

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO E IMPRESA

XXX CICLO

Coordinatore Prof. Giuseppe Melis

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

DOTTORANDA
Dott.ssa
Sofia Gentiloni Silveri

TUTOR
Prof.
Marcello Clarich

A nonno

*Non camminare davanti a me,
potrei non seguirti.
Non camminare dietro di me,
potrei non esserti guida.
Cammina accanto a me,
ed insieme troveremo la via.
[A. Camus]*

Je remercie tous ceux qui ont contribué à cette étude, consciemment ou sans le savoir.

Ringrazio in particolare la mia mamma.

Merci à Paris où a été écrit ce travail et qui a été le lieu de discussions inspirantes.

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
-------------------	---

CAPITOLO I

Principi generali dell'esecuzione del contratto di appalto e di concessione

1. Principi della disciplina eurolunitaria di appalti e concessioni. Premessa.....	7
2. I binomi trasparenza-concorrenza e trasparenza-accountability.....	11
3. La concorrenza: ambito di applicazione del principio.....	17
3.1 Principio di concorrenza e amministrazioni aggiudicatrici.....	20
3.2 Verso una concezione coerente del principio: efficienza economica e interpretazione oggettiva.....	22
4. Il test di proporzionalità sulle clausole contrattuali.....	28
5. Diligenza e buona fede oggettiva.....	32

Capitolo II

L'esecuzione di appalti e concessioni nel diritto europeo derivato e nazionale

1. La disciplina del vincolo contrattuale. Il "governo del contratto".....	36
2. Subappalto.....	39
2.1 Disciplina europea del subappalto. Un regime giuridico flessibile.....	39
2.2 La sous-traitance nelle ordonnance 2015 e 2016.....	44
2.3 Il regime "paradossale" del subappalto nel d.lgs. 50/2016.....	48
3. Ius variandi.....	53
3.1 La disciplina europea della modifica del contratto e sopravvenienze.....	53
3.2 La "mutabilité" dei contrats administratifs.....	57
3.3 Modifiche e varianti al contratto nel d.lgs. 50/2016.....	62
4. Durata.....	64
4.1 Tempo e contratto: la durata del rapporto contrattuale nel diritto UE.....	64
4.2 Appalti e concessioni di durata nel diritto francese.....	69

4.3	La durata “limitata” delle concessioni nell’ordinamento italiano	73
5.	Scioglimento anticipato del vincolo contrattuale.....	76
5.1	Normativa europea. Nozioni e vizi originari e sopravvenuti	76
5.2	La disciplina francese. Cenni sul potere di <i>résiliation</i>	81
5.2.1	La <i>résiliation</i> nelle ordonnances n. 2015-899 e n. 2016-65	86
5.2.2	L’accord autonome o la clausola divisibile sull’indennizzo in caso di <i>résiliation</i>	88
5.3	Recesso, risoluzione e cessazione del contratto nel d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017 (I correttivo)	89
5.3.1	Premessa. L’autotutela incidente su rapporti negoziali.....	89
5.3.2	Recesso dall’appalto nel d.lgs. 50/2016 (art. 109).....	93
5.3.3	Cessazione, risoluzione e revoca della concessione nel d.lgs. 50/2016 (artt. 176, 165)	96
6.	Esecuzione del contratto: verso un ravvicinamento dei diritti nazionali?.....	98

CAPITOLO III

Regole a tutela della concorrenza e appalti e concessioni

1.	Esecuzione del contratto e “diritto pubblico della concorrenza”	102
2.	Divieto di intese restrittive	105
2.1	Bid rigging – coordinamento nella partecipazione alla gara d’appalto ..	110
2.1.1	Il caso italiano delle gare per servizi rifiuti e pulizia	113
2.1.2	Il bid rigging in altri Stati membri	116
2.2	Amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori e intese restrittive della concorrenza.....	120
3.	Divieto di abuso di posizione dominante.....	123
3.1	Le pratiche tariffarie e l’imposizione di prezzi. Il caso francese del mercato del servizio pompe funebri.....	128
3.1.1	La Corte di Giustizia sull’imposizione di prezzi iniqui da parte del concessionario.....	129

3.1.2 L’arret Sté Million et Marais del Conseil d’Etat del 1997 sulle clausole contrattuali	131
3.1.3 L’Autorité de la concurrence sulle condotte del concessionario.....	133
3.2 La mancata comunicazione di informazioni. Il caso italiano del mercato del servizio di distribuzione del gas	134
3.2.1 L’AGCM ed il TAR Lazio sul comportamento reticente del concessionario.....	136
3.3 La clausola di estensione di un accordo quadro. La rimessione alla Corte di Giustizia.....	137
4. Divieto di aiuti di Stato e normativa su appalti e concessioni	141
4.1 La connessione tra la normativa su aiuti di Stato e i servizi di interesse economico generale (SIEG).....	143
4.2 Il “corrispettivo” del contratto di appalto/concessione	147
5. Riflessioni conclusive.....	152
CONCLUSIONI.....	155
BIBLIOGRAFIA.....	158

INTRODUZIONE

Questo studio è ispirato da più ambizioni.

Quanto all'oggetto principale di analisi, si tratta di uno studio che intende porre particolare attenzione alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale di appalto o di concessione con la pubblica amministrazione, spesso tralasciata rispetto alla fase "pre-contrattuale" o meglio di evidenza pubblica. L'occasione scaturisce proprio dalla previsione, nelle direttive 2014 sul *public procurement*, di norme sull'esecuzione. Queste, si pongono quali *fonti esterne* al contratto, che resta fonte primaria del rapporto.

Come studio sull'esecuzione, non pretende di essere onnicomprensivo. La materia dell'esecuzione del contratto è fisiologicamente vasta e può essere analizzata da angoli visuali differenti. Qui è stato scelto quello della concorrenza¹.

Si presenta come studio del diritto europeo, *di riflesso* del diritto nazionale e, al tempo stesso, studio comparatista, "*parent pauvre de la recherche juridique*"², ma certamente necessario.

Nella convinzione che uno studio europeo non possa ignorare le costruzioni normative nazionali che sono molto spesso il punto di partenza del diritto europeo e sempre il suo punto di arrivo, il diritto europeo dei contratti pubblici è stato trattato insieme al diritto

¹ L'esecuzione del contratto potrebbe per esempio essere analizzata sul versante di considerazioni legate a profili sociali o all'occupazione o, ancora, di ordine ambientale etc. Il tema è vasto e richiederebbe ulteriori approfondimenti. In dottrina il rilievo di tale politiche è stato definito anche con il termine "*contract compliance*". Si veda C. BOVIS, *The principles of public procurement regulation*, in *Research handbook on EU Public Procurement Law*, C. Bovis (edited by), Elgar, UK, 2016, p. 53.

² R. NOGUELLOU, U. STELKENS, *Droit comparé des Contrats Publics*, Bruylant, 2010, p. 3. Gli autori richiamano in tal senso la posizione del Melleray (F. MELLERAY, *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007).

nazionale, italiano e francese. In effetti, gli ordinamenti interni, che recepiscono la normativa europea, devono sempre tener presente la *ratio* e gli obiettivi delle disposizioni europee. Si propone, così, di ricercare i principi ispiratori della normativa, ponendo il diritto europeo ed i diritti nazionali in interazione dialettica.

Inoltre, lo studio è svolto in un'ottica di "*prospettiva*" – da qui il suo titolo che subito intende porre il lettore *in medias res* – nell'auspicio di contribuire al processo di individuazione delle *regole iuris* che governano il diritto *euro-nazionale* dei contratti pubblici e, in particolare, della fase di esecuzione del contratto. L'evoluzione del diritto, in effetti, è frutto di meccanismi lenti e profondi, in cui il dialogo, non solo tra le Corti³, svolge un ruolo importante.

In questa visione *prospettica*, si propone di esaminare altresì le regole europee della concorrenza nella loro interazione con il diritto degli appalti e delle concessioni. I due diritti, l'uno di rango primario, l'altro derivato, tradizionalmente distinti, pur se entrambi previsti per il corretto funzionamento del mercato interno, potrebbero essere parimenti rilevanti nella fase di esecuzione del contratto di appalto/concessione, testimoniando una sorta di "riconciliazione" delle materie. Con questa meta, punto di partenza sono quelle tesi dottrinali che, negli ultimi anni, hanno cercato di mettere in luce, in vario modo, "i contatti tra le due materie" e con le quali lo studio vuole porsi in linea di continuità.

Nell'auspicio di aver convinto il lettore della bontà di queste intenzioni, l'analisi, nella sua sinteticità, contempla tematiche nuove e

³ Sul dialogo tra le Corti : O. LEPSIUS, « *Comment interpréter les arrêts des cours européennes ? Faut-il un nouveau dialogue des juges en Europe ?* », Conférence du 24.3.2017, Université Panthéon-Assas.

classiche, di ampio respiro, ed è suddivisa in tre parti: i) principi generali sull'esecuzione degli appalti e delle concessioni.; ii) diritto europeo derivato e nazionale dell'esecuzione degli appalti e delle concessioni; iii) regole a tutela della concorrenza e appalti e concessioni. Tali sezioni riassumono l'*iter* logico seguito; muovendo dai principi e, in particolare, da quello di concorrenza nel mercato, si esaminano le varie norme che a questi si ispirano e che alle parti contrattuali possono applicarsi.

CAPITOLO I

Principi generali dell'esecuzione del contratto di appalto e di concessione

SOMMARIO: 1. Principi della disciplina *eurounitaria* di appalti e concessioni. Premessa; 2. I binomi trasparenza-concorrenza e trasparenza-*accountability*; 3. La concorrenza: ambito di applicazione; 3.1. Principio di concorrenza e amministrazioni aggiudicatrici; 3.2 Verso una concezione coerente del principio: rilevanza economica e interpretazione oggettiva; 4. Il *test* di proporzionalità sulle clausole contrattuali; 5. Diligenza e buona fede oggettiva.

1. Principi della disciplina *eurounitaria* di appalti e concessioni.

Premessa

Lo svolgimento del rapporto contrattuale è di centrale importanza per il raggiungimento dello scopo del contratto, di converso la gara per la selezione del contraente è uno strumento per impostare bene, sin dalla scelta del contraente, l'esecuzione del contratto⁴.

Studiare l'esecuzione del rapporto contrattuale richiede, a monte, di individuare quali principi governino tale fase.

Nella consapevolezza che le regole dell'evidenza pubblica rappresentano un mezzo per la conclusione del contratto, appare

⁴ L'importanza di studi sull'esecuzione del rapporto contrattuale di appalto e concessione è sottolineata oramai da gran parte della dottrina di alcuni Stati membri, come l'Italia. Si veda, per esempio, RACCA G., CAVALLO PERIN R., ALBANO G.L., *Competition in the execution phase of public procurement in Public Contract Law Journal*, vol. 41 n. 1, 2011. In altri Stati membri, come la Francia, tali studi sono più comuni, rientrando nei manuali sulla disciplina dei "*contrats administratifs*", quale peculiare categoria di contratti che include gli appalti e le concessioni (*marchés publics et concessions*). Essendo, a livello europeo, nuova la disciplina sull'esecuzione del rapporto nelle Direttive appalti e concessioni, non sembrano essere presenti ancora studi sulla materia, che di per sé è molto vasta. Tale analisi non pretende pertanto di essere esaustiva.

conseguenziale credere che i principi che governano tale fase possano avere un'incidenza anche nella fase esecutiva e che ispirino di fondo le nuove norme europee relative all'esecuzione del rapporto. In tal senso, le norme sui «*principi per l'aggiudicazione*», come l'art. 18 della direttiva appalti, 2014/24/UE, sono oggetto di un'interpretazione estensiva, prevedendo, più in generale, i *principi relativi ai contratti di appalto e concessione*⁵.

Le Direttive 2014, contemplano i principi classicamente invocati per l'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni, al fine di assicurare le libertà fondamentali dell'Unione, quali la parità di trattamento degli offerenti o candidati, la trasparenza, nonché la proporzionalità, ma inseriscono anche il principio di concorrenza⁶.

L'art. 18 della direttiva appalti, infatti, dispone: «1. *Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata*». Inoltre, la norma prevede un secondo periodo in cui si afferma: «*La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la*

⁵ In dottrina, soffermandosi sul soggetto contrattante pubblico, si è affermato che i «*principi della regolazione del mercato dei contratti pubblici*» sono essenzialmente «*principi di garanzia*»: garanzia della conformità dell'azione amministrativa mediante contratti di diritto privato al vincolo del fine; garanzia della correttezza formale e delle convenienza economica nella gestione delle risorse pubbliche; garanzia della diligenza, lealtà dei funzionari che agiscono in nome e per conto dell'amministrazione; garanzia della pari condizione degli operatori economici. Cfr. A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2015, pp. 449-450.

⁶ In dottrina si veda: K. WAUTERS, *A new generation of public procurement directives in EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?*, K. WAUTERS, Y. MARIQUE, Larcier, 2016.

concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici»⁷.

La disciplina attuale europea dell'esecuzione del contratto su modifiche contrattuali, subappalto, durata, scioglimento del rapporto, mostra come tali principi governano tutto il ciclo di vita contrattuale; così, se da un lato, la disciplina europea risponde all'idea che nella fase esecutiva i contratti devono circolare nel mercato, essere modificati, per ragioni anche estranee ai bisogni di stringente interesse pubblico, ma che sono *lato sensu* di natura più economica, dall'altro, pone vincoli a tale libertà proprio nel rispetto dei principi di evidenza pubblica, limitando, ad esempio, la libertà di (ri)negoziare il contenuto contrattuale.

Ci si sofferma in primo luogo sul principio di trasparenza, qui intesa tanto in funzione di *parità di trattamento/non discriminazione*, quanto di *controllo*. Alla prima funzione sembrano essere ispirate le norme sulle modifiche al contratto; alla seconda, la disciplina del subappalto.

Nella considerazione che le norme sul subappalto e sulla durata del rapporto contrattuale sembrano rispondere altresì ad esigenze di incentivo della concorrenza, attraverso l'entrata di nuovi soggetti, si

⁷La norma si ritrova anche nelle altre direttive 2014/23/UE, sulle concessioni, e 2014/25/UE, sui settori speciali. In particolare, l'art. 3 della direttiva 2014/23/UE, statuisce: «1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità». Inoltre, si afferma: «La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione, compresa la stima del valore, non è diretta a escludere quest'ultima dall'ambito di applicazione della presente direttiva né a favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o taluni lavori, forniture o servizi» nonché: «2. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori mirano a garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e dell'esecuzione del contratto».

La direttiva esclude dal suo ambito di applicazione l'organizzazione dei servizi di interesse economico generale (art. 4).

passa all'esame del principio di concorrenza, che è oggetto di particolare attenzione in questo studio.

Infatti, proprio il richiamo esplicito al principio di concorrenza da parte delle Direttive 2014, porterebbe a tenere in considerazione anche le regole a tutela della concorrenza di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ovvero i vari tipi di divieti volti a non falsare la concorrenza (cfr. cap. III).

In tale ottica, alla disciplina tendenzialmente positiva a tutela della concorrenza di cui alle Direttive farebbe da contraltare quella negativa, di natura sanzionatoria e *para-penale*⁸ di cui al Trattato.

Il principio di concorrenza viene esaminato nella sua più ampia portata; non si limita alla concorrenza vista come trasparenza/parità di trattamento, ma assume un ruolo istituzionale di principio regolatore del mercato, quale principio giuridico-economico⁹.

Da questa premessa, il rilievo primario, in pendenza della fase esecutiva, del divieto di falsare la concorrenza, discenderebbe dalla constatazione che gli illeciti *antitrust* nel contesto degli appalti, si compongono di una serie di comportamenti, che solo in quanto connessi tra di loro nel corso di un arco temporale lungo, disvelano la loro portata anticoncorrenziale.

⁸ L'aggettivo *para-penale* è utilizzato al fine di mettere in luce la natura delle sanzioni amministrative per illeciti *antitrust*. Si veda CEDU, sentenza del 27 settembre 2011, n. 43509/08, *Menarini Diagnostics*.

⁹ Sul rilievo economico del principio di concorrenza si segnalano gli ultimi orientamenti della Corte di Giustizia: CGUE (Grande sezione) del 6 settembre 2017, causa C-413/14P, *Intel Corporation Inc*. Si vedano anche le conclusioni dell'avv. generale *Nils Wahs*, del 20 ottobre 2016, Causa C-413/14 P, che nell'effettuare un parallelismo tra l'art. 101 TFUE e 102 TFUE, mette in luce come: «*per accertare se un determinato comportamento costituisca una restrizione per oggetto, si deve esaminare anzitutto il contesto giuridico ed economico del comportamento addebitato in modo da escludere ogni altra spiegazione plausibile per tale comportamento. In altri termini, non viene mai trascurato il contesto particolare del comportamento addebitato*» (cfr. punto 82).

Tale approccio potrebbe condurre ad un'evoluzione dell'impostazione classica del diritto dei contratti pubblici, nel senso che, data la rilevanza economica e non solo pubblicistica di tali contratti, si assisterebbe sempre di più all'integrarsi della materia contrattualistica con quella a tutela della concorrenza, con un legame indissociabile – il mercato –, messo in luce anche a livello europeo: «*competition policy and the proper functioning of the internal market are inextricably linked*»¹⁰.

Da ultimo, si richiamano il principio di proporzionalità, che riveste un ruolo centrale soprattutto quale parametro di controllo dell'azione contrattuale e quello di buona fede/correttezza, che pur se non contemplato nelle Direttive UE, può considerarsi immanente alla materia contrattualistica.

2. I binomi trasparenza-concorrenza e trasparenza-accountability

Il principio di trasparenza irriga il diritto europeo, e di riflesso i diritti nazionali, dei contratti pubblici¹¹.

Come noto, tale principio pervade tanto l'azione amministrativa in generale, che l'azione legislativa, permettendo una migliore partecipazione dei cittadini ai processi decisionali e, dunque, si presenta come corollario del principio di democrazia¹².

¹⁰ Si veda la proposta di direttiva COM (2017) 142 che dota le Autorità garanti di maggior poteri a tutela delle norme sulla concorrenza.

¹¹ In Francia, si veda l'art. 1 sia dell'*Ordonnance 23 juill. 2015* che dell'*Odonnance 29 janv. 2016*, che sottopongono l'appalto/il contratto di concessione al principio di trasparenza. In Italia, il principio di trasparenza è contemplato tra i principi di affidamento dei contratti pubblici all'art. 4 e all'art. 30 del d.lgs. 50/2016.

¹² Come afferma il *Caranta* se la trasparenza avvantaggia in termini generali i cittadini, nel contesto degli appalti, a trarne dei vantaggi sarebbero le imprese partecipanti alla gara. Sul tema, tra i vari autori che lo hanno trattato, si rinvia a R. CARANTA, *Transparence et concurrence*, in *Droit comparé des Contrats Publics*, R. NOGUELLOU, U. STELKENS (Sous la direction de), Bruylant, 2010, pp. 145 e ss. Sul tema democrazia e trasparenza, S. CASSESE, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, Sevilla, Global Press, 2012.

Nel contesto dei contratti pubblici, l'obbligo di trasparenza che incombe sull'amministrazione aggiudicatrice nasce essenzialmente con lo scopo di eliminare il rischio di favoritismo e di arbitrio della stazione appaltante nella fase di affidamento dei contratti¹³.

Il principio è da sempre correlato a quello di non discriminazione ovvero di parità trattamento¹⁴. Come affermato dalla Corte di Giustizia, nel caso *Telaustria*, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, implica «un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato¹⁵». La Corte effettua dunque un legame tra trasparenza e non discriminazione e rileva come la prima sia il completamento utile della seconda, permettendo di verificare che la parità di trattamento sia stata rispettata.

