi al "nanismo" delle imprese.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in seguito AGCM o Autorità), nell'esercizio dei propri poteri di segnalazione e consultivi volti a promuovere la concorrenza, ha frequentemente utilizzato gli strumenti della segnalazione per evidenziare carenze e lacune rinvenute nei bandi di gara, ma le amministrazioni non hanno alcun obbligo giuridico di seguire le indicazioni fornite ed alcune, in particolare quelle non direttamente coinvolte dallo specifico intervento, non ne traggono coerente ispirazione e guida.

Inoltre, anche quando le singole amministrazioni chiedono un parere sulla compatibilità concorrenziale del loro agire, esse non sono tenute a rispettare e a citare il richiesto parere che, tra l'altro, non è pubblico.

⁵³ La Commissione Europea (GUCE C59/6, del 6.3.2004), nel suo ricorso alla Corte di Giustizia sul caso in esame, pone piuttosto esplicitamente i termini in cui si può configurare la "estrema urgenza" che giustifica l'ammissibilità della procedura negoziata, cioè il determinarsi di "avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione e ad essa non imputabili", a causa dei quali "non possano essere osservati i termini per una procedura di messa in concorrenza con preventiva pubblicazione".

I giudici amministrativi possono intervenire attraverso la giurisprudenza, per definizione solo in modo a-sistematico nei casi sottoposti al loro vaglio, ossia quelli già cronicamente degenerati nella fase giurisdizionale. In più, alcune interpretazioni formalistiche di leggi e procedure sono inutilmente gravose ed hanno solo l'effetto di innalzare i costi d'impugnazione da parte delle imprese lese dalle barriere artificiali.

Ne discende un ritardo in alcuni settori dell'amministrazione nel recepire i principi d'apertura dei mercati, che causano attriti e resistenze alla massimizzazione del benessere sociale, e una "lacuna" nel sistema istituzionale di promozione e vigilanza delle dinamiche competitive.

5.2. La nozione di barriere all'entrata: dalla realtà economica a quella giuridica

L'analisi e la definizione delle "barriere all'entrata" trae origine dagli studi effettuati nel secondo dopoguerra sul funzionamento di alcuni mercati, dove alti e persistenti livelli di extra profitto si accompagnavano ad una struttura fortemente concentrata dell'offerta⁵⁴.

L'intuitiva spiegazione della persistenza degli extra profitti e dell'assenza di nuovi entranti (*newcomers*) è stata la presenza d'ostacoli all'accesso al mercato, sulla definizione dei quali vi sono numerosi, contrastanti ed approfonditi studi⁵⁵.

Poche nozioni di economia industriale sono state così aspramente dibattute come le barriere all'entrata, tanto che alcuni economisti arrivano a definirle come "barriere alla comprensione" ed un concetto "confuso, strano, oscuro, inutile"⁵⁶; la diversità di opinioni in merito riflette la sensibilità ideologica dell'economista, e la pluralità di definizioni elaborate esemplifica quanto sia difficile racchiudere e sintetizzare gli elementi focali del dibattito⁵⁷.

⁵⁴ L'extra profitto è la differenza positiva tra prezzo e costo marginale; nei modelli di concorrenza perfetta, gli extra profitti attraggono nuove imprese, le quali entrano liberamente nel mercato vendendo il bene ad un prezzo inferiore ed acquisendo quote di mercato, fintanto che il prezzo non sia uguale al costo marginale. In equilibrio, il modello di concorrenza perfetta non ammette extra profitti. Il monopolista invece, determinando la quantità ottimale da produrre senza preoccuparsi di ingressi nel mercato, offre una quantità inferiore a quella domandata, ad un prezzo superiore, realizzando extra profitti, o "rendita monopolistica" e causando una perdita secca di benessere sociale.

⁵⁵ Cfr. ad es.: Bain J. S., *Barriers to new Competition: their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, in "Harvard University Series on Competition in American Industry", Harvard University Press, 1956, Cambridge; Weiss L., *Advertising, Profits, and Corporate Taxes*, in "Review of Economics and Statistics", 51, 1969, 421-30; Mc Gee J. S., *Predatory Price Revisited*, in "Journal of Law and Economics", 23, 1980, 289-330; Williamson O. E., *Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis*, in "Yale Law Journal", 87, 1977, 284-340; Areeda P. – Turner D., *Predatory Pricing and related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, in "Harvard Law Review", 88, 1975, 697-733.

⁵⁶ Carleton D.W., *Why Barriers to Entry are Barriers to Understanding*, in "American Economic Review", 94, 2004, n.2, p.466 e ss.

⁵⁷ Ad esempio, in un recente lavoro vengono sintetizzate sette diverse definizioni di barriere all'entrata, che vengono tutte criticate a beneficio di una impostazione che argomenta in favore di altre quattro definizioni di barriere, diverse dalle precedenti (cfr. Preston – Mc Afee R. – Mialon H. M. – Williams M. A., *What is a Barrier to Entry*, in "American Economic Review", vol. 94, 2004, n.2, p.461 e ss. In termini generali, Bain le definisce come "vantaggi degli *incumbents* in un mercato sui potenziali *new comers*, che attribuiscono ai primi la facoltà di alzare in modo duraturo i prezzi sopra al livello competitivo senza indurre i secondi all'ingresso nel mercato" (cfr. Bain, J. S., *Industrial Organization*, Wiley & Sons, New York, 1968,

Anche la Commissione europea adotta una propria nozione, affermando che “l’esistenza di barriere all’accesso viene misurata in funzione della capacità delle imprese già insediate nel mercato di portare il loro prezzo al di sopra del livello concorrenziale, generalmente al di sopra del costo totale medio minimo, e realizzare utili superiori al normale senza attirare l’ingresso di altri concorrenti. In assenza di barriere all’accesso nuovi concorrenti entrerebbero in modo agevole e rapido e i sovrapprofitti verrebbero meno”⁵⁸.

Oltre alla difficoltà di enucleare precisamente il termine a cui fare riferimento (se costo in generale, se costo marginale, oppure medio minimo, o totale, totale medio minimo, rendita) è fondamentale la considerazione o meno di alcuni elementi come fattori della funzione di costo: se ad esempio la pubblicità, la reputazione di impresa solida e solvibile costruita negli anni, l’esperienza tecnica maturata, le economie di scala, la facilità di accesso al credito e così via sono “costi (o investimenti)” non inclusi nella funzione, allora molti elementi costruiti con “merito” rappresentano ostacoli all’ingresso. Una nuova impresa dovrà indubbiamente costruire una propria immagine, reputazione ed esperienza, affrontando nel medio periodo costi maggiori dell’*incumbent*. Se tali fattori costituiscono barriere all’entrata da contrastare è ampiamente dibattuto⁵⁹, ed il fattore tempo gioca un ruolo non secondario. Quel che oggi può apparire come rendita di posizione che frappone ostacoli all’ingresso di nuovi entranti, può essere il frutto d’investimenti che l’*incumbent* ha, a suo tempo, effettuato⁶⁰.

p. 252). Stigler, invece, inserisce le barriere all’entrata nella funzione di costo: esse rappresentano “un costo di produzione (ad ogni livello di quantità prodotta) che deve essere incluso nella funzione dai *new entrants* e non dall’*incumbent*” (cfr. Stigler G. J., *The Organization of Industry*, Richard D. Irwin, Homewood, 1968 p.68; cfr. anche: Peltzman S., *George Stigler’s Contribution to the Economic Analysis of Regulation*, in “Journal of Political Economy”, 101, 5, 1993, 818-832; Von Weizsacker C.C., *A Welfare Analysis of Barrier to Entry*, in “Bell Journal of Economics”, 11(2), 1980, p. 399-420). Ferguson invece si riferisce genericamente a “fattori che rendono l’entrata non profittevole e consentono alle imprese *incumbents* di determinare un livello di prezzi al di sopra del costo marginale, e di ottenere ritorni monopolistici in modo duraturo” (cfr. Ferguson J. M., *Advertising and Competition: Theory, Measurement, Fact, Ballinger*, Cambridge, 1974, p. 10), mentre Gilbert le chiama “rendite che derivano dall’essere *incumbent*” (cfr. Gilbert R., *Mobility Barriers and the Value of Incumbency*, in Schmalensee, R. & Willig, R.D. (eds.), “Handbook of Industrial Organization”, Amsterdam, North-Holland, 1989, p.475-535. Fisher si riferisce invece, draconianamente, ad “ogni cosa che impedisce un ingresso nel mercato che massimizzerebbe il benessere sociale”, così come Carleton e Perloff, i quali definiscono le barriere artificiali come “ogni cosa che impedisce ad una imprenditore di creare *istantaneamente* una nuova impresa nel mercato” (cfr. Carleton D. – Perloff J., *Modern Industrial Organization*, New York, Harper Collins Publishers, 1994).

