

**ESECUZIONE DI APPALTI E CONCESSIONI E
DIRITTO DELLA CONCORRENZA.
PROSPETTIVA EUROPEA E NAZIONALE**

Riassunto

Il titolo dello studio sintetizza i temi di analisi affrontati e l'angolo visuale prescelto, quello della concorrenza. Si tratta del diritto dell'esecuzione di appalti e di concessioni e del diritto classico della concorrenza, che vengono esaminati in "prospettiva" ovvero in vista di un loro legame.

Lo studio si divide in tre parti.

Il primo capitolo esamina alcuni dei principi che regolano la fase esecutiva del rapporto di concessione e di appalto, che sono tratti dalla disciplina *per l'aggiudicazione* di appalti e concessione e sono, dunque, più in generale, *principi della disciplina eurounitaria di appalti e concessioni*. Sono così analizzati i principi di trasparenza, concorrenza, proporzionalità e buona fede. Il principio di trasparenza, quale principio che discende oramai direttamente dagli artt. 49 e 56 del TFUE, viene inteso, tanto nella sua funzione *pro concorrenziale*, di trasparenza-parità di trattamento, non discriminazione, che in quella di *accountability*. La trasparenza-concorrenza in fase esecutiva assicura che i principi di parità di trattamento e non discriminazione non siano violati *ex post* attraverso, per esempio, modifiche sostanziali al contratto che, se fossero state oggetto di gara, avrebbero permesso ad altri concorrenti di aggiudicarsi il contratto. La trasparenza-*accountability* è a garanzia di un corretto svolgimento del rapporto in linea con quanto pattuito dalle parti e di una maggiore responsabilizzazione delle stesse per il raggiungimento degli obiettivi contrattuali.

La concorrenza, per la prima volta contemplata espressamente nella norma sui principi (cfr. art. 18, dir. 2014/24/E), assurge un rilievo istituzionale; il richiamo espresso permette il collegamento tra la materia degli appalti e quella della concorrenza di cui al TFUE ed impone, nell'interpretazione delle diverse norme in cui si esplica, una coerenza sistematica ed una continua attenzione al mercato.

Infatti, il principio governa il *mercato interno* ed ha un fondamento economico che permette di riconoscergli una valenza univoca e autonoma

rispetto alla parità di trattamento, *ed è diretto a* vari destinatari: tutti quelli che operano nel mercato, tanto per finalità pubblicistiche che privatistiche. In tal senso, lo studio del mercato è fondamentale per verificare la violazione dell'obiettivo di tutela della concorrenza.

In fase esecutiva, viene in luce anche il principio di proporzionalità: la *libertà contrattuale* potrebbe essere stata utilizzata in senso sproporzionatamente restrittivo o meglio in modo non equilibrato sotto il profilo della causa, sicché la proporzionalità appare parametro essenziale per il giudice per vagliare l'equilibrio del contratto o delle sue clausole.

Quanto ai principi di diligenza e correttezza-buona fede oggettiva, pur se non esplicitamente contemplati nelle norme, sono implicitamente ricavabili e restano a fondamento della materia contrattualistica.

Il secondo capitolo esamina, più nello specifico, le norme europee e le corrispondenti norme nazionali, francesi ed italiane, sul subappalto, sulle modifiche contrattuali, sulla durata e sullo scioglimento del vincolo. Dette norme sono il prodotto dei summenzionati principi.

Il regime del subappalto e della durata si inquadrano anche in una politica pro-concorrenziale che permetta l'ingresso di nuovi operatori. A tal fine, la normativa europea del subappalto, quale strumento dell'appaltatore per meglio organizzare l'esecuzione della prestazione, appare flessibile. Altresì, la durata del rapporto è limitata al fine di evitare preclusioni all'accesso al mercato e inefficienze nel protrarsi del rapporto.

Il regime delle modifiche contrattuali, nel contemplare rimedi manutentivi al contratto, riconosce un rilievo alle ragioni economiche della parte, in presenza di alcune sopravvenienze. Tuttavia, da un lato, il principio di trasparenza-parità di trattamento, vieta modifiche sostanziali e, ove violato, comporta lo scioglimento del vincolo, dall'altro le modifiche contrattuali non devono tradursi in misure anticoncorrenziali.

Le discipline nazionali, francese ed italiana, sono oramai del tutto convergenti, anche *de facto*, come nel caso dello scioglimento del rapporto, che indipendentemente dal tipo di rimedi individuati, presuppone i medesimi vizi di inefficacia; l'unica eccezione sembra risiedere nella disciplina italiana del subappalto.

Il terzo capitolo si sofferma sull'analisi delle norme a tutela della concorrenza e sulla loro incidenza nel contesto di appalti e concessioni, derivante dall'esame della casistica.

Violazioni dell'art. 101 TFUE sono state, per esempio, riscontrate a fronte di comportamenti tenutisi in più gare ovvero in fase esecutiva, essendo la moltitudine degli indizi spesso necessaria al fine di ricostruire la fattispecie illecita.

Quanto agli abusi di posizione di dominanza, si è visto come questi possano concretizzarsi in imposizione di prezzi iniqui o rifiuti di fornire informazioni da parte del concessionario, ovvero in presenza di diritti di gestione *sine die* la concessione, anche attraverso l'espedito di proroghe.

Il divieto di aiuti di Stato, dal canto suo, potrebbe venire in rilievo a fronte di un "corrispettivo" del contratto che, sotto un profilo economico, sia eccessivo. Ciò, sia quando, al momento della stipula del contratto, non risulta giustificabile sulla base delle altre offerte presentate, pur rispondenti ai bisogni dell'amministrazione, sia quando, in fase di esecuzione, si riconoscono misure pubbliche a copertura di rischi che da contratto sono in capo al concessionario.

In tal senso, si è cercato di mettere in luce come uno studio sull'esecuzione del contratto di appalto e concessione, ovvero sulle sue fonti esterne, la cui disciplina è orientata altresì a tutelare la concorrenza nel mercato libero, comporta l'esame anche dei divieti di cui al Trattato.

Le due materie, appalti e concessioni in senso ampio e concorrenza, appaiono così destinate a convivere ed interagire nella regolazione del mercato.