Successivamente, la Corte sembra ritenere quel legame non più necessario, quale fonte dell'obbligo di trasparenza. Nella sentenza *Coname*, il principio di trasparenza viene fatto discendere direttamente dalle libertà fondamentali ovvero dal Trattato. Invero, la Corte afferma che «gli artt. 43 CE e 49 CE ostano all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas (...), qualora

¹³ Tra le tante, si veda CGUE, sentenza 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, Racc. pag. I 3801, punto 111; *Cartiera dell'Adda*, EU:C:2014:2345, punto 44.

¹⁴ Stricto sensu, «il principio generale della parità di trattamento, in quanto principio generale del diritto dell'Unione, impone che le situazioni paragonabili non siano trattate in maniera differente e che situazioni differenti non siano trattate in maniera identica, a meno che tale trattamento non sia oggettivamente giustificato (v. sentenza del 16 dicembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e a.*, C-127/07, EU:C:2008:728, punto 23 nonché la giurisprudenza ivi citata). Il carattere paragonabile delle situazioni deve, in particolare, essere stabilito e valutato alla luce dell'oggetto e della finalità dell'atto che istituisce la distinzione in parola. Devono inoltre essere presi in considerazione i principi e gli obiettivi del settore in cui tale atto ricade». Cfr. CGUE SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione) 26 luglio 2017, C-112/16 *Persidera SpA*, par. 46.

¹⁵ CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione), 7 dicembre 2000 CAUSA C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*, punti 60-62.

tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione»¹⁶. L'obbligo di trasparenza deriva così dal diritto dell'Unione ed in particolare dagli artt. 49 (sulla libertà di stabilimento) e 56 (sulla libera prestazione di servizi) TFUE. Tali disposizioni hanno effetto diretto nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri e prevalgono su qualsiasi disposizione del diritto nazionale, eventualmente non coerente¹⁷.

La tutela del principio, nelle sue varie declinazioni *rectius* come obbligo di comunicazione/ pubblicità ovvero come diritto di accesso alle informazioni, si esplica prevalentemente nelle varie sotto-fasi della procedura di gara¹⁸. Ciò al fine ultimo di alimentare la

¹⁶ Cfr. CGUE SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione) 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, punto 28. Tale impostazione risulta confermata successivamente.

¹⁷ Cfr. CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione), 13 aprile 2010, C-91/08, *Wall AG*, punto 68.

¹⁸ Si afferma infatti: «il rispetto del principio della parità di trattamento, nonché del principio di trasparenza che quest'ultimo implica, i quali s'impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un siffatto appalto (...). Detti principi che implicano, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenze 18 ottobre 2001, causa C 19/00, *SIAC Construction*, Racc. pag. I 7725, punto 34, e 4 dicembre 2003, causa C 448/01, *EVN e Wienstrom*, Racc. pag. I 14527, punto 47) costituiscono, infatti, la base delle direttive relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici (v., in particolare, sentenze *Universale-Bau e a.*, cit., punto 91, e 19 giugno 2003, causa C 315/01, *GAT*, Racc. pag. I 6351, punto 73), e l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di assicurarne il rispetto corrisponde all'essenza stessa di tali direttive (v., in tal senso, sentenze 17 settembre 2002, causa C 513/99, *Concordia Bus Finland*, Racc. pag. I

concorrenza in modo sano ed efficace¹⁹. La trasparenza è infatti posta come condizione per un mercato concorrenziale ed uno dei suoi effetti, è stato osservato, è la “*price competitiveness*”²⁰. Da qui, viene in luce il binomio *trasparenza-concorrenza*²¹.

Come statuito nelle Direttive 2014, in particolare nella Direttiva concessioni, e affermato anche in giurisprudenza, il principio di trasparenza governa anche la fase esecutiva.

L’art. 3, par. 2 della direttiva concessioni 2014/23/UE, dispone infatti che: «*Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori mirano a garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e dell’esecuzione del contratto (...)*».

Pur se un’identica disposizione manca nella direttiva 2014/24/UE, il principio di trasparenza-concorrenza (trasparenza-parità di trattamento), ispira anche le norme relative alla fase di esecuzione degli appalti.

Invero, dalla giurisprudenza della Corte risulta che il principio di parità di trattamento nonché di trasparenza ostano a che, dopo

7213, punto 81, e 3 marzo 2005, cause riunite C 21/03 e C 34/03, *Fabricom*, Racc. pag. I 1559, punto 26)». Cfr., CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione), 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki*, punti 44-45.

¹⁹ Al riguardo, già nella sentenza *Succhi di Frutta*, la Corte affermava: «Il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i competitori». CGUE, sentenza 29 aprile 2004, *Commissione/CAS Succhi di Frutta*, C 496/99 P, punto 110. Si veda anche: CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione), 12 marzo 2015, C-538/13, *eVigilo*, par. 33-34.

²⁰ Così il *Bovis*, che afferma: «if more interested suppliers are aware of a contracting authority’s determination to procure, an element of competition automatically occurs; this sort of competitive pattern would probably be reflected in the prices received by the contracting authority, when it evaluates the offers». C. BOVIS, *The principles of public procurement regulation*, in *Research handbook on EU Public Procurement Law*, C. Bovis (edited by), Elgar, UK, 2016, p. 35.

²¹ R. CARANTA *Trasparenza et concurrence*, in *Droit comparé des Contrats Publics*, cit., p. 153.

l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino a tale appalto modifiche tali da comportare che lo stesso presenti caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto all'appalto iniziale²². In tal senso, in presenza di una modifica sostanziale al contratto in corso di esecuzione, da valutarsi in base a criteri oggettivi, il principio di trasparenza-concorrenza imporrebbe l'indizione di una nuova gara²³.

A ben vedere, applicazioni del principio di trasparenza in fase esecutiva, non si ritrovano nel solo contesto delle modifiche al contratto; trattandosi, almeno per le concessioni, di un principio generale che governa l'intero rapporto.

Dal canto suo, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti, pone obblighi di pubblicità sulla conclusione del contratto²⁴; nonché prevede che le amministrazioni aggiudicatrici *«dovrebbero quindi conservare le copie dei contratti conclusi di valore elevato onde garantire alle parti interessate l'accesso a tali documenti, conformemente alle norme applicabili in materia di accesso alla documentazione»*²⁵. Altresì, si afferma che è *«necessario garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si sta lavorando per loro conto o su quali imprese forniscono servizi all'interno e presso edifici, infrastrutture (...), dei quali le*

²² Si veda CGUE, sentenza del 19 giugno 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, punti da 34 a 37.

²³ Si rimanda al cap. II, par. 3, sulle modifiche in corso di esecuzione.

²⁴ Si vedano artt. 50 e ss., dir. 2014/24/UE.

²⁵ Cfr. considerando 126, dir. 2014/24/UE, che sottolinea l'importanza della tracciabilità e trasparenza dei processi decisionali.

amministrazioni aggiudicatrici sono responsabili o su cui hanno un controllo»²⁶.

Orbene, così tratteggiato, il principio di trasparenza, sempre nelle sue declinazioni di trasparenza-pubblicità e trasparenza-accesso, sembrerebbe assumere in fase esecutiva una funzione anche di *controllo, verifica e responsabilizzazione delle parti*. La trasparenza sarebbe mezzo di *accountability*²⁷, o meglio permetterebbe «*a greater degree of accountability*»²⁸.

Il binomio trasparenza-*accountability* non è d'altronde del tutto nuovo; anche in Paesi non europei, seppur Parti del *WTO agreement on public procurement*²⁹, è stato messo in luce come «*Transparency is necessary to provide “assurance that procurement process undertaken by agencies are appropriate and that policy and legislative obligations are being met”. Transparency involves agencies taking steps to “support appropriate scrutiny of their procurement activity”*»³⁰.

²⁶ Cfr. considerando 105, direttiva 2014/24/UE e considerando 75, direttiva 2014/23/UE.

²⁷ Con il termine *accountability*, difficilmente traducibile in italiano, si vuole alludere tanto ad una “*internal-accountability*”, da parte delle parti contraenti, che ad una “*external-accountability*”, da parte di soggetti terzi, quali gli altri partecipanti alla gara. Il termine *accountability* è qui utilizzato in un’accezione positiva, volta a legittimare l’operato delle parti che fanno ricorso a risorse pubbliche. Sul tema si veda: S. BOYRON e A.C.L. DAVIES, *Accountability and public contracts*, in *Droit comparé des Contrats Publics*, R. NOGUELLOU, U. STELKENS (Sous la direction de), Bruylant, 2010, p. 212.

Sulla funzione di controllo (*external-accountability*) si veda altresì: RACCA G., CAVALLO PERIN R., ALBANO G.L., *Competition in the execution phase of public procurement* in *Public Contract Law Journal*, vol. 41 n. 1, 2011.

²⁸ Si veda: C. BOVIS, *The principles of public procurement regulation*, in *Research handbook on EU Public Procurement Law*, cit. pag. 35 e ss.

²⁹ Ci si riferisce al *Governemnt Procurement Agreement (GPA)*, accordo internazionale sugli appalti pubblici stipulato nel 1994 e che al momento include 19 Parti ovvero 47 Paesi aderenti al WTO (contando l’UE ed i suoi 18 Stati membri). Si veda: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm

³⁰ J. TARRANT, *Australia*, in *Droit comparé des Contrats Publics*, R. NOGUELLOU, U. STELKENS (Sous la direction de), Bruylant, 2010, p. 374.

In tale ottica, si dovrebbe favorire la sussistenza di un obbligo di trasparenza anche sulla controparte dell'amministrazione, attraverso relazioni periodiche, sullo svolgimento del rapporto³¹. Peraltro, tale previsione è conosciuta in alcuni Stati membri come la Francia ove, per i contratti di concessione, è disposto l'obbligo del concessionario di produrre ciascun anno un rapporto che includa i conti relativi alla totalità delle operazioni svolte e un'analisi della qualità delle opere o dei servizi, e che permetta all'amministrazione di valutare le condizioni di esecuzione della missione affidata al contraente³².

In sintesi, l'intero rapporto dovrebbe essere retto in base a criteri di trasparenza, al fine di verificare il rispetto delle condizioni pattuite in fase di gara.

Ciò non toglie che, come previsto dall'art. 3 della direttiva 2014/23/UE, la tutela della trasparenza non potrebbe generalmente comportare, d'altro canto, la violazione della riservatezza, per esempio, di informazioni *concorrenzialmente* sensibili della controparte, come i segreti tecnici e commerciali³³.

3. La concorrenza: ambito di applicazione

L'art. 18 della direttiva 2014/24/UE rubricato "*principi per l'aggiudicazione degli appalti*", oltre a prevedere i principi derivanti dalle libertà fondamentali, come detto, contempla un riferimento

Si veda anche L. PICCI, *Reputation-based governance of public works*, in *The economics of public procurement*, G. PIGA, K. V. THAI (Edited by), Palgrave Macmillan, 2007, p.172.

³¹ Si veda anche considerando 126, Direttiva 2014/24/UE.

³² Si veda l'art. 52, Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

³³ La divulgazione di tali informazioni può ridurre o annullare del tutto il grado di incertezza sul funzionamento del mercato che sarebbe esistito in assenza dello scambio informativo. Qui si entrerebbe nel delicato tema, tanto a livello europeo che nazionale, del bilanciamento degli interessi tra riservatezza e accesso.

anche alla concorrenza. Tale collocazione nell'ambito della norma sui principi, conferisce alla concorrenza un forte valore istituzionale³⁴.

A ben vedere, ancor prima della sua previsione espressa nelle direttive 2014, *la concorrenza* già regolava, pur se indirettamente, le gare pubbliche³⁵. L'apertura alla concorrenza è infatti obiettivo delle precedenti direttive³⁶. Come affermato in giurisprudenza, le direttive mirano «a garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici»³⁷. A tal fine, «il diritto dell'Unione applica in particolare il principio di parità di trattamento degli offerenti o candidati e l'obbligo di trasparenza che ne discende»³⁸. In tal senso, il principio di concorrenza si fa tradizionalmente discendere dalle libertà fondamentali, di circolazione

³⁴ In tal senso, si veda anche il Graells che afferma: «*The principle of competition will be understood and referred to as "translation" or "materialisation" of the competition goals*». SANCHEZ-GRAELLS A., *Public procurement and the EU competition rules*, Hart Publishing, 2 ed., 2015, p. 1999.

³⁵ La normativa europea concepisce originariamente le gare non solo come mezzo volto ad evitare cd. "distorsioni amministrative", ma anche per promuovere ed innescare rapporti di mercato efficienti. Sul tema: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 12.

³⁶ Al considerando (2) della dir. 17/2004 si afferma: «per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza»; nonché al considerando (36) è disposto: «Lo sviluppo di una effettiva concorrenza nel settore degli appalti pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei bandi di gara redatti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri».

Parallelamente l'obiettivo di apertura della concorrenza riguarda anche i settori speciali (considerando (9) dir. 17/2004); nonché l'art. 30, dir. 17/2004 prevede che sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva quegli appalti che hanno per oggetto un'attività già direttamente esposta alla concorrenza.

³⁷ v. CGUE, sentenze 7 ottobre 2004, causa C-247/02, p. 36; 16 settembre 1999, causa C-27/98, Fracasso e Leitschultz, Racc. pag. I-5697, punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Racc. pag. I-9233, punto 34, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punto 89

³⁸ CGUE, sentenza della Corte (Quarta Sezione), 29 marzo 2012, causa C-599/10, *SAG ELV Slovensko e altri*, punto 25; sentenza del 19 giugno 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C 454/06, Racc. pag. I 4401, punti 31 e 32 nonché giurisprudenza citata.

delle merci e di stabilimento, nonché di prestazione di servizi ed è spesso riassunto nel binomio trasparenza-parità di trattamento di cui al precedente paragrafo³⁹.

Il principio di concorrenza ha però una portata ampia, va oltre la parità di trattamento/trasparenza e caratterizza il mercato interno, al fine di renderlo efficiente (art. 3, par. 3, TUE⁴⁰). La concorrenza è mezzo per il buon funzionamento del mercato ed è destinata ai vari soggetti che vi operano, sul lato della domanda e dell'offerta. Invero, *«[i]n primo luogo, il principio della concorrenza ha per oggetto i rapporti tra imprese, vale a dire tra concorrenti o offerenti. Tra tali soggetti deve sussistere una concorrenza parallela in relazione alla richiesta di acquisto. In secondo luogo, il principio della concorrenza riguarda la relazione tra le amministrazioni aggiudicatrici, che vanno qualificate come imprese, e le imprese, segnatamente il modus operandi di un'amministrazione aggiudicatrice dominante nei confronti delle imprese o di un'impresa dominante nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice e la valutazione di tale modus operandi alla luce dell'art. 82 CE. In terzo luogo, il principio della concorrenza deve tutelare la concorrenza dal punto di vista istituzionale»*⁴¹.

³⁹ In generale, su tale fondamento del principio, la dottrina concorda. Si veda, per esempio: L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, LGDJ, 2009; S. ARROWSMITH, *The law of Public and Utilities Procurement, Vol. 1*, London: Sweet&Maxwell, 2014; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, fasc.01-02, 2016, p. 71.

⁴⁰ Secondo il dettato normativo: *«L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico»*.

⁴¹ Si vedano le conclusioni dell'A. G. STIX-HACKL — causa C-247/02, punti 34-36.

La declinazione di detti *scopi* appare di grande aiuto al fine di individuare la portata del principio di concorrenza, che: a) regola i rapporti orizzontali tra imprese partecipanti/offerenti, così come prevede l'art. 101 TFUE, di cui ne è un'applicazione; b) disciplina i rapporti verticali ovvero vieta gli abusi di una posizione dominante ex art. 102 TFUE; c) ha un valore istituzionale, sicché altre norme che tutelano la concorrenza potrebbero essere invocate, come per esempio la normativa in tema di aiuti di stato ex art. 107 TFUE o anche lo stesso art. 18 della direttiva 2014/24/UE.

L'ampia portata del principio dovrebbe indurre ad una sua unicità a livello sistematico – alla luce del suo fondamento economico – che può guidare l'interpretazione delle varie norme in cui il principio si esplica. Il principio è orientato infatti alla creazione di un mercato unico basato su un'economia di mercato fortemente competitiva che stimola la piena occupazione, la crescita economica e il progresso sociale.

3.1 **Principio di concorrenza e amministrazioni aggiudicatrici**

L'art. 18 (1), secondo periodo, della direttiva 2014/24/UE statuisce che la gara non possa essere indetta con l'intento di escludere l'appalto dal suo campo di applicazione, né con l'intento di *«limitare artificialmente la concorrenza»*⁴².

La norma, tuttavia, aggiunge: *«Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura*

⁴² Nella versione in francese della direttiva è infatti previsto: *«Un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence »*. La traduzione in italiano è la seguente: *«La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza»*.

d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

Ne discende che il principio deve orientare l'attività amministrativa, *rectius* l'attività dell'amministrazione aggiudicatrice relativa all'indizione della gara, la cui violazione può essere sindacata dal giudice, attraverso la figura dell'eccesso di potere⁴³.

In tal senso, destinatario del principio di concorrenza è l'amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, il principio viene declinato secondo due accezioni⁴⁴. Da un lato, impone all'amministrazione di non falsare la concorrenza nella predisposizione e svolgimento della procedura di gara. Questa dimensione, in quanto negativa, si ricollega ai divieti di falsare la concorrenza di cui al Trattato, e comporterebbe di verificare il rispetto, tra norma e comportamento/atto di un cd. "*rapport de compatibilité*" (rapporto di compatibilità o di non contraddizione). Dall'altro lato, il principio obbliga l'amministrazione a formulare le regole della gara in modo da garantire una maggiore partecipazione, ed essendo dunque fondamento positivo dell'azione, comporta il riscontro di un cd. "*rapport de conformité*" (rapporto di conformità tra atto e norma positiva)⁴⁵. Secondo questa accezione, il principio si correla a quello di non discriminazione e la norma sembra porre una presunzione di distorsione della concorrenza allorché l'amministrazione abbia violato il principio di non discriminazione.

⁴³ Cfr. Cons. St., sez. V, del 26.6.2017, n. 3110 ove si afferma: «*il ricorrente bene contesta lamentando l'eccesso di potere è piuttosto l'uso distorsivo che qui risulta di questa discrezionalità, con l'alterazione, in senso sproporzionatamente restrittivo, della concorrenza contrattuale*».

⁴⁴ Così anche SANCHEZ-GRAELLS, op. cit., p. 205.

⁴⁵ Le relazioni di compatibilità o di conformità tra atto e fonte legale sono individuate dall'*Eisenmann* con riguardo alle dimensioni positiva e negativa del principio di legalità, nonché riprese anche dalla dottrina successiva. C..EISENMANN, *Ecrits de droit administratif*, réédition Dalloz, 2013, pp. 241-270.

Infine, la disposizione in parola sembra prevedere che la fattispecie di violazione della concorrenza debba essere coperta dall'elemento soggettivo, dovendo sussistere in capo all'amministrazione, l'intenzione di restringere la concorrenza.

Tali elementi, in particolare la presunzione di distorsione e il riferimento all'elemento soggettivo, non dovrebbero tuttavia essere sopravvalutati.