⁵⁸ Commissione europea, *Linee Diretrici sulle restrizioni verticali*, (2000/C 91/01), 13 ottobre 2000, par. 126.

⁵⁹ Cfr. Demsetz H., *Barriers To Entry*, in “American Economic Review”, 1982, 72, p. 47-57.

⁶⁰ Cfr. Carleton, cit., p. 468 cit. Le differenti definizioni riflettono diverse considerazioni degli stessi elementi; ad esempio, i costi di pubblicità sono una barriera all’entrata per Ferguson e Bain e non per Stigler, fintanto che i *new entrants* hanno accesso alle stesse funzioni di costo dell’*incumbent*. Coloro che identificano con maggiore facilità un fattore come barriera sono spesso portatori di una cultura liberale, che vede la concorrenza come dinamica tra piccole e medie imprese e la legge come difesa di queste ultime e come garanzia di accesso al mercato. Questa impostazione emerge negli Stati Uniti di inizio secolo e nell’Europa continentale post conflitto, dove è stata talvolta privilegiata la difesa dei concorrenti, piuttosto che la difesa della concorrenza in sé stessa (cfr. Gerber D. J., *The Law and Competition in the Twenty Century Europe*, Oxford University Press, 2001, p. 232 e ss.). Sul finire degli anni ‘60, la scuola di

In sintesi, i maggiori contrasti sono nella concreta definizione di alcuni elementi come barriere all'entrata e sulle considerazioni di *policy* che si deducono da questo inquadramento; tutti gli autori e le scuole di pensiero condividono però il dato che vi sono elementi che danno differenti opportunità agli *insiders* ed agli *outsiders*, e che pongono ostacoli alla concorrenza.

Le barriere all'entrata sono elementi che conferiscono minori opportunità e vantaggi all'ingresso di *newcomers* in un mercato rispetto all'*incumbent*.

Le barriere artificiali all'entrata possono essere delineate, in primo luogo, come il frutto di pratiche escludenti da parte delle imprese già insediate nell'industria⁶¹, ad esempio pratiche di prezzo, ostacoli commerciali o di business, canali distributivi esclusivi e non facilmente replicabili, comportamenti strategici, la cui liceità è vagliata attraverso la lente della normativa anticoncorrenziale⁶².

Si possono inoltre verificare casi dove l'accesso al mercato è impedito dalla legge, piuttosto che dalla realtà economica. Tali fattispecie di barriere artificiali sono monopoli e diritti esclusivi dettati da considerazioni economiche, tecniche e politiche del legislatore, che attribuisce diritti all'uno e li nega ad altri⁶³.

Tipico è il caso di concessioni di beni considerati finiti, o di speciale rilevanza per lo Stato per la realizzazione di particolari finalità, o di protezione delle invenzioni e delle creazioni artistiche, che attribuiscono diritti di esclusiva per fornire incentivi agli inventori ed agli investimenti correlati.

Vi sono altre barriere artificiali all'entrata che, sfruttando abusivamente le norme, instaurano privilegi contrari alla concorrenza ed il giudizio negativo su di esse è

Chicago riprendeva e sviluppava la tesi della *creative destruction* di Schumpeter e procedeva ad uno smantellamento sistematico della costruzione "demoniaca" del monopolio, che era stata portata avanti nei settori scientifici e di *policy*. Riprendendo le originali formulazioni degli economisti classici, i neoliberali della scuola di Chicago osservavano che il monopolio può anche essere il frutto del "merito" di una impresa, la quale sbaraglia la concorrenza con talento. Punire l'impresa grande e dominante solo per il fatto di esserlo determina un disincentivo alla vigorosa concorrenza ed alla crescita, oltre che consentire ad imprese piccole ed inefficienti di rimanere sul mercato (cfr. Bork R. H., *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, New York, 1976). Per gli economisti di Chicago, il monopolista è disciplinato dalla minaccia di ingresso di potenziali concorrenti e non può, di conseguenza, sfruttare la sua posizione nel lungo periodo. Similmente, il monopolista è il vero innovatore, perché è l'unico che possiede, da un lato, le necessarie risorse da investire in ricerca e, dall'altro, gli incentivi necessari, ossia l'obiettivo di impedire sul nascere ogni potenziale concorrenza (frapponendo sempre maggiore distanza fra la propria capacità e quella dei potenziali entranti). Ciò che è importante invece, a loro giudizio, è che i mercati siano sempre potenzialmente "contendibili" (la teoria dei mercati contendibili e le barriere all'entrata sono strettamente correlati.; cfr. Baumol V. – Panzer W. J. – Willig R., *Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure* Harcourt, Brace, Jovanovich, New York, 1982).

⁶¹ Cfr. Krouse C. G., *Competition for Monopoly, II: Entry and Exit*, in "Bulletin of Economic Research", 1991, 43, p. 307.

⁶² Sulla "speciale responsabilità" dell'impresa *incumbent*, possono genericamente richiamarsi le sentenze della Corte di Giustizia CE: *Michelin vs. Commissione*, Causa C-322/81, in Racc. 1983, 3461, par. 57; *BPB Industries plc vs. Commissione*, in Racc. 1993, II-389, par. 67. Più in generale, cfr. anche Wish R., *Competition Law*, Lexis-Nexis Butterworths, 5th Ed., 2003, Londra, p.188-190. Nello specifico, Arowolo O., *Application of the concept of Barrier to Entry under article 82 of the EC Treaty: Is There a Case for Review*, in "E.C.L.R.", 2005, 26 (5), 247-257.

⁶³ Sulla compatibilità con il diritto comunitario dei diritti speciali o esclusivi riconosciuti dallo Stato alle imprese, cfr. l'art. 86 del Trattato e la giurisprudenza di riferimento. Nella teoria economica cfr. Stigler G. J., *The Theory of Economic Regulation*, in "Bell Journal of Economics", The Rand Corporation, 1971, vol. 2(1), pp. 3-21.

generalmente condiviso. In primis, vanno menzionati i dazi alle importazioni e le pratiche di discriminazione fiscale e di *dumping*. Assumono poi un'enorme rilevanza pratica gli aiuti di Stato, che favoriscono, sotto qualsiasi forma, talune imprese o produzioni in modo tale da falsare, direttamente ed indirettamente, la concorrenza. Sono ampiamente studiate anche le barriere artificiali poste dai burocrati per massimizzare il loro interesse personale, come i fenomeni di compiacenza con interessi industriali e politici locali, fenomeni collusivi o, peggio, corruttivi e il rischio di "cattura regolatore-regolato".

Su tutte le barriere all'entrata sommariamente delineate vi è ampia letteratura giuridico-economica. Pur tuttavia rimangono altre vischiosità per il libero gioco concorrenziale, consistenti in tutti i fattori e i processi burocratici che, non previsti dai testi di legge e non dettati da razionalità strumentali degli agenti (per esempio favoritismi diretti e indiretti, corruzione e così via), si instaurano nelle singole articolazioni pubbliche e hanno l'effetto di impedire l'accesso al mercato a nuovi operatori.

Le barriere artificiali all'ingresso di cui si discute, che potremmo chiamare, in prima approssimazione, barriere "artificiose", non originano pertanto né da scorrette pratiche di *business* o commerciali, né da fattori economici o di diritto, né dalla razionalità strumentale degli agenti. Sono piuttosto il frutto di un incedere amministrativo di prassi e procedure, consuetudini e rigidità tipiche di ogni struttura burocratica. Si può dire che le barriere artificiose siano di natura opposta a quelle analizzate dalla letteratura. Sono infatti il risultato di una "irrazionalità" comportamentale dell'amministrazione, non finalizzata ad un preciso interesse degli agenti, ma frutto di indolenza e mancanza di "cultura concorrenziale". Non si tratta quindi di un non corretto esercizio del potere, in termini collusivi o peggio corruttivi, ma dell'impatto di rigidità e macchinosità amministrative sulla dinamica concorrenziale, a prescindere dal fine ultimo del funzionario che concretamente opera.

Tali barriere artificiose sono notevolmente dannose per il benessere sociale e l'interesse generale di cui la normativa si fa portatrice, anzi, potrebbe argomentarsi che sono le barriere più pericolose perché, lungi dall'essere frutto di elaborazione scientifica e dialettico contrasto teorico, o essere senza dubbio illegali e come tali sanzionate, esse rimangono nel "sottobosco" amministrativo che ostacola il singolo nel caso specifico e, pertanto, risultano difficili da controllare ed estirpare.

Le barriere artificiose sono presenti nei settori che si interfacciano direttamente con l'apparato pubblico e dove questo ha un maggiore potere di contrattazione economico e legale.

Anche quando le autorità preposte alla tutela e promozione della concorrenza sono in grado di individuarle, gli assetti istituzionali spesso non forniscono strumenti di *enforcement* efficaci, ed i casi oggetto delle seguenti pagine paiono corroborare questo assunto.

5.3. La concorrenza negli appalti pubblici: meccanismi d'asta e selezione delle imprese

In alcune industrie la competizione si sviluppa *per* il mercato piuttosto che *nel* mercato; si tratta di settori economici nei quali i concorrenti competono per ottenere un incarico, da svolgere poi in esclusiva. Tipico è il settore degli appalti pubblici, dove il confronto concorrenziale si realizza nella vincita di una gara per la fornitura di beni o servizi o lo svolgimento di lavori.

I concorrenti si fronteggiano in modo ripetuto, ma discontinuo, ed ogni gara può essere considerata un mercato a sé stante, oppure può essere analizzata nel più ampio contesto del tipo di gara o di fornitura richiesta.

La forma di mercato è il monopsonio, caratterizzato da un solo soggetto che costituisce la domanda ed una pluralità di offerenti.

Il meccanismo selettivo è quello della negoziazione privata o, per ciò che qui più interessa, dell'asta. È ovvio che i criteri di selezione impiegati dal monopsonista sono essenziali; come è evidente che, allorquando il monopsonista sia una struttura pubblica, che utilizza le risorse fornite dai cittadini, i criteri di selezione debbono essere largamente condivisi e non discriminatori. Le autorità antitrust sono spesso intervenute nel sanzionare accordi collusivi tra le imprese offerenti, che tendevano ad una ripartizione del mercato e degli appalti, anche nel settore privato⁶⁴. In particolare, sia la Commissione europea⁶⁵, sia l'autorità italiana⁶⁶ sono intervenute a sanzionare pratiche di prezzo regolato e piani di divisione degli appalti tra concorrenti. Va, inoltre, notato come vi sia una copiosa tradizione di ricerca economica volta ad ottenere valutazioni normative in merito al disegno ottimale (quantità e *mix* di beni e servizi inseriti in una procedura o in un lotto) e alle regole di ammissione/aggiudicazione delle aste, in comparazione con altre procedure. In particolare, alcuni studi evidenziano come le aste competitive possono essere strumenti allocativi inefficienti nel caso di beni o servizi forniti sulla base di contratti incompleti, particolarmente presenti nel settore sanitario⁶⁷. In caso di progetti particolarmente complessi, contratti e capitolati dettagliati e necessariamente incompleti e con pochi potenziali concorrenti (alta specializzazione), un sistema d'asta può privare la stazione appaltante della possibilità di dialogo con l'appaltatore, rilevante nella fase di definizione del progetto⁶⁸.

Ciononostante, si può presumere che (1) una procedura d'asta è generalmente migliore (in termini di efficienza allocativa) di una procedura negoziata e che (2) una maggiore partecipazione di imprese alle gare di appalto garantisce una maggiore concorrenza, per cui i requisiti di partecipazione, ove consentito, debbono tendere a garantire la maggiore partecipazione possibile.

Si confida sulla bontà di tali presunzioni perché un'ampia letteratura economica le sostiene⁶⁹.

⁶⁴ Cfr. Oberlandesgericht (Corte di Appello di Düsseldorf), [VI-W (KART) 14/04], 3 giugno 2004, non pubblicato.

⁶⁵ Cfr. Commissione Europea, Dec. "European Sugar Industry", in G.U.C.E del 26/5/1973, L140/17; Dec. "Building and Constructing Industry in the Netherlands", in G.U.C.E. del 7/4/1992, L92/1; cfr. Tribunale CE, sentenza del 21/02/1995, *SPO et al. Vs. Commissione*, in Racc. 1995, p. II – 289. Cfr. Commissione Europea, Dec. "Pre-Insulated Pipes", in G.U.C.E 21/10/1998, Caso n. IV/35.691/E-4, L24/1; cfr. Tribunale CE, sentenza del 20/03/2002, *HFB et al. Vs. Commissione*, in Racc. 2002, p. II – 1487; cfr. Corte di Giustizia CE, *Fabricom SA vs. Etat belge*, causa C-21/03, del 3 marzo 2005, (non ancora pubblicata).

⁶⁶ Cfr. AGCM, Provv. n. 10831 (1463) Pellegrini/Consip, del 13/6/2002, in Boll. N. 24/2002; cfr. Consiglio di Stato, VI sez., n. 926/04.

⁶⁷ Bajari P. – Tadelis S., *Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs. Negotiations in Procurement*, in "Handbook of Procurement", Cambridge University Press, 2006.

⁶⁸ Cfr. Bajari P. – Tadelis S., *Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts*, in "The Rand Journal of Economics", 2001, p. 287-307.

⁶⁹ Cfr. Mc Afee R. P. – Mc Millan J., Auction and Bidding, in "Journal of Economic Literature", 1987, p. 699-738; cfr. anche Mc Afee R. P. – Mc Millan J. – Reny P. J., *Extracting the surplus in the common value auction*, in "Econometrica", 1989, p. 1451-59.

In particolare è stato dimostrato come una stazione appaltante senza potere contrattuale (i.e. nel meccanismo d'asta) avrà maggiori "guadagni" nel condurre un'asta con $n+1$ concorrenti, che una con potere contrattuale con n concorrenti⁷⁰. Pertanto, anche quando le procedure sono complesse e le asimmetrie informative ampie, conviene strutturare il meccanismo di selezione in modo tale da aumentare il numero di potenziali concorrenti, a scapito del potere negoziale, soprattutto nella fase di preselezione.

Inoltre, la normativa nazionale e comunitaria ha scelto il modello competitivo (asta con $n + 1$ concorrenti) come il migliore, da applicare nella generalità dei casi.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha dedicato particolare attenzione al controllo degli strumenti utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici per selezionare le imprese condizionando il loro accesso alle gare al possesso di determinati requisiti di idoneità tecnica e di capacità economica e finanziaria⁷⁵.

È stato infatti sottolineato come i principi di una corretta procedura di selezione debbano garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione e non debbano ingiustificatamente limitare "la partecipazione delle imprese mediante la fissazione di criteri di pre-selezione eccessivamente rigidi"⁷⁶.

⁷⁰ Cfr. Bulow J. – Klemperer P., *Auction vs. Negotiations*, in "The American Economic Review", 1996, 180-194.