L'attività amministrativa di indizione della gara si conclude, infatti, con un'attività contrattuale – ove vige tendenzialmente la cd. parità delle armi - ed il principio di concorrenza non ha come destinatari le sole amministrazioni, nella fase di predisposizione della gara, ma in generale i soggetti che operano in vario modo nel mercato e, in modo particolare, le *imprese*⁴⁶. Si impone pertanto un'interpretazione del principio il più possibile univoca, desumibile dalle “regole di concorrenza”, di cui al capo I, Titolo VII, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (artt. 101 e ss. TFUE).

3.2 Verso una concezione coerente del principio: efficienza economica e interpretazione oggettiva

Come ne è prova anche l'art. 18, direttiva 2014/24/UE, il principio di concorrenza è oramai rivolto a tutti i soggetti che operano – a vario modo e secondo diverse finalità – nel mercato europeo. Destinatari ne sono le amministrazioni aggiudicatrici ed in senso ampio le *imprese*.

⁴⁶ La nozione di «impresa» comprende, nel contesto del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale entità e dalle sue modalità di finanziamento. Cfr. CGUE, sentenza del 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v. Ayuntamiento de Getafe*, C- 74/16, punto 41; sentenza del 10 gennaio 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e a., C-222/04*, EU:C:2006:8, punto 107.

Il principio orienta anche la fase di esecuzione dei contratti pubblici ed è rivolto ad entrambe le parti contrattuali. Pertanto, si può accedere ad un'interpretazione delle varie norme, in cui il principio di concorrenza si esplica, uniforme e coerente a livello sistematico.

A tal fine, sembra utile muovere dal suo fondamento economico, quale elemento comune: la concorrenza è volta a favorire ovvero è *mezzo per* l'efficienza economica e per il benessere collettivo⁴⁷. Lo scopo dell'efficienza del mercato può tuttavia essere temperato dalle varie politiche che vengono prescelte: si pensi, ad esempio, a politiche sociali, di protezione delle piccole e medie imprese. A ben vedere, una delle più influenti politiche è proprio quella del mercato unico⁴⁸; essendo garantite le libertà fondamentali di circolazione, offerta e domanda sono potenzialmente maggiori.

In questo quadro, appaiono necessarie alcune precisazioni.

L'efficienza economica non può essere un concetto astratto e richiederebbe uno studio preliminare sul funzionamento dello specifico mercato⁴⁹. Così allo stesso tempo, per vagliare la sussistenza di una condotta che falsi il funzionamento del mercato, sarebbe necessaria l'analisi degli effetti economici, attuali o potenziali, della stessa. La necessità di un'analisi degli effetti sul mercato delle pratiche, potenzialmente anticoncorrenziali, è stata *precisata* – forse con un principio di diritto che potrà essere rivoluzionario nella materia

⁴⁷ In tal senso, si veda anche M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano 2014, p. 512.

⁴⁸ Si veda anche J.-F. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2017.

⁴⁹ Il rinvio all'efficienza economica si trova anche nelle conclusioni dell'A. G. *Nils Whal*, causa C-413/P, *Intel*, che sottolinea come presunzioni di illegittimità basate *sulla forma* non permetterebbero di prendere in considerazione l'efficienza ovvero gli eventuali effetti benefici sulla concorrenza (cfr. punti 86-88).

In generale, sul concetto di efficienza nelle gare si veda: G. PIGA, K. V. THAI (Edited by), *The economics of public procurement*, Palgrave Macmillan, 2007.

– dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia, con riguardo ad una fattispecie di abuso di posizione dominante⁵⁰.

Le politiche che contemperano quella stessa nozione di efficienza economica, possono comportare la previsione di presunzioni (di distorsioni della stessa); ma non dovrebbero essere prese come assiomi, essendo il mercato intrinsecamente dinamico.

Così, nell'ambito dell'art. 18, dir. 2014/24/UE, la previsione di una presunzione di distorsione della concorrenza allorché l'amministrazione violi il principio di non discriminazione, dovrebbe essere applicata tenendo conto che il principio di parità di trattamento è uno strumento che muove verso una concorrenza effettiva, ma al contempo non è il misuratore della concorrenza, che nella sua portata più ampia, è volto alla collocazione ottimale dei fattori di produzione (*i.e.* efficienza economica). Tale presunzione, peraltro, non sarebbe neanche del tutto inconciliabile a livello sistematico; ritrovandosi anche nel contesto della casistica sugli abusi di posizione dominante ex art. 102 TFUE, quale indizio della sussistenza di un abuso⁵¹.

⁵⁰ La Corte, Grande Sezione, precisando la giurisprudenza precedente Hoffmann-La Roche/Commissione afferma: «Occorre, tuttavia, precisare tale giurisprudenza nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati. In tal caso, la Commissione è tenuta, non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci». CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione) 6 settembre 2017, C-413/14 P, Intel Corporation Inc., punti 138 e 139. Si veda anche, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 25 e punto 29.

⁵¹ Così nel caso Sacchi, la Corte di giustizia affermò: «Si avrebbe certamente un abuso qualora l'impresa titolare dell'esclusiva delle trasmissioni televisive pubblicitarie imponesse agli utenti tariffe o condizioni inique, ovvero effettuasse discriminazioni, per quanto riguarda l'accesso alla pubblicità televisiva, fra gli operatori economici o i prodotti nazionali, e quelli degli altri Stati membri». CGUE, sentenza del 30-4-1974, Causa 155-73, punto 17.

Di conseguenza, la concorrenza quale mezzo per l'efficienza del mercato postula accertamenti di tipo oggettivo, in cui l'elemento della volontà di lederla può risultare irrilevante. Invero, nell'ambito tanto della disciplina sui cartelli di cui all'art. 101 TFUE che sull'abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE, ciò che conta è l'effetto (attuale o potenziale) di distorsione della concorrenza, indipendentemente dalla specifica volontà delle imprese di violare la normativa.

In tal senso, laddove l'art. 18, direttiva 2014/24/UE, sembra riconoscere un rilievo all'elemento intenzionale dell'amministrazione, la norma andrebbe interpretata in modo conforme rispetto alle regole di concorrenza citate⁵².

A conferma, anche nel contesto della materia di aiuti di Stato, che ha principalmente come destinatario lo Stato, l'elemento soggettivo non è accertato⁵³.

Altresì, la Corte di cassazione francese, ha recentemente affermato : *«que la discrimination, constitutive d'un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, consiste dans le fait de traiter différemment et sans motif légitime, deux ou plusieurs cocontractants placés dans une situation identique ; (...)* la cour d'appel a pu retenir, sans avoir à effectuer d'autres recherches, que les pratiques mises en oeuvre par cette société, qui ne s'étaient pas limitées à ce seul refus, constituaient des pratiques discriminatoires qui allaient au-delà de la défense légitime de ses droits et procédaient d'une exploitation abusive de sa position dominante, cependant que les soupçons sur d'éventuelles pratiques de contrefaçon ne pouvaient la conduire qu'à introduire les actions judiciaires prévues pour la protection de ses droits, ce qu'elle avait d'ailleurs fait ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; ». Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mercredi 21 juin 2017, N° de pourvoi: 15-25941.

⁵² Per una riflessione sull'elemento intenzionale, si rinvia a A. SANCHEZ-GRAELLS., *Assessing the Public Administration's Intention in EU Economic Law: Chasing Ghosts or Dressing windows?* in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 18 (2016), pp. 93-121

⁵³ Si pensi al recente caso relativo ad una misura di aiuto di Stato, derivante da elementi combinati i.e. il contratto (tra l'Ungheria e la compagnia petrolifera e del gas MOL relativo alle tasse minerarie sull'estrazione di idrocarburi) e la legge ungherese (che modifica in un aumento il regime dell'aliquota delle tasse minerarie), in cui pur se il Tribunale dell'Unione Europea pare aver preso in considerazione l'elemento intenzionale, la Corte, nel confermare la sentenza, riformulandone la

Peraltro tale interpretazione sembra essere stata già seguita dai giudici europei che nel caso T-384/10, pur se il Regno di Spagna aveva lamentato la mancata prova da parte della Commissione della volontà delle autorità spagnole di eludere la normativa appalti, mediante il frazionamento dell'appalto in questione, il Tribunale ha diversamente affermato che *«la constatazione di una scissione di un appalto, contraria alla normativa dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, non presuppone la dimostrazione di un'intenzione soggettiva di eludere l'applicazione delle disposizioni ivi contenute (...). Nel caso in cui si sia giunti, come nella fattispecie, a siffatto accertamento, è irrilevante che la violazione risulti o meno dalla volontà dello Stato membro al quale è addebitabile, dalla sua negligenza, oppure dalle difficoltà tecniche cui quest'ultimo avrebbe fatto fronte»*⁵⁴.

Il principio di concorrenza, così visto, si rivelerebbe altresì fonte del collegamento tra la materia appalti e quella antitrust; materie che

motivazione, non ha fatto alcun riferimento a tale elemento, mostrando indirettamente la sua irrilevanza ai fini dell'accertamento della violazione della norma. Cfr. Sentenza del Tribunale, seconda sezione, 12 novembre 2013, T-499/2010, punto 67; nonché sentenza della Corte, (Prima Sezione) 4 giugno 2015, causa C 15/14 P, punto 97.

⁵⁴ Così, Regno di Spagna v Commissione, T-384/10, punto 97; nonché sentenza della Corte del 10 ottobre 1998, Commissione/Spagna, C-71/97, Racc. pag. I-5991, punto 15; sentenza della Corte Commissione/Francia; sentenza *Auroux* e a., cit. al punto 67.

In linea con tale impostazione, l'avv. generale VERICA TRSTENJAK nelle conclusioni presentate il 14 aprile 2010 relative alla Causa C-271/08 afferma che: *“165. L'incertezza da ciò derivante ha, ai presenti fini, particolare rilevanza, atteso che né la direttiva 92/50 né la direttiva 2004/18 vietano alle amministrazioni aggiudicatrici di frazionare i servizi da appaltare. Un siffatto frazionamento è da considerarsi contrario alle citate direttive solo qualora persegua lo scopo di sottrarre la prevista acquisizione di beni e servizi all'applicazione delle direttive medesime (79). Vietati sono dunque i frazionamenti artificiosi di un appalto unitario. Sebbene la Corte valuti in modo assolutamente rigoroso tale divieto (80), un simile intento elusivo non può essere presunto tout court. Ogni singolo affidamento di appalto in forma frazionata va valutato alla luce del contesto e delle particolarità del caso, controllando, in particolare, se vi siano motivi seri che depongano in senso favorevole oppure contrario al frazionamento di volta in volta considerato.”*

possono essere studiate in un'ottica di complementarità e di reciproca integrazione.

Ci si pone, in tal modo in linea di continuità con quegli studi che hanno cercato di mettere in luce il collegamento tra le materie o comunque lo scopo comune di apertura del mercato alla concorrenza⁵⁵. A titolo esemplificativo, si richiamano la tesi del *Delaunay*, secondo la quale il diritto *antitrust*, quale diritto generale della concorrenza, sia fonte di ispirazione del diritto dell'evidenza pubblica, quale diritto speciale della concorrenza, di natura preventiva rispetto al primo che avrebbe piuttosto natura sanzionatoria⁵⁶, ovvero la tesi del *Graells* che predilige un “*integrative approach*” o meglio un “*common approach*” tra il diritto UE appalti/concessioni ed il diritto della concorrenza, volto al rinnovamento di entrambi i settori in un'ottica comune; sicché i due diritti, entrambi generali, e non in un rapporto di genere a specie, si integrerebbero a vicenda⁵⁷.

In definitiva, una teoria generale della concorrenza, che presuppone una nozione univoca del concetto, analizzabile sia a livello *macro* (*i.e.* azione pubblica nel mercato) che *micro* (singoli atti

⁵⁵ Il Clarich pur evidenziando come il fondamento tradizionale delle direttive sarebbe, a rigore, diverso da quello antitrust, fondandosi, le prime, sui principi di libertà (di circolazione delle merci e dei servizi e di stabilimento) del Trattato, mentre il diritto antitrust, sul principio di concorrenza; riconosce come anche le direttive 2014 abbiano come scopo, in ultima analisi, l'apertura del mercato alla concorrenza. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in Dir. Amm., fasc.01-02, 2016, p. 71

Occorre tuttavia segnalare indirizzi dottrinali autorevoli, che fanno capo alla *Arrowsmith* e al *Kunzlik*, contrari a questa impostazione, volti a circoscrivere e delimitare il più possibile l'ambito di applicazione delle direttive sul *public procurement*. Si veda: S. ARROWSMITH, *The purpose of the EU procurement directives: Ends, means, and the implications for national regulatory space for commercial and horizontal procurement policies*, (2011-2012) in Cambridge Yearbook of European legal studies, pp. 1-47; P. KUNZLIK, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in Cambridge Yearbook of European legal studies, 2013 pp. 283-356.

⁵⁶ B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015.

⁵⁷ A. SANCHEZ-GRAELLS, *Public procurement and the EU competition rules*, 2 ed., Hart Publishing, 2015

di scambio tra operatori)⁵⁸, dovrebbe avere come sottoinsiemi tanto le regole europee della concorrenza che quelle degli appalti e delle concessioni. Tali sottoinsiemi possono a volte intersecarsi, o sovrapporsi; a livello micro, il mercato di un appalto potrebbe proprio essere oggetto di un'intesa restrittiva, ovvero il mezzo di un abuso di posizione di dominanza.

4. Il test di proporzionalità sulle clausole contrattuali

Per la prima volta le Direttive sugli appalti e concessioni contemplano nella norma sui principi, l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice ad agire in modo proporzionato (art. 18, direttiva 2014/24/UE, art. 36 direttiva 2014/25/UE, art. 3 direttiva 2014/23/UE).

Il principio di proporzionalità è tuttavia principio immanente all'ordinamento europeo. È sancito all'art. 5 TUE e secondo costante giurisprudenza europea fa parte dei principi generali del diritto europeo⁵⁹.

Il principio di proporzionalità è generalmente strumento di controllo della corretta applicazione della norma al caso concreto. Rientra, per utilizzare, un'espressione tipicamente nazionale, tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere che permettono di vagliare il corretto utilizzo della discrezionalità amministrativa⁶⁰. Tale

⁵⁸ Al riguardo, il *Clarich* spiega come normativa sugli appalti si inserisce nel contesto dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati (visione macro della concorrenza); allo stesso tempo può essere considerata come volta a disciplinare un singolo atto di scambio tra due attori in un mercato determinato (visione micro della concorrenza). Tra tali dimensioni, che non andrebbero confuse, vi sarebbe ad ogni modo una correlazione. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, fasc.01-02, 2016, p. 71.

⁵⁹ S. ARROWSMITH, H. PÜNDER, H-J PRIEB, (edited by), *Self cleaning in Public procurement law*, Carl Heymanns Verlag, 2009p. 13 e ss.

⁶⁰ Invero, le figure sintomatiche dell'eccesso di potere possono essere ricondotte a violazione dei principi generali dell'azione amministrativa, come il principio di proporzionalità. Si veda, tra l'altro, M. CLARICH, *Manuale di diritto*

discrezionalità potrebbe infatti essere stata utilizzata «*in senso sproporzionatamente restrittivo della concorrenza contrattuale*»⁶¹.

Travalicando i confini nazionali, la Corte di Giustizia fa generalmente ricorso al principio per valutare se una misura nazionale sia conforme al diritto UE⁶².

Trattandosi a ben vedere di un *test*, che si articola nell'esame dell'idoneità, necessità, ed adeguatezza della misura, il principio ha oramai una portata vastissima essendo applicabile in innumerevoli settori di intervento dell'amministrazione pubblica; nonché essendo utilizzato per vagliare il rispetto degli altri principi⁶³.

Il principio orienta così l'attività dell'amministrazione aggiudicatrice nella fase di gara, ma a ben vedere anche quella "contrattuale", oggetto in questa sede di particolare analisi.

Le clausole contrattuali potrebbero essere invero sottoposte ad un test di proporzionalità ed in tal senso, il principio, di riflesso, governerebbe anche l'attività contrattuale del contraente

amministrativo, Bologna, 2013, p. 214; M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo* in *Diritto amministrativo*, SCOCA F.G. (a cura di), Torino, 2014, p. 322.

⁶¹ L'espressione è stata utilizzata dal Consiglio di Stato, sez. V, del 26.6.2017, n. 3110. Il Consiglio di Stato afferma: «*ciò che il ricorrente bene contesta lamentando l'eccesso di potere è piuttosto l'uso distorsivo che qui risulta di questa discrezionalità, con l'alterazione, in senso sproporzionatamente restrittivo, della concorrenza contrattuale: qui falsata vuoi (...)*».

⁶² Nel contesto delle libertà fondamentali e, per esempio, dei divieti di restrizioni (quantitative) alla circolazione, la casistica è ampia, essendo la proporzionalità criterio per giustificare o meno la misura restrittiva.

⁶³ Nel caso *Persidera*, per esempio, la Corte utilizza per verificare il rispetto della parità di trattamento il parametro della proporzione. Invero afferma: «*i principi di non discriminazione e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una disposizione nazionale la quale, in applicazione di un medesimo criterio di conversione, determini nei confronti di un operatore una riduzione del numero di reti digitali assegnate rispetto al numero di reti analogiche esercite in proporzione più elevata di quella imposta ai suoi concorrenti, a meno che detta disposizione non sia oggettivamente giustificata e proporzionata al suo obiettivo*». CGUE, sentenza della corte (Quarta Sezione)

26 luglio 2017, C-112/16, *Persidera SpA*, punto 56

dell'amministrazione, nel contesto dei contratti di appalto e concessione.

In un recente caso, la Corte di Giustizia ha vagliato per mezzo del principio di proporzionalità un articolo dello schema di una convenzione, nel settore dei giochi d'azzardo, che prevedeva l'obbligo per il concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza della concessione o per effetto di provvedimenti di decadenza o di revoca, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco.

La restrizione alle libertà fondamentali garantite agli artt. 49 TFUE e 56 TFUE, quale risultato della disposizione, appariva giustificata dal fine della lotta contro la criminalità collegata ai giochi d'azzardo ovvero dall'interesse a garantire la continuità dell'attività legale di raccolta di scommesse allo scopo di arginare lo sviluppo di un'attività illegale parallela.

Tuttavia, la Corte nell'interrogarsi sull'idoneità della restrizione per garantire il conseguimento dello scopo anticriminale, evidenzia come la stessa restrizione non sia imposta in modo sistematico, ma avvenga solo «*dietro espressa richiesta*» dell'amministrazione, ovvero per mezzo di apposita clausola convenzionale.

Sul versante dell'esame della necessità della misura, la Corte osserva altresì che mentre nell'ipotesi di decadenza o revoca, a titolo sanzionatorio, del contratto di concessione, la cessione a titolo non oneroso, all'amministrazione aggiudicatrice o ad altro concessionario, dell'uso dei beni materiali e immateriali che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, abbia un carattere proporzionato; ciò non sembra il caso, quando la cessazione dell'attività avviene per il semplice fatto della scadenza della concessione. Infatti, «*nell'ipotesi in cui il contratto di concessione, (...), giunga alla sua scadenza*

naturale, il carattere non oneroso di una siffatta cessione forzata pare contrastare con il requisito di proporzionalità, in particolare quando l'obiettivo di continuità dell'attività autorizzata di raccolta di scommesse potrebbe essere conseguito con misure meno vincolanti, quali la cessione forzata, ma a titolo oneroso a prezzi di mercato, dei beni in questione».

La Corte sembra così introdurre un controllo di proporzionalità sulle clausole contrattuali dell'amministrazione; ciò che infatti appare illegittimo, non è la cessione *ex se* di beni, ma l'assenza di un equilibrio e, rinviando a nozioni civilistiche, di una causa concreta⁶⁴.

A ben vedere, il *test* di proporzionalità sembra essere effettuato anche in altre “fattispecie contrattuali” e, soprattutto a livello nazionale, dominio di elezione è proprio il diritto della concorrenza.

Per esempio, il principio di proporzionalità è strumento utilizzato per verificare il limite tra l'uso di una posizione di dominanza ed il suo abuso, come tale vietato. Pur se, occorre precisare che, un'analisi di *tutte le circostanze* ovvero del contesto economico non può essere tralasciata⁶⁵; sicché in tale contesto il parametro di proporzionalità sarebbe comunque inteso in termini giuridico-economici.

Così, anche clausole contrattuali o comportamenti che riconoscono illegittimamente un aiuto di stato, potrebbero essere

⁶⁴ La causa è infatti mezzo di controllo dirigistico dell'autonomia privata. Sul principio *causalista*, V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè 2011, p.341 e ss.

⁶⁵ Si rinvia alle conclusioni dell'A. G. *Nils Whal*, causa C-413/P, *Intel*, punto 78: «A mio avviso, l'analisi del «contesto» – o di «tutte le circostanze», come viene definito nella giurisprudenza della Corte – mira semplicemente, ma in maniera cruciale, ad accertare che sia stato a sufficienza dimostrato che un'impresa ha abusato della sua posizione dominante (52). Anche nel caso di un comportamento di esclusione apparentemente manifesto come la fissazione di prezzi inferiori ai costi, non può essere tralasciato il contesto (53). Altrimenti, un comportamento che, in qualche occasione, semplicemente non sia idoneo a restringere la concorrenza si troverebbe ad essere oggetto di un divieto generale. Un divieto generale siffatto rischierebbe anche di includere e di penalizzare comportamenti che favoriscono la concorrenza».

sanzionate attraverso l'ausilio di tale parametro giuridico economico. In tal senso, l'aiuto di stato potrebbe assumere la forma di un corrispettivo sproporzionato risultante dal disequilibrio economico del contratto. Il corrispettivo per una data prestazione contrattuale, non dovrebbe infatti eccedere quanto necessario per coprire i costi, oltre ad un ragionevole margine di utilità, originati dall'adempimento di detta prestazione.

5. Diligenza e buona fede oggettiva

Le Direttive 2014 non contemplano espressamente il principio di diligenza e di correttezza-buona fede oggettiva tra i principi che governano i contratti di appalto e di concessione.

Si tratta di principi che vincolano le parti nelle relazioni contrattuali di diritto privato, e che sono previsti nei codici civili nazionali.

A ben vedere, si distingue il dovere di diligenza da quello di correttezza. Mentre il primo, nei rapporti obbligatori, impone l'adeguato sforzo volitivo e tecnico per realizzare l'interesse del creditore; il secondo impone alla parte di considerare l'utilità dell'altra parte, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio, vietando un comportamento sleale.

La buona fede quale principio di solidarietà contrattuale si specifica in due regole di condotta: i) la lealtà del comportamento; ii) l'obbligo di salvaguardia⁶⁶. In alcuni Stati membri, come in Italia, si tende, a ben vedere, a differenziare in modo più netto la correttezza rispetto alla buona fede oggettiva; imponendo, solo la seconda, obblighi di salvaguardia della controparte cd. protezionistici, che si

⁶⁶ BIANCA M., Diritto civile, v. 3, Il contratto, Milano, 2000, pp. 500 e ss.

aggiungono a quelli contrattuali (si vedano gli artt. 1175 c.c., 1337 c.c., 1375 c.c., etc.; 2 Cost.).

Pertanto, occorre considerare che nell'ambito dei rapporti contrattuali pubblicitici, seppure l'interesse pubblico è solo l'interesse della parte pubblica e non può divenire causa del negozio, essendo per il privato solo un *dato*; lo stesso potrà, ciononostante, rilevare giuridicamente in maniera *indiretta* ai fini dell'apprezzamento della buona fede della controparte privata, nonché del limite alla tutela del suo affidamento nella specifica relazione contrattuale⁶⁷.

In Francia, l'obbligo di buona fede nell'esecuzione dei contratti di cui all'art. 1104 codice civile, è richiamato anche nelle relazioni contrattuali con la pubblica amministrazione, sotto le sembianze della «*loyauté des relations contractuelles*»⁶⁸.

Trattandosi di principi che impongono sulle parti contrattuali delle regole di comportamento nelle loro relazioni, non si comprenderebbe *la ratio* di un eventuale *discrimen* nell'ambito della disciplina *eurounitaria* degli appalti e delle concessioni, stante il rilievo che assume, in generale, l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali.

A conferma, questi principi sono implicitamente presi in considerazione anche dalle Direttive 2014.

⁶⁷ Sul tema, si veda: A. MASSERA, *I contratti in Istituzioni di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), Giuffrè, 2012, pp. 425 e ss.

⁶⁸ Si veda, Conseil d'État, Assemblée, 28/12/2009, 304802, COMMUNE DE BEZIERS, Publié au recueil Lebon, ove si afferma : «lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel».

In dottrina, si veda: H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, p. 23 e ss.

In particolare, al considerando 101, par. 2, della dir. 2014/24/UE, si prevede che le stazioni appaltanti «*dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili*» anche a causa «*di altre forme di grave violazione dei doveri professionali*». In tal senso, il fatto che il comportamento tenuto in un rapporto contrattuale precedente venga in rilievo ai fini dell'istaurazione di un rapporto successivo, potendo essere un criterio di esclusione dalla gara, postula a ben vedere un obbligo implicito di correttezza e diligenza nel corso del rapporto contrattuale. Anzi, la norma postulerebbe una doppia rilevanza dei principi: tanto nel rapporto in corso, quanto in quelli futuri, avendo la violazione della regola di buona fede ripercussioni di lunga durata nell'inficiare la possibilità di istaurare nuovi rapporti⁶⁹.

Il dovere di diligenza, violato nel caso di una grave negligenza o di un grave errore, ma anche quello di correttezza, lesa da un comportamento in malafede, e che altresì richiamerebbe la clausola generale della buona fede, sono dunque cogenti tanto nei contratti di appalto che di concessione.

Destinatari di tali principi sono entrambe le parti, non solo in corso di gara (*i.e.* violazione della buona fede procedimentale), ma anche nella fase di esecuzione del rapporto⁷⁰.

⁶⁹ Sulla valutazione discrezionale rimessa alla stazione appaltante dell'integrità e dell'affidabilità del partecipante in base al comportamento tenuto in un precedente rapporto e che prescinde dalla valutazione dell'inadempimento della prestazione finale, a tutela peraltro del buon andamento dell'azione amministrativa, nella giurisprudenza nazionale, si veda: Consiglio di Stato, sez. V, 20.11.2015, n. 5299. Al riguardo si vedano da ultimo le Linee guida n. 6 Anac, Determinazione n. 1008 del 11/10/2017, recanti «*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*».

⁷⁰ Sulla rilevanza del principio di buona fede in corso di gara, si veda per esempio, T.A.R. Toscana, Firenze, Sezione I, Sentenza 12 settembre 2017, n. 1071. Il Tribunale in particolare ritiene: «*L'esclusione della concorrente, pur munita*

dell'abilitazione all'insegnamento e dei titoli richiesti, dalla graduatoria per l'insegnamento in un istituto secondario superiore, fondata sulla mera motivazione che ella non avrebbe compilato l'allegato alla domanda relativo a quel tipo di classe, è illegittima oltre che contraria al principio di buona fede procedimentale, specie se nell'attribuzione del punteggio l'amministrazione procedente ha tenuto conto dell'assimilazione a scuola superiore degli istituti scolastici stranieri ove la ricorrente ha operato e dal tenore complessivo della domanda di partecipazione erano perfettamente intuibili le intenzioni della concorrente».

CAPITOLO II

L'esecuzione di appalti e concessioni nel diritto europeo derivato e nazionale

SOMMARIO: 1. La disciplina del vincolo contrattuale. Il “governo del contratto”; 2. Subappalto 2.1. Disciplina europea del subappalto. Un regime giuridico flessibile; 2.2. La *sous-traitance* nelle *ordonnances* 2015 e 2016; 2.3. Il regime “paradossale” del subappalto nel d.lgs. 50/2016; 3. *Ius variandi*; 3.1. La disciplina europea della modifica del contratto e sopravvenienze; 3.2. La “*mutabilité*” dei *contrats administratifs*; 3.3. Modifiche e varianti al contratto nel d.lgs. 50/2016; 4. Durata; 4.1. Tempo e contratto: la durata del rapporto contrattuale nel diritto UE; Appalti e concessioni di durata nel diritto francese; 4.3. La durata “limitata” delle concessioni nell’ordinamento italiano; 5. Scioglimento anticipato del vincolo contrattuale; 5.1. Normativa europea. Nozioni e vizi originari e sopravvenuti; 5.2. La disciplina francese. Cenni sul potere di *résiliation*; 5.2.1. La *résiliation* nelle *ordonnances n. 2015-899 e n. 2016-65*; 5.2.2. *L'accord autonome* o la clausola divisibile sull’indennizzo in caso di *résiliation*; 5.3. Recesso, risoluzione e cessazione del contratto nel d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017 (I correttivo); 5.3.1. Premessa. L’autotutela incidente su rapporti negoziali; 5.3.2. Recesso dall’appalto nel d.lgs. 50/2016 (art. 109); 5.3.3. Risoluzione dell’appalto nel d.lgs. 50/2016 (art. 108, 89); 5.3.4. Cessazione, risoluzione e revoca della concessione nel d.lgs. 50/2016 (art. 176, 165); 6. Esecuzione del contratto: verso un ravvicinamento dei diritti nazionali?

1. La disciplina del vincolo contrattuale. Il “governo del contratto”

I contratti pubblici di appalto e concessione⁷¹, quali macro categorie, costituiscono una delle principali tematiche del diritto

⁷¹ Occorre considerare che la definizione di contratto non è unitaria negli Stati membri. Ciò non toglie che possa ritenersi che sussista un cuore comune di norme applicabili a tali fattispecie.

Così, per esempio, la ricostruzione in termini contrattuali dell’istituto della concessione, non è scontata per l’ordinamento italiano, diversamente da quello francese, ove la concessione rappresenta il «*contrat administratif*» per eccellenza.

europeo, inserendosi nel più ampio obiettivo del corretto funzionamento del mercato interno e della tutela delle libertà fondamentali⁷². Diversamente le normative nazionali sono originariamente sorte per altri fini e, nonostante siano oggi frutto del recepimento delle fonti europee, sono talvolta applicate in un'ottica di sostegno e impulso alle economie nazionali⁷³.

La realizzazione di un *mercato interno* aperto e concorrenziale, motore delle stesse Direttive, impone una maggiore attenzione agli aspetti relativi allo svolgimento del rapporto contrattuale. In questa prospettiva le Direttive contemplano qualche norma sull'esecuzione, frutto di negoziazioni che hanno visto gli Stati membri in posizioni anche opposte⁷⁴. Tali norme potrebbero avere una portata innovativa soprattutto per quegli Stati membri, come l'Italia, ove manca una disciplina normativa generale sulla vicenda contrattuale pubblicistica, che ha tradizionalmente la sua sede naturale nel diritto privato⁷⁵.

Tuttavia, in Italia, già a partire dal XIX sec. un'operazione ricostruttiva della concessione in termini contrattuali era invocata da una parte della dottrina (O. Ranelletti). Si veda, R. CARANTA *I contratti pubblici*, Torino, 2004, p. 12 e ss.

Si rinvia altresì a: *Droit comparé des Contrats Publics*, R. NOGUELLOU, U. STELKENS (Sous la direction de), Bruylant, 2010.

⁷² Si veda, F. ASTONE, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Aracne 2010.

⁷³ Sul tema degli scopi delle Direttive 2014, rispetto a quello delle politiche degli Stati membri, si veda K. WAUTERS, *A new generation of public procurement Directives: background, objectives and results*, in EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?, K. WAUTERS, Y. MARIQUE, Larcier, 2016, pp. 25 e ss.

⁷⁴ La Francia, in particolar modo, era sfavorevole ad una legislazione europea sulla materia. H. HOEPFFNER, *L'exécution des concessions : quel avenir pour l'adaptabilité de ces contrats complexes de longue durée?* In *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique*, Société de législation comparée, 2014

⁷⁵ Si veda: V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011; A. MASSERA, *Il contratto* in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2015, p. 425; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa Univ. Press, 2012; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto*

La normativa europea sull'esecuzione del contratto si presenta, sotto un profilo ricostruttivo, comune tanto agli appalti che alle concessioni; le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE (nei settori generali) e 2015/25/UE (nei settori speciali) trattano il tema dell'esecuzione in modo pressoché identico⁷⁶.

In questo capitolo si esaminano alcune norme imperative che disciplinano il vincolo contrattuale. La vicenda contrattuale pubblica si caratterizza, invero, per il ruolo che giocano gli interessi pubblicistici e che ne rimarcherebbero la diversità *in parte qua* rispetto alla disciplina privatistica.

In tale quadro, le fonti europee e di riflesso nazionali sul rapporto contrattuale si inquadrano nel cappello delle *fonti esterne al contratto* e sono il risultato dell'esigenza di individuare il corretto bilanciamento tra interessi contrapposti: l'entrata nel rapporto contrattuale di terzi in un'ottica pro-concorrenziale (subappalto) e il rispetto del principio di trasparenza tanto nella funzione di parità di trattamento che di controllo⁷⁷; il regolamento delle sopravvenienze (modifiche al contratto) e la conseguente previsione di rimedi manutentivi, in forza del principio *pacta sunt servanda* oppure caducativi a tutela della trasparenza-parità di trattamento (*rebus sic stantibus*); la durevolezza del vincolo contrattuale e la previsione di una durata che sia *proporzionalmente* limitata affinché il contratto possa tornare sul mercato aperto.

comune, Torino, Giappichelli, 1999; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁷⁶ Il che confermerebbe, l'accentuata affinità di appalti e concessioni e che, a livello europeo, le seconde vengono concepite come una sorta di sottospecie dei primi, con tratti particolari (connotati dalla traslazione del rischio operativo). Si veda, G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2015, pag. 1095.

⁷⁷ Per le funzioni del principio di trasparenza, si rinvia al cap. I, par. 2.

La disciplina pubblicistica impone altresì di considerare anche alcune cause di *inefficacia* del modulo contrattuale in funzione remediale rispetto ad un vizio e che implicano lo scioglimento del vincolo.

Tali regole sono trattate nel prosieguo insieme alle corrispondenti norme nazionali, francesi e italiane.

2. Subappalto

2.1 Disciplina europea del subappalto. Un regime giuridico flessibile

È interesse dell'Unione che l'apertura alla concorrenza sia la più ampia possibile⁷⁸.

Il subappalto costituisce uno degli strumenti a cui l'impresa appaltatrice può ricorrere per organizzare in modo più flessibile e gestire con maggiore efficienza l'esecuzione della prestazione contrattuale, ovvero reperire competenze innovative, specialistiche e tecnologiche. L'aspetto tecnologico/innovativo è molto rilevante per la migliore riuscita del contratto.

Il subappalto comporta una sostituzione parziale nell'esecuzione della prestazione e crea fra le parti subcontraenti una posizione contrattuale nuova. Può così favorire anche l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, che non potrebbero concorrere

⁷⁸ In giurisprudenza, si veda: CGUE, Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 10 ottobre 2013, Causa C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA*, secondo la quale le disposizioni di cui alla Direttiva 18/2004 non istituiscono divieti di principio relativi alla possibilità per un candidato o un offerente di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice; CGUE, sentenza della corte (Terza Sezione), 14 luglio 2016, C-406/14, per cui una clausola che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso risulta incompatibile con la direttiva 2004/18; CGUE, V sez., 5 aprile 2017, C-298/15 per cui il ricorso al subappalto contribuisce al perseguimento della concorrenza anche per gli appalti pubblici, di rilievo transfrontaliero, sotto la soglia di applicazione delle direttive europee.

per dimensione e specializzazione (troppo specializzate in un settore e non adeguate all'intero appalto) e, dunque, contribuire per il perseguimento di un obiettivo di politica economica "apertura del mercato alle piccole e medie imprese", dando, al contempo, concreta attuazione al principio di concorrenza⁷⁹.

L'istituto, già previsto all'art. 60 della direttiva 2004/18/UE per le sole concessioni di lavori, essendo contemplato in tutte e tre le Direttive 2014, vede ampliato il suo ambito di applicazione⁸⁰.

Le Direttive 2014, tuttavia, non definiscono espressamente il contratto di subappalto, seppure gli elementi di tale istituto possono essere ricavati implicitamente.

L'art. 71 della direttiva 2014/24/UE⁸¹ infatti dispone che *«[n]ei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti»*.

L'operazione di subappalto, comporta *de facto* l'entrata di un terzo nel rapporto contrattuale, che viene scelto direttamente e

⁷⁹ Si pensi che il considerando 32 della direttiva 2004/18 disponeva: *«Per favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, è necessario prevedere disposizioni in materia di subappalto»*.

⁸⁰ *«Nella Direttiva 18/2004 il tema era trattato soprattutto in un'ottica di garantire un'ampia apertura ad appalti affidati dal concessionario a terzi (art. 60): e al riguardo venivano puntualmente indicate le garanzie procedurali in ordine a detti affidamenti, distinguendo a seconda che il concessionario fosse o meno amministrazione aggiudicatrice. Dunque l'affidamento dei lavori da parte del concessionario presupponeva una procedura concorrenziale e non poteva essere frutto di scelta diretta: sicché si parlava più correttamente di appalto e non di subappalto affidato a terzi, perché in questo secondo caso la scelta è autonoma e diretta, come sempre avviene allorché è l'appaltatore a compierla»*. In tal senso, G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2015, pag. 1095

⁸¹ Così anche i corrispondenti artt. 42 della direttiva 2014/23/UE e 88 della direttiva 2014/25/UE.

liberamente dall'offerente attraverso il contratto di subappalto, senza implicare la necessità di indizione di una nuova gara⁸².

Avendo le Direttive 2014 implementato le garanzie concorsuali, soprattutto per le concessioni di servizi e per le concessioni di lavori relative ai settori speciali, che ne erano prive, si comprende come risulti superfluo imporre ulteriori procedure concorsuali a valle dell'affidamento del contratto di appalto/concessione.

Le Direttive sembrano, a ben vedere, ispirarsi a quella stessa logica che è alla base della regolamentazione del partenariato istituzionalizzato. In quel contesto si è rilevato come introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo⁸³. Così, in via analogica, si esclude che

⁸² Al riguardo, si segnala quanto affermato dalla Corte di Giustizia: «In generale, la sostituzione della controparte contrattuale alla quale l'amministrazione aggiudicatrice aveva originariamente attribuito l'appalto con una nuova deve essere considerata quale modifica di uno dei termini essenziali dell'appalto pubblico in questione, a meno che tale sostituzione fosse contemplata nei termini dell'appalto originario, ad esempio a titolo di subappalto» CGUE, Terza Sezione, 19 giugno 2008, Causa C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, punto 40.

⁸³ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (GU 2008, C 91, pag. 4; CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione) 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset SpA, ove si afferma: «gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni».

sia necessaria la gara per l'affidamento parziale di opere/servizi/forniture al *sostituto*, già oggetto di gara.