⁷¹ Cfr. in particolare la legislazione attualmente in vigore nei singoli Stati, che ratifica le direttive: n. 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, in GUCE 24 luglio 1992, n. L209, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi; n. 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, in GUCE del 9 agosto 1993, n. L199, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture; n. 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, in GUCE 9 agosto 1993, n. L199, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. L'attuale legislazione comunitaria è stata abrogata dall'art. 82 della direttiva n. CE/2004/18, del 31/3/2004, del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in GUCE del 30 aprile 2004, n. L134, che dovrà essere recepita dagli stati entro il 2006. Cfr. in particolare l'accordo in sede di Uruguay Round (1986-1994), concluso dalla Comunità Europea con la decisione del Consiglio n. 94/800/CE, del 22 Dicembre 1994, che ha come obiettivo l'istituzione di un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale.

⁷² Cfr. in particolare l'accordo in sede di Uruguay Round (1986-1994) concluso dalla Comunità Europea con la decisione del Consiglio 94/800/CE, del 22 Dicembre 1994, che ha come obiettivo l'istituzione di un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale.

⁷³ Cfr. Considerando (2), direttiva n. CE/2004/18, cit..

⁷⁴ Appalti Pubblici e Concorrenza – Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri; cfr. la copiosa giurisprudenza comunitaria, in particolare Corte di Giustizia CE, *Commissione vs. Spagna*, sentenza dell'11 gennaio 2004, causa C-26/04 (non pubblicata).

⁷⁵ Cfr. Segnalazione AGCM, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici* (AS187), 17 dicembre 1999, in Boll. n. 48 del 20 dicembre 1999, p. 97-102 (in particolare, par. 97).

⁷⁶ Cfr. Segnalazione AGCM, *Concessionaria Servizi Informatici Pubblici – Consip Spa, Bandi di gara per l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche* (AS251), del 7 febbraio 2003, in Boll. N. 5/2003, p.2.

6. Le barriere “artificiose” alla concorrenza negli appalti di servizi e forniture

6.1. La dimostrazione dei requisiti di capacità economica finanziaria per la partecipazione alle gare di appalto

Il decreto legislativo n.157/95, che attua la direttiva comunitaria 92/50/CEE sugli appalti pubblici di servizi, all'articolo 13 attribuisce alle imprese concorrenti la facoltà di dimostrare la loro capacità economica e finanziaria attraverso tre mezzi alternativi⁷⁷:

- a) idonee dichiarazioni bancarie;
- b) bilanci o estratti di bilanci dell'impresa;
- c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi “identici” a quello oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

La norma nazionale “traduce” l'inciso di cui all'art. 31 della direttiva 92/50/CEE “del fatturato per i servizi cui si riferisce l'appalto”, con l'aggettivo “identici”.

In più, precisa che ogni concorrente impossibilitato, per giustificato motivo, alla presentazione dei documenti sopra evidenziati, ha la possibilità di far valutare altri documenti ritenuti idonei dall'amministrazione aggiudicatrice, in modo conforme con la direttiva sopra menzionata.

L'AGCM ha analizzato numerosi bandi di gara ed ha riscontrato “la presenza di criteri di selezione eccessivamente rigidi e non commisurati all'oggetto e all'effettivo valore della prestazione”⁷⁸, con il distorsivo effetto di “favorire alcuni operatori a scapito di altri, sia individuandoli direttamente, che tramite il riferimento a soglie di fatturato sproporzionate rispetto all'ammontare della gara stessa”⁷⁹. Il risultato è la creazione di “arbitrarie ed artificiose limitazioni del legittimo interesse delle imprese a concorrere, in condizioni di effettiva parità, per l'aggiudicazione degli appalti”⁸⁰.

Nonostante l'esortazione dell'Autorità ai “principi di ragionevolezza e di imparzialità che regolano il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa”⁸¹, va segnalato che il costume dell'amministrazione denunciato è lungi dall'essere abbandonato. Ad esempio, in un bando di gara per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare di una ASL piemontese, si legge che, al fine di dimostrare la propria capacità finanziaria, il concorrente deve aver effettuato in ambito sanitario un servizio identico a quello per cui si partecipa, per un importo non inferiore ad una cifra che risulta essere raggiunta, in pratica, solo dalle due imprese leader del settore⁸².

La vicenda fornisce un evidente paradigma di ostruzionismo burocratico. In primo luogo, la piccola azienda risultata in un primo momento vincitrice – e poi estromessa dalla graduatoria per la verifica del mancato raggiungimento del criterio economico-finanziario – è la ramificazione italiana di un gruppo multinazionale attivo nel settore,

⁷⁷ Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, Attuazione della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi”, in GURI del 6 Maggio 1995, n. 104, S.O. art. 13.

⁷⁸ Cfr. Segnalazione AGCM, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici* (AS187), ..., cit., p. 99.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 99.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 99.

⁸¹ *Ibidem*, p. 99.

⁸² Cfr. “Invito alla gara condotta mediante licitazione privata per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare occorrente per 36 mesi alle ASL 2 e 3 – Regione Piemonte”, Gara n.14/04. prot. 7567 28/TC, in Bollettino Ufficiale Regione Piemonte, n. 03, del 22 gennaio 2004.

che supera per oltre dieci volte, a livello di gruppo, il limite di fatturato previsto dal bando.

Inoltre, merita di essere rilevato come l'ASL piemontese abbia interpretato l'aggettivo "identiche" di cui al testo di legge sopra riportato⁸³.

La domanda per l'ossigenoterapia è veicolata in due grandi canali: la distribuzione attraverso farmacie, e la fornitura diretta alle Aziende Sanitarie Locali; entrambe a beneficio del servizio pubblico territoriale (ASL), unico monopsonista. In sostanza vi è una via diretta (alle ASL competenti per territorio), ed una indiretta (alle farmacie) di distribuzione per un unico cliente, il cittadino. In altri termini, le ASL appaltano il servizio di ossigenoterapia domiciliare quando svolgono l'attività di assistenza ospedaliera a domicilio, o in *day hospital*⁸⁴. Negli altri casi, invece, il servizio (vero e proprio "medicamento") è affidato in esclusiva alle farmacie. Nonostante la diversità del metodo distributivo, il prodotto è assolutamente identico e la capacità finanziaria dovrebbe misurarsi, se del caso, sulla totalità dei servizi forniti nel settore. Infatti, occorre ricordare che la funzione del requisito della capacità finanziaria è quella di misurare la solidità economica della imprese che offre le proprie forniture o i propri servizi, mentre la verifica della capacità tecnica è affidata ad altra norma di legge e segue parametri propri.

La società italiana esclusa, facente parte del gruppo multinazionale, avrebbe superato la capacità finanziaria prevista nel bando di gara anche in via autonoma, se non fosse che la ASL2 – Regione Piemonte ha stabilito che il fatturato realizzatosoddisfacendo la domanda del canale "farmacie" non potesse essere sommato al fatturato realizzato per la fornitura dello stesso servizio tramite il canale "ASL", con ciò facendo "scivolare" il fatturato della piccola azienda vincitrice al di sotto del minimo previsto dal bando, cagionandone l'esclusione prima ancora del vero e proprio inizio della procedura di gara.

La stessa interpretazione è stata data in numerose altre occasioni, tra cui i recentissimi bandi di gara della ASL3 "Genovese" – Regione Liguria e della ASL1 "Imperiese" - Regione Liguria⁸⁵.

Il vero paradosso è proprio che, quand'anche si intendesse il livello di fatturato (requisito di capacità economico-finanziaria) come segnale della competenza tecnica accumulata, va notato che l'offerta al canale "farmacie" è tecnicamente più complessa di quella diretta alle ASL, perché implica una maggiore capillarità nel trasporto, difficoltà principale del *business*. *A fortiori*, la non considerazione dei livelli di fatturato raggiunti tramite il canale "farmacie", per l'analisi dei requisiti di capacità economica-finanziaria di un concorrente in una gara di ossigeno terapia domiciliare appare non giustificata.