Le Direttive 2014, come anche la direttiva n. 2004/18, non prevedono una soglia al subappalto⁸⁴; stante la possibilità per gli offerenti di provare che, facendo affidamento sulle capacità di soggetti terzi, essi soddisfano i livelli minimi di capacità tecniche e professionali stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice, in giurisprudenza si è affermato che le Direttive consentirebbero di ricorrere al subappalto, «*in linea di principio, in modo illimitato*»⁸⁵. Tuttavia, le Direttive lasciano agli Stati membri la libertà di prevedere nella normativa nazionale di recepimento, una mera facoltà ovvero l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti di richiedere nell'offerta l'indicazione delle *parti* da subappaltare e dei subappaltatori proposti; dando la possibilità di delimitare il ricorso all'istituto, senza però prevedere le conseguenze di un'eventuale inadempienza.

Ne deriva che, principio ispiratore della disciplina di *favor* nei confronti dell'istituto, insieme a quello di concorrenza, sia indirettamente anche quello di trasparenza, che anzi bilancerebbe il primo, non per limitare la concorrenza, ma per meglio tracciare il fenomeno (trasparenza *accountability*), soddisfacendo in tal senso altri principi europei fondamentali cioè quelli di tutela del lavoratore e dell'ambiente⁸⁶.

⁸⁴ Si segnala invece che alcune norme europee speciali indirettamente contemplano una soglia al subappalto, come l'art. 4, par. 7 Reg. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto. Sul tema si veda CGUE, 27 ottobre 2016, C-292/15, Hormann Resien GmbH; L. DURVIAUX, *Chronique Droit européen des marchés et autres contrats publics – La limitation à la sous-traitance*, in RTD Eur. 2017, p. 303.

⁸⁵ C-406/14, Punto 33.

⁸⁶ Si rinvia al considerando 126, direttiva 2014/24/UE, secondo il quale: «*La tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero quindi conservare le copie dei contratti conclusi di valore elevato onde garantire alle parti*

Orbene, se l'indicazione nei documenti di gara dell'eventuale ricorso al subappalto e delle sue caratteristiche, può ritenersi opportuna, si comprende come un eventuale obbligo di indicare, a pena di esclusione, che non sarà fatto ricorso al subappalto con le imprese partecipanti alla gara, postulando un'irrefragabile presunzione circa la sussistenza di una collusione, appaia non coerente con il principio di concorrenza ovvero, nel bilanciamento degli interessi, possa considerarsi del tutto sproporzionato⁸⁷.

Le Direttive non disciplinano l'eventuale possibilità di sostituzione del sub-appaltatore nel corso del rapporto contrattuale, ma questa si potrebbe desumere dalle disposizioni generali sulle modifiche al contratto. Come affermato in giurisprudenza, al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento, *«(l) a sostituzione del subappaltante, anche qualora la relativa possibilità sia prevista nel contratto, può in casi eccezionali costituire una modifica di (...) uno degli elementi essenziali del contratto di concessione, allorché il ricorso ad un subappaltante piuttosto che ad un altro, tenuto conto delle caratteristiche proprie della prestazione di cui trattasi, ha costituito un elemento determinante della conclusione*

interessate l'accesso a tali documenti, conformemente alle norme applicabili in materia di accesso alla documentazione».

⁸⁷ Invero in giurisprudenza si afferma: *«Considerazioni simili devono altresì applicarsi per quanto riguarda la dichiarazione di cui al punto f) del protocollo di legalità di cui trattasi nel procedimento principale, ai sensi della quale il partecipante dichiara che non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara e che è consapevole che, in caso contrario, tali subappalti non saranno autorizzati. Una tale dichiarazione, infatti, implica una presunzione irrefragabile secondo la quale l'eventuale subappalto da parte dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, a un altro partecipante alla stessa gara d'appalto derivi da una collusione tra le due imprese interessate, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare il contrario. Così, una siffatta dichiarazione eccede quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi».* CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Decima Sezione), 22 ottobre 2015, C-425/14, *Impresa Edilux Srl*, punto 39.

del contratto»⁸⁸. Sicché le ipotesi in cui la sostituzione del subappaltante sarebbe vietata, sembrerebbero «eccezionali».

Applicando tali coordinate, laddove l'indicazione del subappaltatore nei documenti di gara fosse obbligatoria e la persona del subappaltatore costituisse elemento determinante della conclusione del contratto di appalto, tale per cui verrebbe in rilievo un'ipotesi di collegamento negoziale cd. tecnico tra i contratti⁸⁹, al fine di rispettare la trasparenza-parità di trattamento, in caso di sostituzione del subappaltatore in fase di esecuzione, dovrebbe bandirsi una nuova gara, venendo in rilievo una modifica sostanziale al contratto. In questa ottica, la configurazione dell'operazione contrattuale di subappalto avrebbe riflessi sulla sua disciplina.

2.2 La sous-traitance nelle ordonnance 2015 e 2016

La disciplina francese degli appalti pubblici, appare storicamente connotata da una «*filosofia incisiva, che finalizza la disciplina a strumento di politica economica generale a sostegno delle imprese, specie piccole e medie*», di cui il regime del subappalto ne è espressione⁹⁰. Pur sussistendo, il principio dell'esecuzione personale

⁸⁸ CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione), 13 aprile 2010, C-91/08, *Wall AG*, punto 39.

⁸⁹ Il collegamento negoziale cd. tecnico impone di considerare la fattispecie come unitaria, secondo il principio *simul stabunt simul cadent*. Si veda Cass. Civ. SS. UU., 5.10.2015, n. 19785, nonché nota 108 in prosieguo.

⁹⁰ «*La scelta di politica economica di favor nei confronti delle piccole e medie imprese traspare, nell'esperienza codicistica francese del 2006, anche dalla regolamentazione della fase esecutiva dei contratti pubblici di appalto, e specificamente dalle norme in tema di pagamenti (Titolo IV, Capitolo 1° del Code des marchés publics), che prevedono importanti benefici in favore del titolare dell'appalto: la semplificazione della procedura di pagamento, che permette ai sous-traitants (subappaltatori) di essere pagati più rapidamente; il diverso régime des avances (anticipazioni), in base al quale il contratto di appalto può prevedere che l'anticipazione superi il 5% del valore iniziale, fino al 30% - anzi addirittura al 60%, se l'impresa, che ne beneficia (titolare o subappaltatore), costituisce una garanzia a prima richiesta[14] -; la regolamentazione delle garanzie e delle trattenute sugli stati di avanzamento, che possono essere sostituite con garanzie a*

del contratto, soprattutto se di concessione, «*le droit administratif français est favorable aux phénomènes de substitution de contractant, dans le cadre même du contrat initial*»⁹¹.

Nell'ordinamento francese il sub-appalto è un subcontratto originariamente regolato dalla *Loi n. 75-1334 du 13 décembre 1975*.

L'*ordonnance du 23 juillet 2015* all'art. 62, che recepisce l'art. 71 della dir. 2014/24/UE rinvia alle condizioni di cui alla legge del 1975; la disciplina di cui alla legge del 1975 si intende peraltro implicitamente richiamata anche dall'art. 54 dell'*ordonnance 29 janvier 2016* – che recepisce l'art. 42 della Direttiva 2014/23/UE –, rubricato «esecuzione del contratto di concessione per mezzo di terzi»⁹².

L'art. 54 dell'*ord.* 2016, nel disporre che il concessionario possa conferire a terzi «*une part des services ou travaux*» oggetto del contratto di concessione, individua uno dei tratti caratterizzanti il subcontratto rispetto all'istituto della cessione, ovvero il suo essere parziale⁹³. In tale ottica, la disciplina del subcontratto risponde alla salvaguardia della natura *intuitu personae* del rapporto in questione. D'altronde la stessa *Loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001*, detta *Murcef*,

prima richiesta o, se il pouvoir adjudicateur non si oppone, con garanzie personali e solidali». CLARIZIA A., Un confronto sulle “filosofie” di recepimento delle direttive “appalti” nei paesi dell'Unione europea, in *giustamm.* n. 5-2007.

⁹¹ Si veda: PLESSIX B., *Droit Administratif général*, LexisNexis, 2016, p.1220 ; C.E., avis 8 juin 2000, AJDA 2000, p. 758 con nota di L. RICHER.

⁹² Tradizionalmente tale tecnica è chiamata «*subdélégation*» o «*sousconcession*». Si veda: H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, p. 374 e ss. L'art. 62, ord. 23 juillet 2015, statuisce : «*Le titulaire d'un marché public peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution de ce marché public dans les conditions fixées par la loi du 31 décembre 1975 susvisée*».

⁹³ A ben vedere anche nel diritto francese, la cessione del contratto si caratterizza non solo per la sostituzione del contraente, ma anche per il mantenimento del contratto iniziale. In tal senso il Consiglio di Stato ha affermato che: «*la cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat*». CE, Avis n 364 803, 8 juin 2000.

modificando l'art. 6 della Legge del 1975, ha vietato la possibilità di un subcontratto relativo all'integralità dell'oggetto del contratto⁹⁴.

Allo scopo di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese, l'art. 54 dell'*ord.* 2016, allo stesso tempo, prevede la possibilità che la stazione appaltante imponga che una parte minimale dei lavori/servizi sia conferita a tali imprese.

Ciò premesso, la questione che si è sempre posta attiene alla percentuale massima di lavori/servizi che possa essere concessa in subappalto e che sembrava essere lasciata all'apprezzamento del giudice, caso per caso⁹⁵. Tuttavia, appariva pacifica la considerazione che rientrasse nei poteri/doveri dell'amministrazione di evitare che il subappalto includesse il 95% delle prestazioni oggetto del contratto base, stante anche il divieto legale di subappalto integrale⁹⁶.

L'art. 62 della dell'*ord.* 2015, nel prevedere che le amministrazioni possono esigere che alcune prestazioni essenziali siano svolte direttamente dal contraente della stessa, sembra così fornire un parametro per delimitare la percentuale subappaltabile; pur se tale disposizione più che essere innovativa rispetto all'art. 71 della dir. 2014/24/UE, recepisce l'art. 63, par. 2, della medesima Direttiva sull'affidamento sulle capacità di altri soggetti⁹⁷.

⁹⁴ Cft. L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10 ed., 2016, p. 521, Art. 133 Décret du 25 mars 2016.

⁹⁵ Cfr. Cour administrative d'appel de Bordeaux, 15 décembre 1997, N° 94BX01637.

⁹⁶ Così si afferma: « *En tout état de cause, il appartient au pouvoir adjudicateur d'éviter d'accepter que le marché qu'il conclut soit exécuté à plus de 95 % par des sous-traitants, sachant, à cet égard, que la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance n'autorise pas la sous-traitance totale d'un marché public* ». Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, publiée dans le JO Sénat du 10/05/2007, page 967.

⁹⁷ L'art. 63, par.2, infatti, statuisce: «*Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso*».

Tanto il contratto di subappalto in senso proprio che di sub-concessione sono subordinati all'autorizzazione della stazione appaltante che può essere richiesta nel corso della procedura di gara al momento del deposito dell'offerta o durante la fase di esecuzione e può essere riconosciuta anche a fronte del silenzio-assenso dell'amministrazione, escluse le sole ipotesi di "subappalto occulto"⁹⁸.

Tale autorizzazione beninteso non comporta che il subappaltatore diventi parte del rapporto contrattuale principale, ma gli consente, allorché anche le condizioni di pagamento siano state concordate, di essere retribuito direttamente dalla stazione appaltante, facendo valere il suo diritto «*au paiement direct*»⁹⁹.

Infatti, la responsabilità contrattuale può essere fatta valere solo nei confronti del contraente principale. La stazione appaltante, nonostante il possibile legame di tipo finanziario, in presenza dell'obbligo di pagamento diretto, può invocare solo una responsabilità extracontrattuale (o meglio, nell'ordinamento francese, da quasi-delitto) verso il subappaltatore¹⁰⁰.

⁹⁸ Décret no 2016-360 du 25 mars 2016, Relatif aux marchés publics – Art. 134. In dottrina : H. HOEPFFNER, Droit de contrats administratifs, Dalloz 2016, p. 379 ; UBAUD-BERGERON M., Droit des contrats administratifs, Lexis Nexis, 2015, p. 315; RICHER L., LICHERE F., Droit des contrats administratifs, LGDJ, 10 ed., 2016, p. 525.

⁹⁹ Cfr. Décr. N. 2016-360, art. 134 e 135 che al comma 1 dispone: « *Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 euros TTC, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur, est payé directement, pour la partie du marché public dont il assure l'exécution* ».

¹⁰⁰ Cfr. Conseil d'État, 7 déc. 2015, Cne de Bihorel n. 380419 in cui si afferma : « *qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que la commune de Bihorel n'était pas fondée à rechercher la condamnation, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, de la société Lassarat, sous-traitante de la société Lanos Isolation sans lien contractuel avec le maître de l'ouvrage, dès lors que la commune se bornait à invoquer la méconnaissance du contrat conclu entre ce sous-traitant et l'entrepreneur, la cour administrative d'appel de Douai n'a pas commis d'erreur de droit* ».

In dottrina : F. LLORENS e P. SOLER-COUTEAUX, *L'action quasi-délictuelle du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant: retour sur une jurisprudence chaotique*, in CMP 2015, rep 10 ; UBAUD-BERGERON M., Droit des contrats administratifs,

Da ultimo occorre tener conto che in Francia, la disciplina di cui alla legge 1975 e all'art. 62 dell'*ordonnance* 2015 non si applica ai contratti di partenariato che soggiacciono ad una disciplina a parte. Al riguardo, si ricorda che l'art. 87 dell'*ord.* 2015, prevede l'obbligo del contraente di un partenariato, di conferire alle piccole e medie imprese una parte minimale dell'oggetto del contratto. In tal senso, il subcontratto assumerebbe natura «obbligatoria», ovvero la clausola di sub-contratto integrerebbe necessariamente il contratto di partenariato.

2.3 Il regime “paradossale” del subappalto nel d.lgs. 50/2016

La disciplina italiana sul sub-appalto¹⁰¹, prevista all'art. 105 del d.lgs. 50/2016, si apre con un comma che ricalca quasi *in toto* il precedente articolo 118 del d.lgs. 163/2006: il principio è che i soggetti affidatari eseguono in proprio le prestazioni e che il contratto non può essere ceduto a pena di nullità¹⁰². Si aggiunge, tuttavia, che il subappalto è ammesso alle condizioni dettagliatamente esposte nei commi successivi ed è fornita una definizione del contratto di subappalto che si differenzia, in base a criteri quantitativi, dagli altri subcontratti, per i quali è comunque prevista una disciplina¹⁰³.

Lexis Nexis, 2015, p. 318; RICHER L., LICHERE F., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10 ed., 2016, p. 523.

¹⁰¹ Il subappalto quale contratto tra appaltatore e subappaltante, funzionalmente collegato al contratto di appalto, differisce dall'istituto dell'avvalimento. Quest'ultimo realizza un'integrazione temporanea dell'azienda del concorrente riguardo ai mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e l'impresa ausiliaria diviene parte sostanziale mediante l'assunzione di corresponsabilità in via solidale con il concorrente verso la stazione appaltante. Il subappalto invece, non realizza un'integrazione delle capacità dell'aggiudicatario, ma costituisce uno dei modi di organizzazione dell'impresa dell'appaltatore e comporta una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale. Cfr. T.A.R. Salerno (Campania) sez. I, 12 luglio 2017 n. 1156.

¹⁰² La dottrina sul subappalto (pubblico) è ampia, essendo l'istituto già contemplato dalla precedente normativa sugli appalti. AA.VV. *La disciplina dei contratti pubblici*, M. BALDI e R. TOMEI (a cura di), IPSOA, 2009, p. 980 e ss.

¹⁰³ Si veda l'art. 105 comma 2 del d.lgs. 50/2016.

Dall'*incipit* della norma, non pare potersi affermare che l'atteggiamento del legislatore nazionale sia mutato nei confronti dell'istituto e, anzi, sembra permanere un certo *sfavor* rispetto all'affidamento a terzi di opere/servizi oggetto del contratto di appalto.

La disciplina nazionale del subappalto, dunque, si caratterizza per alcuni elementi che denotano diffidenza nei confronti dell'istituto, diversamente dalla normativa europea, che ne ha rivalutato le potenzialità concorrenziali e di efficacia economica, prevedendo appositamente una disciplina flessibile.

Il subappalto è sottoposto ad una serie di condizioni, tra le quali, alcune storiche come: l'indicazione già in sede di presentazione delle offerte della parte che si intende subappaltare¹⁰⁴; il deposito del contratto di subappalto; la dimostrazione del possesso dei necessari requisiti di qualificazione dell'impresa, nonché l'assenza di uno dei motivi di esclusione in capo alla stessa.

A ciò si aggiunge che l'art. 105 del d.lgs. 50/2016, dispone, tra le altre condizioni:

- i) la fissazione di una quota massima per tutte le tipologie di appalti, pari al 30% delle prestazioni oggetto del contratto,

¹⁰⁴ Al riguardo si segnala TAR Roma (Lazio) sez. II 08 agosto 2017 n. 9260, secondo il quale la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene nelle ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara. L'eventuale incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti l'identità e la qualificazione dei subappaltatori indicati in sede di offerta preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina l'esclusione dell'offerente che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest'ultimo in relazione alle prestazioni interessate dal subappalto.

il cui superamento non sarebbe ammissibile in fase esecutiva¹⁰⁵;

- ii) l'obbligo del pagamento diretto del subappaltatore in caso di micro o piccola impresa, sia in caso di appalto sia di concessioni;
- iii) l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori, sia in caso di appalto sia di concessioni¹⁰⁶;
- iv) l'eliminazione della possibilità per l'appaltatore di qualificarsi anche attraverso i lavori affidati in subappalto.

In un contesto nel quale la tecnica utilizzata al fine di provvedere al recepimento delle direttive è quella della pedissequa trasposizione delle disposizioni normative europee; le *differenze* tra disciplina interna ed europea appaiono in modo evidente ed hanno conseguentemente posto dubbi circa la loro compatibilità¹⁰⁷.

¹⁰⁵ In giurisprudenza si ritiene che eventuali violazioni dei limiti del subappalto possono pertanto essere fatti valere anche nella successiva fase di esecuzione. In generale, l'eventuale superamento delle percentuali del subappalto, non può comunque comportare l'esclusione del concorrente dalla gara, potendo al più comportare l'esclusione del subappalto in caso di aggiudicazione. Così, TAR Roma (Lazio) sez. II 08 agosto 2017 n. 9260.

Inoltre, si ritiene che tale limite non possa essere invocato per il diverso istituto dell'avvalimento. Cfr. T.A.R. Roma (Lazio) sez. III 04 maggio 2017 n. 5285.

¹⁰⁶ La giurisprudenza afferma che «*Ai sensi dell'art. 105, comma 6, del nuovo codice dei contratti pubblici, non deve essere esclusa dalla gara l'impresa che ha indicato nell'offerta di volersi avvalere del subappalto ma che, in violazione della disciplina introdotta dal Codice, non ha indicato una terna di subappaltatori, trattandosi di irregolarità essenziale ma sanabile con il c.d. soccorso istruttorio oneroso ex art. 83, comma 9, dello stesso Codice*». T.A.R. Brescia (Lombardia) sez. II 29 dicembre 2016 n. 1790.

Invero il nuovo Codice dei contratti pubblici limita, in generale, l'esclusione dalla gara del concorrente che abbia compiuto omissioni nelle dichiarazioni rese ai soli casi di «irregolarità insanabili». Distingue poi l'ipotesi del soccorso istruttorio oneroso (con sanzione), per le irregolarità essenziali e non oneroso, nel caso, invece, di irregolarità formali.