Curiosamente, l'aggettivo "identici", interpretato tanto rigorosamente, non è affatto presente nella direttiva europea che la legge sugli appalti ha inteso attuare, come sopra evidenziato. Sembra, quindi, che in merito alla scelta e all'utilizzo di questo aggettivo due sono le conseguenze possibili: se il significato dell'inciso della direttiva

⁸³ Rispetto all'ampia giurisprudenza, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1459/04, e sez. VI, n. 1331/04; l'ultima sentenza citata sembra fornire una interpretazione restrittiva dei requisiti di legge.

⁸⁴ Cfr. artt. 41-43, legge n. 833/1978.

⁸⁵ Cfr. "Affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare a favore degli assistiti della ASL3 Genovese in www.asl3.liguria.it. Cfr. "Procedura aperta pubblico incanto fornitura di ossigeno liquido, strumentazioni, materiale di consumo a domicilio del paziente comprensiva di servizio di assistenza globale per l'insufficienza respiratoria globale ASL2 Imperiese (www.webappaltiliguria.it/).

comunitaria è perfettamente tradotto con l'aggettivo "identici" (significante) della nostra legge nazionale, lo Stato italiano ha adempiuto al dovere di corretta ratifica, altrimenti è inadempiente al suo obbligo di corretto recepimento. Occorre perciò esaminare con più attenzione l'interpretazione di questo requisito da parte delle amministrazioni e della giurisprudenza. È, infatti, compito delle stazioni appaltanti, e dei giudici nazionali, interpretare, ove possibile, una norma di trasposizione nazionale di una direttiva comunitaria in modo conforme a quest'ultima.

Sappiamo che la direttiva mira a creare un mercato interno nel quale è assicurata una concorrenza non distorta, una libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali; è essenziale evitare intralci che possano frapporsi alla realizzazione di questi obiettivi⁸⁶. Tale necessità è talmente primaria da richiedere un intervento di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri attraverso una procedura particolarmente complessa (art. 47 e 251 Trattato CE).

Può ragionevolmente argomentarsi, quindi, che l'interpretazione dell'aggettivo "identico" dell'art. 13 dovrebbe riferirsi al fatturato dei "servizi cui si riferisce l'appalto" (dir. 92/50/CEE) ed essere insensibile a distinzioni meramente strumentali, come fatturati realizzati per servizi analoghi ma con modalità di erogazione distinte, diversi canali distributivi e così via. Ciò è tanto più vero allorché si consideri che, come detto, tale requisito tende a dimostrare la capacità economica finanziaria ai fini della partecipazione alla gara, mentre la capacità tecnica è analizzata attraverso altri requisiti di cui all'art. 14 del decreto legislativo n. 157/1995. Si tratta, in sostanza, di valutare, in questa fase della procedura di selezione, unicamente la solidità economica del potenziale concorrente. L'operare delle amministrazioni sopra menzionate dovrebbe perciò essere ritenuto non legittimo.

La giurisprudenza maturata sul punto sembra, però, anch'essa incerta. Se quella di massimo grado afferma che "le amministrazioni possono richiedere alle imprese requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché, tuttavia, tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla procedura e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto"⁸⁷, la giurisprudenza di primo grado ritiene che l'articolo 13 della legge sugli appalti dia alla stazione appaltante la facoltà, "stante l'importanza che il capitale sociale riveste sul piano strettamente patrimoniale", di sceglierlo "come parametro per la dimostrazione della solidità economico finanziaria del soggetto con il quale intende assumere l'impegno contrattuale"⁸⁸ e di ritenere, quindi, legittimo il bando di gara pubblico che preveda "l'obbligo di dimostrare la conclusione, nell'ultimo triennio, di un identico contratto dello stesso valore con la PA"⁸⁹, con ciò bloccando sul nascere qualsiasi speranza di un *newcomer* di insidiare il *leader* di mercato.

Una corretta interpretazione del concetto di "servizio oggetto di appalto" dovrebbe invece in primis evitare, senza dubbio, limitazioni indebite all'accesso, e solo secondariamente considerare le peculiari giustificazioni e deroghe del singolo caso,

⁸⁶ Cfr. Considerando 1 e 4, direttiva 92/50/CE.

⁸⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 9305/03, del 31.12.2003; sez. VI, n. 2320/02, del 30.04.2002, n. 2973/01, del 1.06.2001, e n. 2682/00 del 9.5.2000.

⁸⁸ Cfr. TAR Emilia-Romagna, sez. I, 816/2003.

⁸⁹ TAR Friuli-Venezia Giulia, 69/2003.

che debbono essere interpretate nel modo più restrittivo possibile, con il solo limite della ragionevolezza.

È molto importante notare come la nuova direttiva 2004/18/CE, in corso di recepimento, stabilisca in merito alla capacità economica e finanziaria che:

“In linea di massima, la capacità economica e finanziaria dell’operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze:

a) [...]

b) [...]

c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell’appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all’avvio delle attività dell’operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili” (articolo 47, paragrafo 1).

Inoltre, il successivo paragrafo 2 inserisce una nuova possibilità per le imprese:

“Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell’impegno a tal fine di questi soggetti.”

La nuova direttiva rende, dunque, ancora più ampia e flessibile la possibilità di dimostrare la capacità economica e finanziaria, evidenziando lo scopo della normativa comunitaria di settore, perseguito senza soluzione di continuità⁹⁰.

Al paragrafo 1 la nuova direttiva menziona il “settore di attività” come riferimento eventuale (“se del caso”) per il calcolo del fatturato. Per “settore di attività” si deve intendere certamente una serie di servizi più ampia rispetto alla categoria “servizi identici”, acriticamente intesa.

Al paragrafo 2 la stessa direttiva supera il limite, già ampio, posto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, rendendo irrilevante la natura giuridica del legame tra il soggetto che dispone della capacità necessaria (garante) ed il potenziale concorrente alla gara (garantito).

In precedenza, infatti, la Corte aveva stabilito che le stazioni appaltanti, ai fini dell’esame della domanda di abilitazione, dovessero considerare le garanzie fornite alla società in gara da altra società del suo gruppo, a patto che la prima desse prova di poter disporre effettivamente dei mezzi necessari⁹¹.

L’ampiezza e flessibilità della facoltà di prova dei requisiti economici e finanziari, come ridisegnata dalla nuova direttiva appalti, con il cd. “avvalimento”, dimostrano chiaramente come siano prioritari l’accesso al mercato e la concorrenza rispetto ad altri interessi potenzialmente confliggenti.

⁹⁰ Cfr. Silberg S., *The new European Directive on Public Procurement Law*, in “Eu.L.F.”, 5, 2004, 304-308; Williams R., *The new Procurement Directives of the European Union*, in “P.P.L.R.”, 4, 2004, 153-159; Pourbaix N., *The new Public Procurement Directives of the European Union*, in “Bus.L.R.”, 25 (11), 2004, 282-285; Arrowsmith S., *An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement*, in “CMLR”, 41, 1277-1325, 2004.

⁹¹ Cfr. Corte di Giustizia CE, *Ballast Nedam Groep vs. Belgische Staat*, causa C-389/92, sentenza del 14/04/1994, in Racc. 1994, p. I – 1289; cfr. soprattutto *Ballast Nedam Groep vs. Belgische Staat*, causa C-5/97, sentenza del 18/12/1997, in Racc. 1997, p. I – 7549, e *Holst Italia*, causa C-176/98, sentenza del 02/12/1999, in Racc. 1999, p. I – 8607. Cfr. anche, in senso conforme ed in una fattispecie che considera in particolar modo la congruità di alcuni rapporti giuridici nel provare l’effettiva disponibilità di capacità all’interno di un gruppo, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 5039/2003.

Sul punto però si sono già sollevate le “resistenze” di commentatori che ritengono che questa norma “sembra autorizzare, *pleno jure*, il ricorso all'avvalimento di un terzo del tutto estraneo, e ciò fa sottolineando la assoluta indifferenza tra i due soggetti”. In questa norma si cela, a loro dire, “il pericolo che un solo soggetto possa finanziare più imprese, trasformando l'istituto in un *avvalificio*”⁹², senza tenere in conto che tale realtà si chiama, più semplicemente, “credito a progetto”.

In realtà, è obbligo delle stazioni appaltanti e dei giudici interpretare la legge sugli appalti alla luce dei principi della direttiva comunitaria. Entrambe, infatti, sono istituzioni che hanno il dovere di adottare “tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal [...] trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità”⁹³.

In particolare, i giudici sono considerati come “organi nazionali”, ciascuno secondo la sua competenza, ex art. 249 TCE, ed hanno il dovere di assicurare che gli scopi delle direttive comunitarie siano realizzati. Essi hanno l'obbligo esplicito di interpretare, dove possibile, la legge nazionale in modo conforme alle direttive comunitarie, indipendentemente dagli effetti diretti di queste ultime ed anche con operazioni ermeneutiche ampie e articolate⁹⁴.

“Ciò vale a maggior ragione quando la controversia sottoposta al giudice nazionale verte sull'applicazione di norme interne che, come nel caso di specie, sono state introdotte proprio al fine di recepire una direttiva volta a conferire diritti ai singoli. Questo giudice, visto l'art. 249, terzo comma, del Trattato CE, deve presumere che lo Stato, essendosi avvalso del margine di discrezionalità di cui gode in virtù di tale norma, abbia avuto l'intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata”⁹⁵.

“Così, nell'applicare il diritto interno, in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce del testo e

⁹² Cfr. Zucchelli C., *Avvalimento dei requisiti di altre imprese*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹³ Cfr. art. 10 Trattato CE. Cfr. Corte di Giustizia CE, *Von Colson e Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen*, causa C-14/83, in Racc. 1984, n. 1891; *Kraaijeveld et al.*, causa C-72/95, in Racc. 1995, I - 5403, par. 55; e causa C-106/89, *Marleasing*, in Racc. 1989, I - 4135, par. 8; cfr. anche *Inter-Environnement Wallonie*, in Racc. pag. I - 7411, par. 40, che recita testualmente: “Si deve innanzitutto ricordare che l'obbligo di uno Stato membro di adottare tutti i provvedimenti necessari per raggiungere il risultato prescritto da una direttiva è un obbligo cogente, prescritto dall'art. 189 (ora 249), terzo comma, del Trattato e dalla direttiva stessa. Tale obbligo di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari vale per *tutti gli organi degli Stati membri*, ivi compresi, nell'ambito delle loro competenze, quelli giurisdizionali” (corsivo aggiunto).

⁹⁴ Per giurisprudenza costante, cfr. Corte di Giustizia CE, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer et al. vs. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, in Racc. 2004, (sentenza del 5.10.2004) par. 110; causa C-129/96, 25 febbraio 1999; *Carbonari et al.*, causa C-131/97, Racc. pag. I - 1103, par. 48; *Wagner Miret vs. Fondo de garantía Salarial*, causa C-334/92, in Racc. 1993, I - 6911, par. 20; *Faccini Dori v Recreb*, causa C-91/92, in Racc. 1994, I - 3325, par. 26. Cfr. anche Corte di Giustizia CE, *Lister v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd.*, in Racc. 1990, I - 546; cfr. anche *Faccini Dori vs. Recreb*, cit.; cfr. anche *Mau*, causa C-160/01, in Racc. 2003, I - 4791, par. 34.

⁹⁵ Cfr. Sentenza *Pfeiffer*, cit., par. 112.; cfr. anche *Wagner Miret*, causa C-334/92, cit., par. 20.

dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da questa ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, Trattato CE⁹⁶.

Nel caso di specie, entrambe le direttive sugli appalti sono chiare, precise e concordanti nella ponderazione degli interessi da considerare e nel loro contenuto prescrittivo, che intende soddisfare i primari interessi della Comunità e che impone agli Stati un'obbligazione di risultato assolutamente incondizionata. Entrambe possiedono efficacia diretta per quanto attiene il criterio valutativo dei requisiti di capacità economico-finanziaria, che non può essere disattesa.

Anche se l'art. 31 della direttiva 92/50/CEE lasciava un certo margine di discrezionalità per le sue modalità attuative, queste non incidono sul carattere imperativo e inderogabile della normativa. Discende che l'aggettivo "identici", di cui alla legge sugli appalti, dovrebbe essere interpretato nel senso di ricomprendere tra i servizi da considerare, ai fini del calcolo del fatturato, tutti i "settori di attività" di riferimento, evitando segmentazioni apodittiche che, pur nel rispetto formale della legge, hanno come unico effetto quello di elevare barriere artificiose alla concorrenza e disattendere la lettera e lo spirito della legge comunitaria cui intendono dare attuazione.

Alle considerazioni finora svolte potrebbe muoversi un appunto, visto che le imprese interessate hanno la possibilità di far valere i propri diritti di derivazione comunitaria direttamente in giudizio. Si potrebbe sostenere, quindi, che l'ordinamento predispone di un efficace rimedio alla non attuazione di principi comunitari⁹⁷.

Non v'è chi non veda, però, come l'impugnazione "sistematica" di tutti i bandi di gara, che fissano requisiti di capacità discriminatori da parte di un *newcomer*, rappresenti una scelta sub-ottimale, costosa e inutile, considerato anche un certo ragionare della giurisprudenza sopra evidenziato.

⁹⁶ *Ibidem*, par. 113; cfr. in questo senso, segnatamente, sentenze citate *Von Colson et Kamann*, par. 26, *Marleasing*, par. 8, e *Faccini Dori*, cit. par. 26; cfr. altresì causa C-63/97, *BMW*, in Racc. 1997, I - 905, par. 22; cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in Racc. 1998, I - 4941, par. 30, e *Adidas-Salomon e Adidas Benelux*, causa C-408/01, in Racc. pag. I - 0000, par. 21.

⁹⁷ Cfr. Corte di Giustizia CE, *Van Duyn vs. Home Office*, Causa 41/74, in Racc. 1974, 1337. Vi sono fondamentalmente tre condizioni affinché una impresa possa confidare nella diretta applicabilità di una direttiva. In primo luogo le previsioni relative devono essere sufficientemente precise e senza condizioni, come nel caso di specie. La giurisprudenza è costante sul punto (cfr. Corte di Giustizia, *Johnston vs. Chief Constable of the RUC*, Causa 222/84, in Racc. 1986, 1651, e *Auer vs. Ministero Public*, causa 271/82, in Racc. 1983, 2727. Cfr. anche *Emmott*, causa C-208/90, in Racc. 1991, I - 4269, par. 23). In secondo luogo, deve essere scaduto il termine per il recepimento di essa da parte dello Stato membro senza che questo abbia adempiuto o abbia adempiuto correttamente. Dato che il decreto legislativo del 1995 rappresenta l'attuazione di una direttiva comunitaria, lo Stato italiano non è inadempiente, se la interpretazione della legge sugli appalti la rende conforme agli obiettivi della direttiva sopra spiegati. In caso contrario, ossia in caso di un'interpretazione dell'aggettivo "identici" apodittica e restrittiva del legittimo interesse a partecipare alle gare, lo Stato italiano non ha adempiuto al dovere di recepimento in modo corretto, perché la norma nazionale produce il distorsivo effetto di segmentare eccessivamente i mercati e "bloccare" la possibilità delle imprese di ampliare la loro offerta e la loro competenza (Cfr. Corte di Giustizia, *Emmott*, cit.; cfr. anche *Steenhorst-Neerings v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel*, causa C-338/91, in Racc. 1993, I - 5475, e *Johnson v. Chief Adjudication Officer*, causa C-410/92, in Racc. 1994, I - 5483). In terzo luogo, l'azione deve essere intrapresa contro lo Stato, e le stazioni appaltanti, come ad esempio le Aziende Sanitarie Locali, sono esplicitamente considerate parte di esso (cfr. Corte di Giustizia CE, *Marshall v. Southampton and South Wales Hampshire Area Health Authority*, causa 152/84, in Racc. 1986, 723).