¹⁰⁷ M. SALERNO, *Subappalto, esposto Ance a Bruxelles: "Limiti del codice contrari alle regole UE"*, Edilizia e Territorio, Quotidiano Sole 24 Ore, 8 marzo 2017.

Tali differenze, ed *in primis* la previsione legale di una soglia, sembrano basarsi su una irrefragabile presunzione di un uso distorto dello strumento da parte delle imprese partecipanti alla gara. Sicché per prevenire un eventuale effetto anticoncorrenziale e per prevenire fenomeni di infiltrazione mafiosa, si individua una disciplina che paradossalmente ricalca una politica anticoncorrenziale, ostacolando la concorrenza in entrata e paralizzando il mercato. C'è da domandarsi se applicando rigorosamente i principi di trasparenza e proporzionalità richiesti dalla direttiva per il subappalto non sia comunque possibile evitare fenomeni corruttivi e se la soglia imposta possa comunque evitare che sul 30% si realizzino fenomeni corruttivi in mancanza della necessaria trasparenza e tracciabilità di tutti i soggetti coinvolti nell'appalto.

L'impostazione più stringente adottata dal legislatore italiano potrebbe non essere necessaria, applicando in modo adeguato le norme sulla trasparenza, con ciò garantendo l'obiettivo di accesso delle imprese più piccole ai grandi appalti e una maggiore efficienza nella gestione dell'appalto da parte dell'appaltatore. Sotto il profilo di tutela della concorrenza, come si vedrà nel prossimo capitolo, l'eventuale uso distorto dello strumento contrattuale del subappalto, qualora sia elemento di una più complessa condotta anticoncorrenziale dell'impresa/e, è sanzionabile *ex art. 101 TFUE* e ciò indipendentemente dal ricorso ad uno strumento di per sé lecito.

In chiosa, alcune considerazioni aggiuntive. L'art. 105 d.lgs. 50/2016, pur disponendo che il subappaltatore è terzo e che responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante è il contraente principale; prevedrebbe *poteri di incidenza* della stazione appaltante (quali l'indicazione obbligatoria della terna nei suoi confronti), poco rispondenti con la struttura dell'operazione negoziale,

che non dovrebbe generalmente qualificarsi in termini di *collegamento negoziale in senso tecnico*¹⁰⁸.

Essendo un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto, lo stesso dovrebbe rilevare nella gara solo negli stretti limiti dell'indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto, *sempre ai fini dell'indispensabile trasparenza*, salvo l'ipotesi in cui la persona del subappaltatore sia necessaria e determinante per l'assolvimento dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante. Ciò pur se la giurisprudenza ha affermato che il suo mancato funzionamento, per qualsivoglia ragione, debba essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale¹⁰⁹, probabilmente è spiegabile alla luce delle teorie civiliste sul *contatto sociale*.

Infine, diversamente dall'ordinamento francese in cui è ammessa l'autorizzazione implicita, secondo la giurisprudenza di merito l'assenza dell'autorizzazione, in forma scritta, pur in presenza di inizio di esecuzione, comporterebbe la nullità del contratto di subappalto¹¹⁰.

¹⁰⁸ L'espressione, è formulata dalla Corte di Cassazione nel contesto di una operazione di leasing, e presuppone necessariamente «*sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche da un punto di vista causale*». Cass.civ. SS.UU., 5.10.2015, n. 19785.

¹⁰⁹ Consiglio di Stato sez. V, 13 febbraio 2017 n. 607.

¹¹⁰ Tribunale Bari sez. IV 02 marzo 2017 n. 1124.

3. *Ius variandi*

3.1 **La disciplina europea della modifica del contratto e sopravvenienze**

Le Direttive 2014/24/UE, 2014/23/UE e 2014/25/UE, dedicano un lungo articolo – pressoché identico – per la disciplina delle modifiche del contratto in corso di esecuzione (rispettivamente, gli artt. 72, 43 e 89).

Si tratta di norme che individuano i limiti entro i quali la modifica del contratto è consentita, superati i quali, risulta necessaria l'indizione di una nuova gara. Tali norme recano così una disciplina molto più articolata rispetto al previgente art. 61 della Direttiva 2004/18/CE, relativo all'aggiudicazione di lavori complementari al concessionario ed incorporano la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia (*Pressetext*)¹¹¹.

La disciplina in parola sembra implicitamente riconoscere che la rinegoziazione del contratto sia evento fisiologico, soprattutto per i contratti di concessione, di durata tendenzialmente lunga e dunque asseconda «*l'intenzione delle parti di rinegoziare*»¹¹² al fine di *adeguare* il contratto in presenza di alcune sopravvenienze.

Tuttavia, la “libertà” di rinegoziazione non può ledere il principio fondamentale di trasparenza-parità di trattamento¹¹³. Proprio

¹¹¹ Si tratta di sentenza resa ad esito di una domanda di pronuncia pregiudiziale e derivante dal fatto che nel corso del rapporto contrattuale le parti avevano operato tre tipi di modifiche: i) relative al contraente; ii) relative al prezzo; iii) relative alle clausole sullo scioglimento del rapporto. CGUE, Sentenza della Corte (Terza Sezione), 19 giugno 2008, C-454/06.

¹¹² Il riferimento all'intenzione dei contraenti si rinviene al considerando (107) della direttiva 2014/24/UE.

¹¹³ Si rinvia in tal senso al punto 34 della sentenza *Pressetext*, ove si afferma: «*Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti*

al fine di assicurare il loro rispetto, le Direttive cercano di delineare i limiti alle modifiche contrattuali, ovvero di precisare qual tipo di sopravvenienze possa ritenersi fisiologico e acconsentito, senza necessità di indire una nuova gara. Superati tali limiti, tuttavia, “*l’intenzione delle parti di rinegoziare*” ovvero il motivo della rinegoziazione, diverrebbe irrilevante, dovendosi procedere in termini oggettivi alla valutazione circa il loro superamento¹¹⁴.

Come espresso dall’A. G. *Yves Bot*, nel contesto di concessioni di servizi, «*nella fase di esecuzione del contratto, occorre conciliare l’obbligo di trasparenza con l’interesse del servizio pubblico, che, in talune circostanze, impone un adattamento e una modifica del contratto*»¹¹⁵.

L’art. 72, par (1), della Direttiva 2014/24/UE, fornendo dei parametri oggettivi, statuisce che sono ammesse le modifiche nei casi descritti alle lettere a)-e), che possono essere così parafrasati e suddivisi:

- i) per fattori *originari*

di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8377, punti 44 e 46)». SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione), 19 giugno 2008, C-454/06.

¹¹⁴ In tal senso la Corte ha rinvenuto che in presenza di una modifica sostanziale al contratto di appalto il motivo transattivo delle parti fosse non determinante al fine di escludere l’obbligo di indizione di nuova gara. Si veda CGUE SENTENZA DELLA CORTE (Ottava Sezione), 7 settembre 2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S*, punto 32. La Corte afferma: «*Tuttavia, occorre constatare che né il fatto che una modifica sostanziale dei termini di un appalto pubblico sia motivata non già dalla volontà deliberata dell’amministrazione aggiudicatrice e dell’aggiudicatario di rinegoziare i termini di tale appalto, bensì dalla loro volontà di trovare una composizione transattiva a fronte di difficoltà oggettive incontrate nell’esecuzione di detto appalto, né il carattere obiettivamente aleatorio di talune realizzazioni possono giustificare il fatto che tale modifica sia decisa senza rispettare il principio di parità di trattamento di cui devono potersi giovare tutti gli operatori potenzialmente interessati a un appalto pubblico*».

¹¹⁵ Tale affermazione (punto 47) fa parte delle conclusioni presentate il 27 ottobre 2009, causa C-91/08, *Wall AG*.

- a) si tratta di modifiche che non alterano il contratto e che erano previste nei documenti di gara iniziali attraverso clausole chiare;
- ii) per fattori sopravvenuti relativi all'oggetto/soggetto:
- b) nella *species*, prestazioni supplementari necessarie;
- c) nella *species*, fattori imprevedibili che non alterano la natura del contratto;
- d) nella *species*, mutamento del contraente per riorganizzazione interna della persona giuridica;
- e) nella *species*, fattori che non apportano modifiche sostanziali al contratto.

Nelle ipotesi di cui alle lett. b) e c), l'eventuale aumento di prezzo derivante dalle modifiche non deve essere superiore al 50% del valore del contratto iniziale.

Il par. (2) dell'art. 72, prevede poi una regola cd. «*de minimis*» anche per gli appalti pubblici, per cui non occorre verificare il rispetto delle ipotesi descritte dalle lett. a)-d) quando si tratti di modifiche al di sotto delle soglie indicate nella norma.

Il par. (4) dell'art. 72, riprendendo alcuni punti in diritto della sentenza della Corte di Giustizia *Pressetext*, specifica quando una modifica deve considerarsi sostanziale (cfr. lett. e) *supra*), ovvero quando: a) avrebbe consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati¹¹⁶; b) risulta modificato l'equilibrio economico¹¹⁷; c) estende notevolmente l'oggetto del contratto¹¹⁸; d)

¹¹⁶ Cfr. punto 35, C-454/06. Tale punto è ripreso e confermato nella sentenza della Corte, (Grande sezione), 10 aprile 2010, C-91/08, *Wall AG*, punto 38.

¹¹⁷ Cfr. punto 37, C-454/06.

¹¹⁸ Cfr. punto 36, C-454/06.

comporta la sostituzione del contraente in ipotesi diverse dal subappalto¹¹⁹ o dalle ristrutturazioni societarie.

In funzione di tali criteri, «*la qualificazione come modifica sostanziale deve essere analizzata da un punto di vista obiettivo*»¹²⁰.

La norma è il prodotto dell'esigenza, indicata nel considerando (2) della direttiva 2014/24, per cui: «*È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia*».

Tuttavia, è stato messo in discussione che le Direttive siano veramente riuscite a raggiungere detto scopo di chiarezza e certezza del diritto. Si sottolinea, infatti, come seppure l'art. 72 si apre con una disposizione volta a riconoscere il principio secondo il quale i contratti possono essere modificati senza la necessità di bandire una nuova gara (par. (1)); la norma si chiude con il par. (5) ove sembra affermarsi il principio opposto, essendo richiesta la procedura di gara per tutte le modifiche diverse da quelle enucleate ai parr. (1) e (2), che pertanto individuerebbero solo delle ipotesi eccezionali¹²¹.

Si potrebbe però giungere a dare preferenza a quanto statuito nel par. (1), richiamando proprio la sentenza *Pressetext*, che sembra

¹¹⁹ Nel caso del subappalto, la parità di trattamento sarebbe rispettata essendo contemplato nel bando di gara.

¹²⁰ Cfr. punto 33, C-549/14.

¹²¹ Si veda in particolare, Y. MARIQUE *Changes during performance. A case for revising the extention of competition*, in EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?, AA. VV. Kris Wauters, Yseult Marique, Larcier, 2016; R. NOGUELLOU, Les nouvelles directives et l'exécution des contrats, AJDA, 2014, p. 853. Anche la *Hoepffner*, sembra avere dei dubbi, dal momento che «*les conditions -de fond et procédurales – posées pour autoriser les modifications sont tellement nombreuses que l'effectivité de la mutabilité semble douteuse*». HOEPFFNER H., *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique*, Société de législation comparée, 2014.

indicare criteri solo esemplificativi per verificare la sussistenza di una modifica sostanziale¹²².

Anche al di fuori delle ipotesi di modifica sostanziale, in cui viene in rilievo il principio di trasparenza-parità di trattamento che impone una nuova gara, è previsto un obbligo di pubblicità in capo alle amministrazioni aggiudicatrici che hanno modificato il contratto nelle ipotesi relative a fattori sopravvenuti necessari (lett. b)) e a fattori sopravvenuti imprevedibili (lett. c)), al fine di attuare il principio di trasparenza-*accountability*.

In tal modo nel diritto europeo l'esigenza di modifica del contratto è temperata dal rispetto del principio di trasparenza, nelle sue varie accezioni e risponde ad una impostazione nuova delle direttive che aumentano, da un lato la trasparenza *accountability* da parte delle stazioni appaltanti e, dall'altro, tendono a dare maggiore discrezionalità alle stesse, anche in fase di esecuzione, nell'ottica del raggiungimento efficiente degli obiettivi prefissati dall'appalto¹²³.

3.2 La “mutabilité” dei contrats administratifs

La Francia, nel recepimento dell'art. 72 della direttiva 2014/24/UE (e delle corrispondenti artt. 43, direttiva 2014/23/UE e 89 Direttiva 2014/25/UE) ha preferito optare per una normativa di principio, forse apparentemente più coerente con la disciplina *classica* delle modifiche ai *contrats administratifs*, lasciando alla fonte regolamentare il compito di enucleare le disposizioni di dettaglio.

¹²² Una dottrina, analizzando la struttura dell'articolo e soprattutto il suo *incipit*, ritiene che la Direttiva consacrì il principio di modificabilità dei contratti pubblici. Così, H. HOEPFFNER, *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique*, Société de législation comparée, 2014.

¹²³ Si veda al riguardo anche la Raccomandazione (UE) 2017/1805 della Commissione del 3 ottobre 2017, relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici. Costruire un'architettura per la professionalizzazione degli appalti pubblici.

L'art. 65 dell'*Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015* (così come l'art. 55 dell'*Ordonnance 2016-65 du 29 janvier 2016*), si limita, infatti, a statuire, da un lato, che le modifiche al contratto non possono cambiare la natura dell'appalto¹²⁴, dall'altro, che il contratto può essere sciolto dall'amministrazione aggiudicatrice, quando non può essere eseguito se non violando le disposizioni contenute nell'*ordonnance*¹²⁵.

Attraverso la via regolamentare, l'ordinamento francese ha recepito puntualmente la normativa dettagliata di cui alle Direttive, modificando solo l'ordine di alcune disposizioni (la regola *de minimis*, per esempio, è collocata all'ultimo comma dell'art. 139, *Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics*, sulle modifiche contrattuali).

Giova, tuttavia, considerare che il Paese aveva già una disciplina di matrice giurisprudenziale, codificata poi anche settorialmente, sulle modifiche ai *contrats administratifs* ovvero sul potere di modifica unilaterale¹²⁶.

¹²⁴Nel testo normativo si afferma « *Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public* ». Il termine *globale*, ricalca quanto previsto alla lett. a), par. 1 dell'art. 72, Dir. 2014/24/UE. La formulazione è innovativa tanto rispetto al precedente art. 20 *Code des marchés publics* (2006), tanto rispetto alle formule utilizzate in giurisprudenza. L'art. 20 del *Code des marchés publics* statuiva: «*En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.*

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

In tal senso, per esempio, un appalto di servizi, non potrebbe trasformarsi in appalto di lavori; oppure non potrebbe essere alterato l'equilibrio economico globale del contratto.

¹²⁵ La norma fa riferimento al potere di *résiliation* dell'amministrazione. Al riguardo si rinvia al par. 5.2.

¹²⁶ In dottrina si veda : H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, pp. 381 e ss. ; RICHER L., LICHERE F., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10 ed., 2016, pp. 503 e ss. ; PLESSIX B., *Droit Administratif général*, LexisNexis, 2016 ; UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, Lexis Nexis, 2017, pp. 365 e ss.

Storicamente, i «*contrats administratifs*» sono caratterizzati dall'essere “cedevoli”¹²⁷, nel senso che possono subire cambiamenti ovvero cessare, per motivi di interesse pubblico. La “cedevolezza” del contratto, assurge a principio generale, essendo giustificata dall'interesse generale¹²⁸. Modifiche al contratto possono derivare tanto dalla volontà unilaterale dell'amministrazione che essere imposte da cambiamenti eccezionali ed imprevedibili. Il potere di modifica unilaterale rientra, infatti, tra le *regole generali* applicabili a tutti i contratti amministrativi indipendentemente da una sua previsione espressa¹²⁹. Altresì, gli eventi esterni in grado di determinare modifiche del contratto, sono dalla giurisprudenza individuati attraverso le tre teorie classiche chiamate: *sujétions imprévues* (difficoltà materiali imprevedibili riscontrate nell'esecuzione che attengono alla cd. alea tecnica); *fait du Prince* (atto d'imperio rientrante nella cd. alea amministrativa); *imprevision* (difficoltà finanziarie imprevedibili relative alla cd. alea economica)¹³⁰.

Stante il rilievo di tali sopravvenienze, ovvero “circostanze non prevedibili”, si è affermato che il diritto europeo sulle modiche

¹²⁷ In dottrina, si è anche parlato di «*fragilité des contrats administratifs*». PLESSIX B., *Droit Administratif général*, p. 1232.

¹²⁸ Sul principio di mutevolezza, si afferma: «*Ce principe a conféré au contrat administratif son trait distinctif : alors qu'en droit privé, le contrat conclu est réputé être la «loi intangible des parties», il apparaît, en droit administratif, «comme un système global, animé d'une vie particulière»*». M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse Montpellier, 2004.

¹²⁹ Ciò a partire dall'*arrêt C.E. du 11 mars 1910 Cie Gén. Française des tramways* (D. 1912.III.49 concl. Blum), nonché CE sect. 12 mai 1993, *Cie gén. Des eaux, Lebanon* 508; CE 2 fév. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, 34027, Lebanon 33, ove si afferma la modifica unilaterale è *règle générale*: «*que l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, que l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat, et enfin que les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi, les auteurs du décret attaqué se sont bornés à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs*».

¹³⁰ Si veda PLESSIX B., *Droit Administratif général*, op.cit. p. 1239-1240.

contrattuali, ben più recente, sia giunto di fondo a delle conclusioni analoghe.

Il paradosso, per alcuni in dottrina, è però derivato dall'elencazione da parte delle nuove norme (europee e di riflesso nazionali) di ipotesi dettagliate, che potrebbero mettere in discussione la portata delle teorie sopra enunciate¹³¹. Ciò nella considerazione aggiuntiva che tali norme nazionali coprono oramai tutti i *contrats administratifs* e non solo quelli sopra-soglia¹³².

Le nuove norme sono parse, a volte, meno chiare di quelle precedenti, come nel caso del divieto di «*modifier la nature globale du contrat initial*» di cui alle *Ordonnances 2015 e 2016*, che sostituisce il precedente divieto giurisprudenziale di «*modifier substantiellement un élément essentiel du contrat initial*»¹³³.

Nella prassi, le modifiche in corso di esecuzione ai contratti di appalto o concessione avvengono per mezzo di cd. “*avenants*” (clausole addizionali/varianti), che, se prima delle *Ordonnances 2015 e 2016*, trovavano una disciplina specifica nel *Code des marchés publics* del 2006, non sono invece regolamentate nei testi del 2015 e 2016. La loro disciplina ruota, infatti, oramai intorno a quella delle cd.

¹³¹ Per esempio, si è affermato che la nuova nozione di “circostanze non prevedibili” non sembra racchiudere l'ipotesi anteriore dell’*“imprévision”*, né tantomeno l'ipotesi delle *“sujétions imprévues”* non essendo tali teorie soggette al limite massimo dell'aumento del 50% del valore del contratto, di cui alle Direttive. H. HOPFFNER, *La modification des contrats*, RFDA 2016, p.280

¹³² In tali termini, H. HOPFFNER, *La modification des contrats*, RFDA 2016, p.280.

¹³³ Tale formula è tratta da : C.E., Avis Section des finances du Conseil d'Etat n° 364 803 du 8 juin 2000.