6.2. I raggruppamenti temporanei di impresa: la scorretta interpretazione delle segnalazioni dell'Autorità

L'Autorità ha segnalato come lo strumento dei Raggruppamenti Temporanei d'Impresa (RTI) abbia la sua ragione economica nel consentire a soggetti che operano in "fasi differenziate di una stessa filiera, di poter presentare la propria offerta a gare a cui individualmente non potrebbero partecipare"⁹⁸.

In tal senso, un raggruppamento tra imprese che producono lo stesso bene o servizio può configurare una violazione del diritto della concorrenza allorché i soggetti avrebbero potuto partecipare individualmente. Pertanto, l'Autorità "auspica che la previsione dei RTI sia limitata ai casi in cui essi siano effettivamente necessari per aumentare, e non per ridurre, il numero dei partecipanti alla gara".

La segnalazione ha indotto le aziende che possiedono livelli di fatturato sufficienti a partecipare singolarmente alle gare a non entrare in RTI con aziende più piccole, per il timore di commettere un illecito. Alcune amministrazioni hanno, infatti, interpretato in modo acritico la segnalazione ed hanno escluso dalla gara RTI costituite da imprese che singolarmente avrebbero i requisiti di capacità finanziaria per la partecipazione al bando. Il risultato è stato una consistente limitazione dell'utilizzo dei RTI non giustificato da alcuna valutazione di tipo concorrenziale⁹⁹.

Non esiste, però, alcuna garanzia che la partecipazione in via autonoma di un'impresa con i requisiti previsti sia di per sé sufficiente a raggiungere l'obiettivo di massima partecipazione ed apertura della gara. Il possesso di una generica capacità di assistenza sul territorio, ad esempio, non implica necessariamente anche la capacità di poter riparare un parco di prodotti (ad esempio, sanitari) estremamente variegato e con caratteristiche tecnologiche differenziate. Una generica capacità non assicura neppure la possibilità di garantire una continua presenza *in loco*. In questi casi, un RTI che raggruppi una grande impresa con una piccola impresa locale sarebbe più efficiente e pro-concorrenziale. Consentirebbe, in aggiunta, alla piccola impresa di incrementare il fatturato realizzato e di poter accedere, in un momento successivo, ad altre future gare in modo autonomo. La non corretta interpretazione della segnalazione dell'AGCM rischia non solo di escludere le piccole e medie imprese, ma anche di impedire loro di "crescere", tramite l'associazione in RTI, con chi è già grande, ma sprovvisto di radicamento territoriale o capacità dettagliate.

Invero, la segnalazione sottolinea l'esigenza di evitare la partecipazione in RTI di imprese che ben potrebbero concorrere singolarmente, con l'effetto di divisione dei mercati, coordinamento e limitazione indebita del numero dei partecipanti. La segnalazione non fa invece divieto alle imprese con sufficienti capacità di gareggiare in RTI unitamente a imprese con insufficienti capacità. La sinergia sviluppabile potrebbe, infatti, portare ad un miglioramento di efficienza. Inoltre, si eviterebbe che a partecipare, data la elevata specializzazione di molti settori di appalti, fossero le "solite, grandi imprese". Una corretta, flessibile interpretazione della segnalazione, che non recepisca acriticamente un astratto divieto, consentirebbe anche alle imprese molto specializzate di lanciarsi in mercati nuovi e contigui, evitando di trasformare la loro specializzazione in una gabbia.

⁹⁸ Cfr. AGCM, AS187 cit., p. 101.

⁹⁹ Cfr., ad esempio, Consip S.p.A, *Bando Comunitario indicativo per appalti di servizi*, ex art. 8 comma 1, decreto legislativo n. 157/1995 e s.m.i., Anno 2003.

La segnalazione dell'Autorità non contrasta, quindi, con queste opportunità, ma la sua interpretazione da parte dell'amministrazione e di alcuni giudici ha prodotto effetti indesiderabili sul mercato.

Altro negativo profilo di un'interpretazione acritica e formalistica della segnalazione, è individuabile nei divieti generali di partecipazione in RTI anche alle imprese che singolarmente avrebbero le capacità di partecipazione alla gara, ma solo in astratto. In effetti, la realtà commerciale segnala comunemente che le imprese possono avere ragioni contingenti che impediscono di fare offerte competitive. Ad esempio, grandi imprese possono aver già impegnato una notevole parte della loro capacità produttiva, finanziaria, umana e impiantistica per il corretto adempimento di altre commesse e gare. Obbligare, in astratto, queste imprese ad una scelta draconiana, come partecipare singolarmente o non partecipare, non agevola il confronto competitivo, anzi raggiunge l'effetto opposto di limitare il numero dei partecipanti. In realtà, anche sul punto l'Autorità è stata piuttosto precisa nella comunicazione del 1999 ed ha fatto riferimento alla capacità produttiva "disponibile"¹⁰⁰. L'inciso però è stato in larga misura ignorato.

Similmente, si prenda ad esempio il caso di imprese che avrebbero singolarmente i requisiti di capacità tecniche ed economiche per partecipare ad un bando, ma le cui capacità e risorse sono complementari. La stessa segnalazione fa riferimento al caso di un bando di gara per servizi di tesoreria di pertinenza del comune di Treviso, in cui la Banca Ambroveneto e la Cariplo, pur singolarmente in possesso delle capacità, parteciparono congiuntamente al fine di offrire una maggiore capillarità del servizio¹⁰¹.

La vicenda giudiziale dimostra quanti danni ed inefficienze possono provocare le barriere artificiali, le quali probabilmente derivano più da una indolenza interpretativa e prassi burocratiche, che da un intento fraudolento.

7. La tutela amministrativa e le esigenze di rafforzamento del ruolo dell'Autorità

La difesa e tutela dei propri diritti è costituzionalmente garantita e l'esigenza che essa sia effettiva e pienamente soddisfattiva ha costituito il principale motivo di molte riforme del sistema di tutela amministrativa. È in nome di questo principio che i giudici amministrativi hanno enucleato gli effetti "conformativi" e "ordinatori" propri della decisione di annullamento del provvedimento amministrativo impugnato. È sempre in nome dello stesso principio che si è ritenuto legittimo il giudizio di "ottemperanza", ritenuto ammissibile anche in presenza di atti di esecuzione considerati elusivi del giudicato, ed è in base allo stesso principio che si legittima la "anticipazione" preventiva e interinale degli effetti della tutela attraverso ordinanze a contenuto atipico e innominato¹⁰².

¹⁰⁰ Cfr. AGCM, AS 187 cit..

¹⁰¹ Cfr. TAR Veneto, *Banca Ambrosiano Veneto S.p.A. e Cassa di Risparmio delle Province Lombarde S.p.A. c. Comune di Treviso e Cassamarca S.p.A.*, n. 1097, 16/03/2002.

¹⁰² Cfr. Vaiano D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, pp. 76 ss., 102 ss. e 130 ss.; dello stesso Autore, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in Riv. Dir. Proc. Amm., 3/2004, 693-726. Va segnalato, inoltre, l'intervento della Corte Costituzionale che ha ribadito con chiarezza come il "principio di effettività della tutela giurisdizionale, [...] è [...] connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio" (cfr. Corte Cost., 16 luglio 1996, n. 249, in "Giur. Cost.", 1996, I, 2238; 8 settembre 1995, n.

Ciononostante è stato di recente confermato il principio che un'impresa che voglia impugnare i requisiti soggettivi di un bando di gara (che la escludono a priori) debba necessariamente (e preliminarmente) presentare la domanda di partecipazione alla stessa¹⁰³. Sull'altare della "attualità" dell'interesse a ricorrere si sacrifica così il buon senso, costringendo le imprese a presentare domande di partecipazione a bandi di gara con uno scopo meramente processuale, proprio nei casi in cui non hanno alcuna speranza di essere prese in considerazione. Esempio in questo senso è il TAR Lazio che afferma come "l'omessa presentazione della domanda di ammissione alla procedura di gara non esclude, tuttavia, la sussistenza di un interesse sostanziale e processuale all'impugnativa di quelle prescrizioni contenute nel bando, che in modo non equivoco e tassativo porterebbero con ogni certezza all'esclusione di quelle imprese aspiranti all'aggiudicazione che non si trovano nelle condizioni richieste, con conseguente irrilevanza della necessità di una domanda formale di partecipazione che avrebbe comunque esito negativo"¹⁰⁴.