La Hopffner afferma : « *il nous semble que l'expression antérieure (« modifications substantielles d'un élément essentiel ») était en réalité plus claire que l'expression nouvelle (« nature globale »). L'adjectif « substantiel » est synonyme d'« important ».* Une modification est donc substantielle lorsqu'elle est importante, c'est-à-dire, d'un point de vue quantitatif, lorsqu'elle change le volume ou le coût de la prestation convenue et, d'un point de vue qualitatif, lorsqu'elle change la nature de la prestation promise. Encore faut-il en outre, lorsqu'elle est substantielle, qu'elle touche un élément essentiel du contrat, c'est-à-dire un élément indispensable, fondamental du contrat : son noyau dur, tel qu'il a été déterminé par les parties ». H. HOPFFNER, *La modification des contrats*, RFDA 2016, p.280.

“modifiche essenziali” al contratto, indipendentemente dal mezzo utilizzato (atto unilaterale, clausola, etc.)¹³⁴.

Tali clausole, quando hanno per oggetto, per esempio, prestazioni supplementari che si sono rese necessarie e conseguentemente l’adeguamento dei prezzi, si trovano anche sotto il nome di “*avenants de régularisation*” (clausole addizionali di “regolarizzazione”). Orbene, dette clausole non sono assimilabili ad un contratto di appalto e, dunque, non soggiacciono al regime previsto dall’*ordonnance* 2015-89 e dal decreto di attuazione, che prevede tra l’altro: «*Le marché public est notifié au titulaire*»¹³⁵. Tuttavia, in dottrina, si ritiene che le stesse soggiacciono ad un obbligo implicito di notifica/autorizzazione; sicché non potrebbe aversi “inizio di esecuzione” in assenza di notifica¹³⁶.

In conclusione, nell’ordinamento francese si evidenzia come la “cedevolezza” (*mutabilité*) dei *contrats administratifs* è carattere che contraddistingue tali contratti rispetto a quelli di diritto privato, dal momento che pur se non si ignora l’esigenza di “*securité juridique*”, questa deve combinarsi con quella «*de l’évolution des besoins du service public, et plus généralement, du changement de circonstances.*

¹³⁴ In tal senso si veda, S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, Groupe Moniteur, 2017, p. 542.

Dall’altra parte vi è chi afferma : « *Le nouveau régime des avenants n'en est pas un. Il constitue plutôt une catégorie juridique nouvelle, celle des « modifications des marchés en cours d'exécution »*, qu'il faudra apprendre à maîtriser ». Si veda F. LINDITCH, *Des avenants... aux « modifications des marchés en cours d'exécution » Commentaire du projet de Code des marchés publics*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 47, 23 Novembre 2015, 2341.

¹³⁵ Cfr. Art. 103, Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

¹³⁶ Si veda sul tema: P. PEYRET, J. PENTECOSTE (sous la direction de S. BRACONNIER), *Les avenants de régularisation*, in *Contrats et Marchés Publics*, Avril 2016, p. 59

*La mutabilité du contrat administratif est ainsi originale par les justifications qu'elle poursuit, plus que par son existence même*¹³⁷.

3.3 Modifiche e varianti al contratto nel d.lgs. 50/2016

L'art. 106, d.lgs. 50/2016, rubricato «*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*», sostituisce il precedente art. 132, d.lgs. 163/2006, rubricato «*Varianti in corso d'opera*»¹³⁸. La novità, derivante dalla terminologia utilizzata, appare a livello sistematico non di poco conto, essendo il tema delle modifiche al contratto, più ampio di quello delle varianti in corso d'opera. A conferma, l'art. 106 si apre con il seguente *incipit*: «*le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto...*»; e al comma 1 lett. c) si precisa che, quando le modifiche all'oggetto del contratto sono determinate da circostanze imprevedute e imprevedibili, ovvero da altre cause («*nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*»¹³⁹), assumono la denominazione di *varianti*.

In conformità con la disciplina europea sopra sinteticamente riportata, che è pedissequamente recepita, salvo alcune aggiunte¹⁴⁰, l'art. 106, d.lgs. 50/2016 ruota intorno alla nozione di modifiche sostanziali al contratto (comma 4), quale limite “qualitativo” non

¹³⁷ M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Lexis Nexis, 2017, p. 366.

¹³⁸ Il tema delle varianti è, nel diritto nazionale, antico. In dottrina si veda: L. GIAMPAOLINO, *Vecchi problemi e nuovi scenari: le «varianti», il «subappalto», le «misure di prevenzione antimafia», dopo il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito nella legge 11 agosto 2014 n. 114 e alla vigilia del recepimento della direttive nn. 22, 23 e 24 del 2014*, in *giustamm.* n. 12/2014.

¹³⁹ Tali sub-fattispecie pur se non sono previste dall'art.72 della dir. 2014/24/UE, riecheggiano la teoria francese del “*fait du Prince*”.

¹⁴⁰ Per esempio la lett. (e) dell'art. 72, Direttiva 24/2014/UE, sulle *modifiche non sostanziali*, è recepita nella lettera (e) del comma 1, art. 106, con l'aggiunta «*Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche*».

superabile. Una modifica sostanziale configurerebbe infatti un “*aliud pro alio*”, almeno per quel che concerne le forniture¹⁴¹.

A ben vedere, tra le fonti della norma, oltre all’art. 72 della Direttiva 2014/24/UE, possono includersi anche alcune disposizioni previgenti che sono riprodotte, come l’obbligo di trasmissione all’Autorità nazionale contratti pubblici - *Anac* delle varianti in corso di cui all’art. 37, d.l. 90/2014, enucleato al comma 8, dell’art. 106 (*i.e.* trasmissione delle modifiche contrattuali) e accompagnato da sanzioni in caso di mancata o tardiva comunicazione¹⁴².

In generale, sembrerebbe permanere la disciplina previgente per cui le modifiche al contratto devono essere autorizzate dal RUP (comma 1, art. 106, d.lgs. 50/2016), ovvero approvate dalla stazione appaltante, dovendo la stessa comunicarle all’*Anac* (comma 8, art. 106)¹⁴³.

Ciò non toglie che la disciplina di risulta, proprio per gli influssi europei, sembra caratterizzata da maggiore flessibilità, fermo il divieto di una modifica *sostanziale* al contratto. In tal senso, la lett. e), comma 1, art. 106, d.lgs. 50/2016 (in cui potrebbero rientrare alcune tipologie di varianti di cui al precedente art. 132, d.lgs. 163/2006) sembra potenziare la flessibilità del contratto, consentendo modifiche non sostanziali, senza particolari oneri motivazionali, salvo il rispetto dell’obbligo di pubblicità¹⁴⁴.

¹⁴¹ Si veda in tema di appalti di forniture: Cons. St. sez. V, 3.1.2006, n. 16 e N. PAOLOANTONIO, *Varianti e sospensioni*, in *giustamm.* n.1-2006.

¹⁴² Quanto alle incoerenze nel regime degli obblighi di comunicazione all’ANAC per le varianti in corso d’opera, si veda: Consiglio di Stato comm. spec., 30/03/2017, n. 782, in *Foro Amministrativo* (II) 2017, 3, 614.

¹⁴³ Sui rapporti con la previgente disciplina di cui all’art. 132, d.lgs. 163/2006, si veda: L. MICONI, *Le modifiche del contratto e le varianti in corso d’opera nel d.lgs. 50/2016 tra vecchie e nuove criticità*, in *giustamm.* n. 3/2017.

¹⁴⁴ In tal senso si veda anche L. MICONI, *cit.*

Ciò senza tralasciare, il nesso di funzionalità con riguardo all'interesse pubblico che vincola anche le modifiche contrattuali/varianti. Proprio in tale ottica dovrebbero interpretarsi i vincoli procedurali di autorizzazione, approvazione, perfezionamento delle varianti.

Conformemente, la Corte suprema ha ritenuto che «*[i]n tema di appalto di opere pubbliche, invero, l'appaltatore che abbia eseguito varianti in corso d'opera non previste dal contratto non ha diritto, per ovvie necessità di protezione del pubblico interesse, ad alcun compenso o indennizzo di sorta, neppure a titolo di indebito arricchimento dell'ente committente, dovendo altresì ritenersi che il direttore dei lavori, che ne abbia disposto l'esecuzione, abbia agito al di fuori di suoi poteri, e, perciò, quale "falsus procurator" dell'ente¹⁴⁵*».

Dunque l'interesse pubblico pervade, come nell'ordinamento francese, la disciplina delle modifiche contrattuali. Queste ultime rientrano nel sinallagma funzionale del contratto, più che essere patologie dello stesso.

4. Durata

4.1 Tempo e contratto: la durata del rapporto contrattuale nel diritto UE

Il diritto europeo *rectius* la Direttiva 2014/23/UE prevede una norma sulla durata del rapporto concessorio, che seppur non

¹⁴⁵ Cassazione civile, sez. I, 13/04/2017, n. 9570.

Allo stesso tempo in giurisprudenza si afferma che «*In tema di risarcimento del danno, con riferimento all'appalto di opere pubbliche, gli specifici poteri di autorizzazione, controllo ed ingerenza della P.A. nella esecuzione dei lavori, con la facoltà, a mezzo del direttore, di disporre varianti e di sospendere i lavori stessi, ove potenzialmente dannosi per i terzi, escludono ogni esenzione da responsabilità per l'ente committente*». Cassazione civile, sez. I, 12/12/2016, n. 25408 in Foro Amministrativo (II) 2017, 2, 271.

contemplata nel capo relativo all'esecuzione, ma in quello sulle *disposizioni generali*, viene trattata nel presente studio attenendo allo svolgimento del rapporto nel tempo. Ciò pur nella consapevolezza che la durata potrebbe già essere indicata nei documenti di gara o rientrare tra i criteri di aggiudicazione del contratto.

Il binomio *tempo e contratto*¹⁴⁶ è così preso in esame, dal legislatore europeo, sotto varie angolazioni, quella delle “modifiche contrattuali” in quanto il passare del tempo può far venire in rilievo nuove circostanze, e quella della “durata”, dal momento che il rapporto contrattuale si svolge in un tempo, determinato o indeterminato che sia. A ben vedere, modifiche contrattuali e durata possono intersecarsi: la modifica del contratto potrebbe proprio riguardare la durata dello stesso, venendo in rilievo, per esempio, una cd. *proroga*. Il tema delle proroghe, pur non esplicitamente contemplato dalle Direttive, ma affrontato tanto dalla giurisprudenza¹⁴⁷ che dalla Commissione Europea¹⁴⁸, è insito nella disciplina della durata e delle modifiche sostanziali al contratto.

Il diritto europeo regola, per la prima volta, la durata del rapporto concessorio, nulla prevedendo, invece, con riguardo agli appalti pubblici.

La Corte di Giustizia ha così affermato che «*la pratica di concludere un appalto pubblico di servizi a tempo indeterminato è di per se stessa estranea al sistema ed alla finalità delle norme*

¹⁴⁶ Si veda anche il *Linditch*, nella prefazione al manuale di J.B. Vila. J.B. VILA, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, L'Harmattan, 2016, p. 5.

¹⁴⁷ Da ultimo si veda CGUE, Quinta Sezione, SENTENZA 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa Srl*. La Corte in particolare interviene sull'interpretazione della direttiva servizi a fronte di concessioni demaniali marittime che venivano prorogate ex lege.

¹⁴⁸ Si veda al riguardo il rinvio alla Corte di Giustizia da parte della Commissione Europea per violazione del diritto UE da parte dell'Italia per la proroga di un contratto di concessione autostradale, Comunicato stampa 17 maggio 2017.

comunitarie in materia di appalti pubblici» e dunque «allo stato attuale, il diritto comunitario non vieta la conclusione di appalti pubblici di servizi a tempo indeterminato»¹⁴⁹. Tuttavia, ha riconosciuto che «[i]n prospettiva, tale pratica può impedire la concorrenza tra i prestatori di servizi potenziali»¹⁵⁰.

Quanto alle concessioni, la Direttiva, nel considerando (52), afferma il principio per cui «[l]a durata di una concessione dovrebbe essere limitata al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza». Ciò in quanto concessioni di durata molto lunga possono dar luogo alla preclusione dell'accesso al mercato, ostacolando così la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento. Tuttavia, una durata molto lunga «può essere giustificata se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito».

Inoltre, si prevede che la *durata massima* dovrebbe essere indicata nei documenti di gara, salvo che la durata sia utilizzata come criterio di aggiudicazione.

Il considerando è ripreso all'art. 18, ove da un lato si afferma che la durata è limitata ed è stimata in funzione delle prestazioni richieste al concessionario¹⁵¹; dall'altro, si statuisce che per le concessioni superiori a 5 anni, la durata massima «non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto

¹⁴⁹ Cfr. C-454/06, punto 74.

¹⁵⁰ Cfr. C-454/06, punto 73.

¹⁵¹ La stima dovrebbe essere fatta al momento dell'aggiudicazione del contratto. Cfr. considerando (52).

conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici»¹⁵².

La previsione dell'obbligo di legare il contratto di concessione ad una durata stabilita in funzione del recupero degli investimenti, pur se già conosciuta in alcuni Stati membri, sembra essere nuova nel diritto UE.

Nella normativa europea precedente in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e di concessioni di lavori, non si rinviene alcun principio generale sulla durata contrattuale¹⁵³, ed alcuna attenzione è posta al profilo del recupero degli investimenti.

Diversamente, numerosi considerando di cui alla Direttiva 23/2014/UE prendono in considerazione, in materia di concessioni, il tema degli investimenti sotto i suoi molteplici aspetti.

In particolare, si indica che l'introduzione di un quadro giuridico sulle concessioni avviene anche al fine di favorire gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini (considerando 1).

Inoltre, è la stessa nozione di concessione che viene precisata, per distinguerla da quella relativa all'appalto, attraverso il concetto di «rischio operativo». La concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori, in condizioni di mercato operative normali. Il

¹⁵² Si afferma altresì che: «*Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione*».

¹⁵³ Ciò salvo con riguardo ad alcune disposizioni settoriali come quella relativa agli accordi quadro. In particolare, si rinvia al considerando 11 e all'art. 32 della direttiva 18/2004/CE. Anche nella direttiva 2014/24/UE sugli appalti è regolata la durata dell'accordo quadro che non deve superare quattro anni, salvo casi eccezionali al fine di permettere l'ammortamento degli investimenti (art. 33, par. 1 e considerando 62).

rischio operativo deve essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato dal lato della domanda e/o dell'offerta. (considerando 18 e 20).

Invero, «[l]’applicazione di norme specifiche per la disciplina dell’aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore sollevasse l’operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l’operatore economico deve sostenere in relazione all’esecuzione del contratto»¹⁵⁴.

Pertanto la determinazione degli investimenti risulta fondamentale per definire l’equilibrio economico della concessione e individuarne la durata e il corrispettivo. Resta fermo che nel corso della concessione il mancato recupero dei costi per le fluttuazioni del mercato è in capo all’operatore economico; ciò consente che il principio di concorrenza sia rispettato per l’intera esecuzione del contratto, altrimenti potendosi configurare anche un aiuto di stato¹⁵⁵.

L’allungamento della durata può essere utilizzato come strumento per riportare in equilibrio economico la concessione al verificarsi di condizioni che non sono imputabili al concessionario e che non rientrano nelle normali fluttuazioni di mercato, quindi è necessario fare particolare attenzione alla condizione che non sia trasferito il rischio operativo in capo al concedente.

La durata del rapporto, che secondo il diritto europeo classico rientrava nell’ambito della libertà delle parti, viene così soggetta a

¹⁵⁴ Cfr. considerando 18, Dir. 23/2014. Ciò non toglie che contratti remunerati esclusivamente dall’amministrazione aggiudicatrice dovrebbero configurarsi come concessioni «qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall’operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall’effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura». Cfr. sempre considerando 18, Dir. 23/2014.

¹⁵⁵ Si rinvia al cap. III (par. 4.2).

limiti; pur nella considerazione che le concessioni europee nascono come contratti di lunga durata¹⁵⁶. Tali limiti tuttavia appaiono necessari al fine di tutelare l'accesso al mercato delle imprese e la concorrenza, nonché per evitare ostacoli alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento.

Il riferimento alla concorrenza, appare peraltro di particolare di rilievo, non mancando ipotesi in cui la giurisprudenza ha proceduto ad un vaglio della clausola contrattuale sulla durata ai sensi della fattispecie sull'abuso di posizione dominante¹⁵⁷.

4.2 Appalti e concessioni di durata nel diritto francese

Nell'ordinamento francese vi erano, già prima del recepimento delle Direttive appalti e concessioni, limitazioni alla libertà delle parti di fissare liberamente la durata. Con riguardo ai contratti di *délégations de service public* (concessione), la *loi Sapin 93-122*, come modificata ed interpretata in giurisprudenza, prevedeva all'art. 40, da un lato, che tali contratti dovessero essere di durata limitata, dall'altro, che per la determinazione della durata, dovesse tenersi conto della natura e dell'ammontare degli investimenti ed in questo caso non si

¹⁵⁶ Tale considerazione è ripresa nel considerando 68 ove si afferma: «(68) Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati».

¹⁵⁷ Cfr. infra cap. III.

potesse superare «*la durée normale*» per l'ammortamento delle installazioni¹⁵⁸.

Inoltre, in giurisprudenza si era precisato che questa esigenza di limitare la libertà contrattuale rispondeva ad un imperativo di ordine pubblico ovvero quello della tutela della trasparenza e della libertà di accesso ai contratti di concessione attraverso un'apertura periodica alla concorrenza¹⁵⁹. Si era altresì sostenuto, che in caso di superamento della durata come prevista dalla legge, si potesse, almeno in astratto, configurare un abuso di posizione dominante¹⁶⁰ e fosse pertanto giustificato il recesso unilaterale per motivi di interesse pubblico da parte dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁶¹.

Si aggiunge che, per alcuni settori specifici, la legge prevedeva una durata massima¹⁶² e che, in generale, le proroghe fossero ammesse

¹⁵⁸ Secondo l'art. 40, abrogato : « *Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* ».

Sul tema della «durata normale» si veda: CE 11 août 2009, *Sté Maison Comba*, no 303517: Lebon T. 833 ; Contrats Marchés publ. 2009, no 364, note Eckert; Dr. adm. 2009. Comm. no 147, note Idoux et Cafarelli.

¹⁵⁹ Si veda, CE, 8 avr. 2009, N° 271737, *Commune d'Olivet*, ove si afferma : « *Considérant, toutefois, que la loi du 29 janvier 1993 répond à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation* ».

¹⁶⁰ Ci si riferisce alla sentenza del CE, 3 nov. 1997, n° 169907, *Société Million et Marais*, Lebon p. 406, concl. J.-H. Stahl ; AJDA 1997. 1012. In tale caso il Consiglio di Stato ha affermato che la durata del contratto di concessioni di pompe funebri, superiore a 6 anni, non comporta l'abuso della posizione di dominanza del concessionario. Si rimanda al cap III.

¹⁶¹ CE, 7 mai 2013, n° 365043, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*.

¹⁶² Nel settore dell'acqua potabile, la durata massima delle concessioni era di 20 anni (art. 40, Loi Sapin). Tale durata è rimasta anche nella nuova disciplina di cui all'art. 34, II, *Ordonnance 29 janv. 2016*.

solo in ipotesi circoscritte, correlate sempre all'interesse generale o alla buona esecuzione del servizio pubblico¹⁶³.

In tale quadro, il recepimento nel diritto francese dell'art. 18, Direttiva 2014/23/UE, non appare aver avuto effetti innovativi. Anzi, l'ordinamento sembra restare un passo avanti rispetto a quello europeo, prevedendo una disciplina anche per gli appalti pubblici¹⁶⁴.