Non va dimenticato che la partecipazione a gare d'appalto è molto costosa per tutte le imprese¹⁰⁵. Il risultato è che un'impresa che si trovi a "combattere" una prassi amministrativa sbagliata sulla determinazione dei criteri d'ammissione alla gara, dovrà presentare costose ed inutili domande di partecipazione alle gare innanzi a tutte le amministrazioni e, parallelamente, altrettanto costosi ricorsi giurisdizionali.

Per inciso, non può non rilevarsi come la stessa giurisprudenza amministrativa abbia un'opinione radicalmente diversa allorché affronti la questione della legittimazione a ricorrere avverso la deliberazione della pubblica amministrazione a procedere alla scelta del contraente, nel caso in cui il metodo utilizzato sia la trattativa privata. In questo caso, infatti, è legittimo il ricorso di "qualsiasi imprenditore operante nel medesimo settore economico produttivo [...] a prescindere dalla preesistenza di una relazione giuridica" sulla quale possa aver inciso l'atto impugnato¹⁰⁶.

La ragione di una così radicale differenza non può convincere e l'unico risultato di tale scelta è frapporre una ulteriore barriera artificiosa alla concorrenza ed alla massima partecipazione alle gare.

Nell'ambito dei poteri conferiti all'AGCM per la promozione della concorrenza, la legge istitutiva attribuisce la facoltà di esprimere parere sui problemi riguardanti la

419, in "Giur. Cost.", 1995, 3147; cfr. anche Corte Cost., 15 settembre 1995, n. 435, in "Giur. Cost.", 3420, e 12 dicembre 1998, n. 406, in "Giur. Cost.", 1999, I, 3479.

¹⁰³ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 1/2003, pp. 1 ss.. Cfr. Martinelli F., *L'Adunanza Plenaria interviene in materia di impugnazione immediata dei bandi di gara*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 547 e ss.

¹⁰⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. III bis, 26 aprile 2000, n. 3412; cfr. anche sentenza della sez. III, 3 aprile 2002, n. 2693.

¹⁰⁵ Si pensi soltanto ai costi di transazione che derivano dalla predisposizione della documentazione necessaria ed al rilascio d'eventuali e onerose fideiussioni e aperture di credito. Questo problema è stata sottolineato anche dal Consiglio di Stato (cfr. sez. V, 26 maggio 1997, n. 554, in "Foro amministrativo", 1997, 1400; cfr. Mari G., *Domanda di partecipazione alla gara come presupposto per l'impugnazione del bando*, in *Giustizia Civile*, 2002, 828 ss.).

¹⁰⁶ Tra le tante, Cons. Stato. Sez. V, 22 marzo 1995, n. 454, in Cons. St., 1995, I, 371 ed in *Gior. Dir. amm.*, n. 11/1995, 1067 ss., con nota di Domenichelli V., *L'affidamento a trattativa privata e la tutela dei terzi*; Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 1996, n. 792, in *Foro amm.*, 1997, 815 e ss., con nota di Tessaro T., *Trattativa privata, gara ufficiosa, e discrezionalità autolimitata: decisione isolata o affermazione di nuovi principi?*; cfr. anche Cass., sez. unite, 18 novembre 1998, n. 11619, in Consiglio di Stato, 1998, II, 576.

concorrenza ed il mercato¹⁰⁷ e l'Autorità non ha mancato di segnalare distorsioni nei mercati degli appalti pubblici. I risultati tuttavia non sono soddisfacenti.

Per quanto è dato conoscere, l'attività consultiva dell'AGCM è copiosa e coinvolge una parte non indifferente delle sue strutture. Tuttavia i pareri forniti alle singole amministrazioni, oltre a non essere vincolanti, non sono pubblici. Inoltre, non viene compiuto un sistematico monitoraggio sull'accoglimento da parte delle amministrazioni dei suggerimenti dell'Autorità.

Anche *de iure condito* sono ipotizzabili iniziative per rendere più efficace l'attività consultiva dell'Autorità garante rispetto allo scopo di promuovere la concorrenza.

Se i pareri forniti alle singole amministrazioni pubbliche fossero pubblicati, sia quelli richiesti che quelli deliberati di propria iniziativa, potrebbe prendere forma una sorta di "codice di condotta concorrenziale" al quale ispirarsi. Tale prassi diffonderebbe, in primo luogo, una maggiore conoscenza delle *best practices* dal punto di vista della concorrenza tra le pubbliche amministrazioni e tra i giudici. In secondo luogo, vi sarebbe una diminuzione della richiesta di pareri su questioni di facile soluzione o già affrontate, liberando risorse dell'AGCM per altre esigenze. In terzo luogo, si darebbe sostegno a motivi "concorrenziali" di impugnazione dei bandi da parte delle imprese, lese nei loro interessi da procedure viziate da artificiose barriere, e i giudici amministrativi avrebbero occasione di pronunciarsi su tali argomentazioni. In questo senso, la diffusione "orizzontale e decentrata" della "cultura concorrenziale" avrebbe anche effetti nel breve periodo. Infine, si darebbe ai funzionari pubblici l'opportunità di distaccarsi da prassi e procedure che elevano artificiose barriere, dato che il timore di "sbagliare" sarebbe minore.

In conclusione, vi è una forte esigenza di contrastare la diffusione e di eliminare gli effetti distorsivi delle prassi amministrative e burocratiche ingiustificatamente restrittive della concorrenza. L'operazione non è semplice, perché le prassi nascono da un incedere amministrativo poco permeabile al nuovo, sempre uguale a sé stesso e immobile, frutto più di mancanza di cultura concorrenziale che di intenti fraudolenti. Il settore degli appalti pubblici evidenzia una particolare presenza di queste barriere artificiose, con un dannoso effetto impeditivo dell'accesso delle piccole e medie imprese nel mercato ed una eccessiva segmentazione dei mercati, che "ingessano" l'agire imprenditoriale nei settori di specializzazione.

L'intervento normativo, comunitario e di implementazione nazionale, è sicuramente il primo strumento attraverso il quale si cambia una tale attitudine e si impone all'amministrazione un virtuoso operare volto all'apertura dei mercati. Secondariamente, un ruolo essenziale può essere svolto dall'interpretazione delle singole clausole di un bando operata dalla giurisprudenza di legittimità, allorché venga adita con gli ordinari mezzi di impugnazione. Entrambe, però, difettano di un controllo generale sulle dinamiche di mercato e sugli effetti impeditivi causati dall'interpretazione "legalistica" di alcune amministrazioni.

Da un lato, la legislazione è frutto di una lenta e macchinosa procedura di compromesso e non è idonea a rapide "interpretazioni autentiche" chiarificatrici. In

¹⁰⁷ Cfr. l'art. 22, legge n. 287/1990 che prevede l'espressione di "pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza e il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati". Sull'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante in materia di appalti, cfr. anche Raffaella Marzulli-Giovanni Micarelli, *Appalti pubblici: il quadro normativo e la governance*, 2006.

particolare, il legislatore non può velocemente ed effettivamente controllare il grado di attuazione delle prescrizioni normative.

Dall'altro la giurisprudenza di legittimità, per sua natura, non può andare oltre l'analisi del singolo caso portato alla sua attenzione e può solo, ed eventualmente, raccomandare un'interpretazione, ove confacente alla fattispecie esaminata.

Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è quindi essenziale, in quanto essa assolve per legge, attraverso indagini, segnalazioni e pareri, la funzione di monitoraggio dei comportamenti delle pubbliche amministrazioni al fine di indicare le restrizioni ingiustificate della concorrenza. Questa attività volta a promuovere la concorrenza va opportunamente valorizzata e rafforzata. cacia degli strumenti previsti.