L'*Ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015, Relative aux marchés publics*, invero, all'art. 39 fissa il principio secondo il quale il contratto di appalto deve avere una durata determinata¹⁶⁵ ed impone così alle parti di disciplinarla in un'apposita clausola contrattuale.

A livello regolamentare, è poi previsto che le parti, ai fini della determinazione della durata, tengono conto della natura delle prestazioni e della necessità di garantire periodicamente l'apertura alla concorrenza¹⁶⁶.

In tal senso, è stato affermato che la durata degli appalti, in particolare di servizi pubblici, sia limitata, seppure non sia previsto un

¹⁶³ L'art. 40 Loi Sapin così disponeva : « *Une délégation de service ne peut être prolongée que:*

a) *Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an;*

b) *Lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des (L. no 94-679 du 8 août 1994; L. no 95-127 du 8 févr. 1995) «investissements matériels» non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel no 92-316 DC du 20 janvier 1993.] »*

¹⁶⁴ Sul tema si veda: P. TERNEYRE, *La durée des contrats*, in RFDA, 2016, p. 276.

¹⁶⁵ La norma così dispone : « *La durée d'exécution ainsi que le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont définies par le marché public, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire*». — V. not. Décr. no 2016-360 art. 15 s., infra; Décr. no 2016-361 du 25 mars 2016, art. 11 s., infra

¹⁶⁶ Cfr. Art. 16 del Décr. no 2016-360, du 25 mars 2016 sugli appalti pubblici. La norma statuisce: « *Sous réserve des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et du présent décret relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique*».

inquadramento temporale preciso come per le concessioni, non essendovi alcun riferimento al concetto di ammortamenti¹⁶⁷.

Diversamente dagli appalti, la durata dei contratti di partenariato è prevista in funzione dell'ammortamento degli investimenti e delle modalità di ottenimento degli stessi¹⁶⁸. Così come, l'art. 34, *Ordonnance 29 janv. 2016*, statuisce che la durata delle concessioni è determinata in funzione della natura e dell'ammontare delle prestazioni o degli investimenti richiesti al concessionario. La norma regolamentare (*art. 6, Décr. no 2016-86 du 1er févr. 2016*) specifica poi che gli investimenti presi in considerazione sono tanto quelli iniziali che quelli successivi, necessari per la gestione delle opere/servizi e viene, inoltre, recepita la disposizione europea sulle concessioni ultra-quinquennali, con il rinvio più tecnico al concetto di ammortamenti¹⁶⁹.

In dottrina, è stato comunque sottolineato che la disciplina sulla durata del rapporto resta delicata, non essendo prestabilita una durata fissa¹⁷⁰.

In generale, il Consiglio di Stato ritiene, per esempio, che le amministrazioni aggiudicatrici, prima dell'inizio della fase di negoziazione con i partecipanti alla gara, non siano obbligate ad indicare la durata del contratto, e che sia permesso fornire solo una

¹⁶⁷ J-F. AUBY, *Les contrats de gestion du service public*, LGDJ, 2016, p. 148-149

¹⁶⁸ Cfr. Art. 67 *Ordonnance n 2015-899* e Art. 144 del *Décret n. 2016-360 du 25 mars 2016* sugli appalti pubblici.

¹⁶⁹ In particolare, l'art. 6.II *du décret n° 2016-86 du 1er février 2016*, dispone : « *pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat* », laddove invece l'art.18, par. 2, della Direttiva 2014/23/UE, più genericamente afferma « (...) *pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services (...)* ».

¹⁷⁰ DEVES C., *Attention à la durée de la concession de service public* in *Juris tourisme* 2017, n°193, p.16

durata indicativa, a condizione che ciò non produca un'incertezza che impedisca la formulazione di offerte considerabili a pieno titolo¹⁷¹.

Inoltre, diversamente dalla normativa previgente di cui alla *Loi Sapin*, il sistema delle proroghe non appare più espressamente disciplinato; sicché dovrebbe essere inquadrato nell'ambito delle “modifiche al contratto”¹⁷² e della normativa sugli aiuti di Stato¹⁷³.

4.3 La durata “limitata” delle concessioni nell'ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano, prima del recepimento della Direttiva 2014/23/UE, la “concessione” era intesa quale rapporto di lunga durata.

Proprio muovendo da tale definizione, non mancavano ricorsi frequenti da parte delle amministrazioni – anche legittimati in via normativa¹⁷⁴ –, all'istituto della “proroga”, soprattutto nel contesto delle concessioni demaniali, la cui natura è stata spesso ricondotta alla figura della *concessione-contratto*¹⁷⁵, piuttosto che a quella di un mero contratto.

Peculiarità dell'ordinamento nazionale era dunque la pratica della proroga di rapporti di concessione, nella *species* demaniali, pur se non certa fosse la compatibilità col diritto europeo, ed in particolare

¹⁷¹ CE, 4 févr. 2009, *Communauté urbaine d'Arras*, req. n° 312411 ; CE, 15 déc. 2008, *Communauté interco des villes solidaires*, req. n° 312350. In un recente caso, una giurisprudenza di merito ha annullato l'aggiudicazione, non essendo chiaro dal bando se e come l'amministrazione valorizzasse le offerte in termini di durata del contratto. TA Clermond-Ferrand, 3 déc. 2016, n° 1601999.

¹⁷² In tal senso, R. NOGUELLOU, *L'exécution des contrats de concession*, AJDA 2016 p.1008.

¹⁷³ In tal senso, R. NOGUELLOU, *Contrats publics et aides d'Etat*, Mélanges Cl. Blumann, Bruylant, 2015, p. 447

¹⁷⁴ Come l'art. 47 Cod. della navigazione che prevedendo un “diritto di insistenza” consentiva un “rinnovo automatico” *rectius* una proroga.

¹⁷⁵ In dottrina sulle concessioni contratto si veda M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in Enc. giur. Treccani, 1988, VII, ad vocem, p. 2 ss; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981. Si veda anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 585.

con i principi e regole della Direttiva *Bolkestein*, Dir. 2006/123/CEE¹⁷⁶. Proroga che, a ben vedere, poteva verificarsi anche “di fatto”, attraverso previsioni, come quella del pagamento di un indennizzo corrispondente alla quota degli investimenti non ammortizzati da parte del concessionario subentrante, che comportavano la prosecuzione del rapporto con il concessionario originario, superata la scadenza.

A tale pratica, solo recentemente, si è cercato di porre freno, anche a fronte delle reazioni della Commissione¹⁷⁷ e delle pronunce della Corte di Giustizia¹⁷⁸, riconoscendo un impatto negativo, in termini generali, sulla concorrenza¹⁷⁹.

Orbene, se il ricorso a proroghe alla scadenza del rapporto è apparso in contrasto con la Direttiva *Bolkestein*, in cui, a differenza

¹⁷⁶In dottrina, si veda: P. GAROFOLI, Le concessioni del demanio marittimo al vaglio del diritto europeo, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2014, 4, pp. 81 e ss. e R. RIGHI, I diritti dei concessionari balneari presi sul serio, ovvero della incostituzionalità dell'art. 49 del codice della navigazione, in *GiustAmm.it*, 2015, 4, pp. 16 e ss.

¹⁷⁷Sul tema si veda: G. MARCHEGIANI, Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Lock Ness, in *giustamm*. N.10-2015.

¹⁷⁸Si veda: CGUE, Sentenza nelle cause riunite C-458/14, *Promoimpresa S.r.l.* che riconosce il principio per cui il diritto dell'Unione osta a che le concessioni per l'esercizio delle attività turistico-ricreative nelle aree demaniali marittime e lacustri siano prorogate in modo automatico in assenza di qualsiasi procedura di selezione dei potenziali candidati.

¹⁷⁹Si veda, per esempio, quanto alla giurisprudenza di merito: T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 09/05/2017, n. 5573. In tale pronuncia, si afferma che è legittimo il provvedimento con cui il Comune di Roma ha negato la proroga della concessione rilasciata dalla Capitaneria di Porto nel giugno del 1992 per l'occupazione temporanea e per l'uso di un'area demaniale marittima, non potendosi ritenere prorogate ex lege fino al 31 dicembre 2020 le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative che abbiano già una durata ventennale o ultraventennale. Si veda, altresì, Corte Cost. 7 luglio 2017, n. 157, ove si afferma: «*La previsione dell'indennizzo di cui al citato art. 2, comma 1, lettera d), subordinando il subentro nella concessione all'adempimento del suindicato obbligo, incide infatti sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento. La normativa regionale impugnata viola dunque la competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza», non essendo peraltro qualificabile come pro-concorrenziale (sentenze n. 165 del 2014 e n. 288 del 2010)*».

delle direttive europee in materia di appalti pubblici, non è contemplata un'articolata procedura per il rilascio delle autorizzazioni; il tema sembra essere ancor più delicato con riguardo ai rapporti con le Direttive appalti e concessioni. Tanto è che recentemente, la Commissione ha sollevato tale problematica o meglio ha nuovamente avviato una procedura di infrazione, in relazione ad una proroga di una concessione autostradale¹⁸⁰.

Il codice previgente, oltre a prevedere che la stazione appaltante, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, poteva anche stabilire che la concessione avesse una durata superiore a trenta anni, fino a cinquant'anni (art. 143, comma 8, d.lgs. 163/2006); ammetteva anche proroghe del termine di scadenza della stessa, a fronte di eventi che avessero inciso sul piano economico finanziario.

In sintesi, la normativa precedente sanciva la regola che la durata fosse correlata a parametri oggettivi (quali il piano economico finanziario) ed era tendenzialmente criterio di aggiudicazione della gara¹⁸¹. L'art. 174, d.lgs. 163/2006, statuiva, infatti: *«Il prezzo eventualmente da accordare al concessionario e la durata della concessione sono determinati, nel bando di gara, sulla base del piano economico finanziario e costituiscono, come previsto al successivo*

¹⁸⁰ La Commissione ha invero reso nota la propria decisione di deferire l'Italia alla Corte di Giustizia UE a fronte della mancata conformazione, alla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, con particolare riferimento agli artt. 2 e 58, della Direttiva 2004/18/CE (Cfr. Comunicato stampa 17 maggio 2017). La Commissione UE già nel 2009 aveva già avviato una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, poi chiusa a fronte degli impegni assunti dalle competenti Autorità. Stante il mancato adempimento dell'Italia agli impegni assunti nel 2009, la Commissione ha deciso di aprire una nuova procedura di infrazione (n. 4011/14) nel 2014 invitando il governo italiano a conformarsi al diritto dell'Unione nel termine perentorio di due mesi.

¹⁸¹ In dottrina si veda: G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2015, pag. 101.

articolo 177, comma 4, parametri di aggiudicazione della concessione».

La normativa attuale, di cui all'art. 168 del d.lgs. 50/2016, che recepisce l'art. 18 della Direttiva 2014/23/UE, nell'affermare il principio della durata limitata delle concessioni, e che questa è determinata nel bando di gara in funzione dei lavori/servizi richiesti (pur se il considerando (52) della Direttiva 2014/23, si riferisce alla durata massima, quando la stessa non sia scelta quale criterio di aggiudicazione), non regola il tema delle proroghe.

Queste ultime sono disciplinate invece nel contesto delle modifiche al contratto: nel bando può essere prevista un'opzione di proroga, che è però limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure per l'individuazione di un nuovo contraente¹⁸².

5. Scioglimento anticipato del vincolo contrattuale

5.1 Normativa europea. Nozioni e vizi originari e sopravvenuti

Molte volte le istituzioni europee nella loro funzione normativa utilizzano concetti giuridici che non vengono definiti ai fini del contesto in cui sono utilizzati.

È questo proprio il caso dell'art. 73 della direttiva 2014/24/UE, rubricato nella versione francese¹⁸³ «*Résiliation de marché*» ed in quella italiana, «*Risoluzione dei contratti*», nonché dell'art. 44 della direttiva 2014/23/UE rubricato, in francese «*Résiliation de concessions*» ed in italiano sia «*Risoluzione delle concessioni*» che

¹⁸² Art. 106, comma 11, d.lgs. 50/2016

¹⁸³ La lingua francese è quella in cui sono state primariamente scritte le direttive. Si tratta pertanto della loro "versione originale".

«Cessazione delle concessioni». Tali concetti non sono definiti nelle direttive in questione¹⁸⁴.

In generale, l'assenza di una definizione del concetto giuridico europeo, quale concetto necessariamente distinto da quello nazionale, salvo a voler produrre un'inconcepibile «nazionalizzazione del diritto europeo»¹⁸⁵, sembrerebbe lasciare una maggiore libertà agli Stati membri nella scelta delle nozioni corrispondenti e comporta la possibilità di un'applicazione diversificata, entro certi limiti, della norma europea¹⁸⁶.

Tali limiti risiedono principalmente nel rispetto dell'*imperativo di unità del sistema giuridico europeo*, che anche laddove non postula la sussistenza di una completa armonizzazione, comporta l'adozione di norme uniformi ovvero l'unità di interpretazione del concetto europeo¹⁸⁷.

In tale ottica, in assenza di una definizione dei termini «résiliation» (letteralmente, *recesso*), «risoluzione» e «cessazione», privilegiando un approccio funzionale, caro all'impostazione seguita

¹⁸⁴ Seppure il significato di tale terminologia è presente in alcuni progetti europei sull'armonizzazione del diritto dei contratti: I principi di diritto europeo dei contratti (Lando); Study group on a European Civil Code (Prof von Bar Prenant); proposta di codice europeo dei contratti (Gandolfi); COM 2004 651 final. In dottrina, si veda, FONTAINE M., *Ius commune et harmonisation du droit des contrats* in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen, études réunies par Alan Wijffels, Bruylant, 2005*.

¹⁸⁵ Secondo il *Kovar*, una nazionalizzazione del diritto comunitario sarebbe contraria alla sua natura e va impedita. KOVAR R., *La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire*, in *Collective Courses of the Academy of European Law, 1993 – Vol. IV -I*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 37

¹⁸⁶ Si veda O. MAETZ, *L'influence des concepts communautaires sur le droit public français*, in *Incidentes du droit communautaire sur le droit public français*, ECKERT, GAUDIER, KOVAR, RITLENG (a cura di), Presses Universitaires de Strasbourg, 2007

¹⁸⁷ Già nel Caso *Costa c. Enel*, C-6/64, si affermava che l'efficacia del diritto comunitario non potesse variare da uno Stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori.

dalle Istituzioni europee, ed in particolare dalla Corte di Giustizia¹⁸⁸, si è preferito rubricare il paragrafo “scioglimento del vincolo”.

Questa scelta tiene infatti conto delle difficoltà del diritto dell’UE che ricorre ad una terminologia, già presente e radicata nei diritti nazionali, ma che allo stesso tempo fa parte del *sistema* giuridico europeo, distinto da quello nazionale.

Il richiamo al principio di unità del *sistema* giuridico europeo, più che a quello oramai storico di *primauté* dell’ordinamento comunitario ovvero di primazia/prevalenza dell’*ordinamento* europeo, non è accidentale, ma rileva il passaggio ad un’altra fase nel processo di integrazione. Ci si sposta dalla questione del conflitto di norme, europea e interna, che si pone a partire dalla sentenza *van Gend & Loos* (C-26/62) e che ha portato allo svilupparsi della concezione cd. monista e cd. dualista degli ordinamenti, a quella del «*confronto tra concetti giuridici*»¹⁸⁹. La disciplina dello scioglimento del vincolo, nelle direttive appalti e concessioni, è l’arena dove scendono i concetti giuridici nazionali.

Ciò premesso, lo scioglimento del vincolo (contrattuale) è l’effetto di una causa e risponde ad una funzione. In particolare, assolve ad una funzione *remediale* quando si presenta quale rimedio ad un disturbo del contratto¹⁹⁰. Questo disturbo può derivare da fattori originari o sopravvenuti. Tali fattori sono la causa dello scioglimento e possono essere qualificati alla stregua di vizi del contratto. Le direttive europee, nn. 23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE, ne prevedono tre tipologie.

¹⁸⁸ CHAVAROCLETTE-BOUFFERET S., *L’interprétation des directives de l’Union sur les marchés publics par la Cour de justice*, Thèses de Paris, 2013.

¹⁸⁹ Si è passati dunque dal tema del “*conflit de normes*” a quello della “*confrontation des concepts*”. Cfr. G. EKERT, Y. GAUTIER, D. RITLENG, *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses Universitaires de Strasbourg - P.U.S. 06/2007).

¹⁹⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, p. 689.

Tanto l'art. 73, dir. 24/2014/UE che l'art. 44, dir. 23/2014/UE e l'art.90 dir. 25/2014/UE, contemplano due tipologie di fattori che rendono viziato il contratto sin dal momento della sua stipulazione, riguardando la fase della sua formazione.

In primo luogo, si tratta dell'ipotesi in cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara trovandosi in una delle situazioni per le quali vige l'obbligo di esclusione, essendo stato l'operatore economico condannato per alcuni reati contemplati all'art. 57, par.1, dir. 24/2014 e all'art. 38, par. 4, dir. 23/2014 (ovvero partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, reati terroristici, riciclaggio, lavoro minorile e tratta di esseri umani).

In secondo luogo, le direttive contemplano un caso tratto dalla casistica giurisprudenziale, per cui l'appalto o la concessione non avrebbero potuti essere aggiudicati all'aggiudicatario per una grave violazione degli obblighi derivanti dal Trattato e dalle direttive, accertata dalla Corte di Giustizia in esito alla procedura prevista all'art. 258 del TFUE¹⁹¹.

La norma, riecheggia così il principio affermato dalla Corte di Giustizia nella Causa C-503/04, del 18 luglio 2007, promossa dalla Commissione delle Comunità europee, per inadempimento della Repubblica federale di Germania all'obbligo di eseguire le sentenze pronunciate nelle cause riunite *Bockhorn* e *Brunswick* C-20/01 e C-28/01, che avrebbero dovuto comportare lo scioglimento dei contratti illegittimamente affidati¹⁹². In particolare, la Corte afferma che lo

¹⁹¹ La norma prevede che quando lo Stato non si conforma al parere della Commissione nel termine dalla stessa fissato ed emesso nel caso in cui lo Stato abbia mancato ad un obbligo derivante dal Trattato, la Commissione possa adire alla Corte di Giustizia.

¹⁹²In particolare, l'appalto relativo al trattamento delle acque reflue del comune di Bockhorn era illegittimo in quanto concluso in assenza di pubblicazione; l'appalto relativo allo smaltimento dei rifiuti della città di Brunswick era stato invece

Stato non può avvalersi dei principi di certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento o del principio *pacta sunt servanda*, per giustificare la mancata esecuzione di una sentenza che accerta un inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE e sottrarsi, in tal modo, alla propria responsabilità di diritto comunitario¹⁹³.

Entrambe le norme - che indicano i fattori originari che provocano lo scioglimento del vincolo - sembrano peraltro porsi in linea con il considerando 13 della direttiva ricorsi, 2007/66/CE, per il quale l'aggiudicazione di affidamenti diretti, illegittimi, accertata da una decisione di un organo indipendente, è considerata la violazione più grave del diritto comunitario¹⁹⁴. Invero, in entrambe le ipotesi, le violazioni sono state accertate da una pronuncia giurisdizionale.

L'art. 44, comma 1, lett. a), della direttiva concessioni e l'art. 73 della direttiva appalti, nonché l'art. 90 della direttiva sui settori speciali, prevedono lo scioglimento della concessione o dell'appalto quando hanno subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova

aggiudicato con procedura negoziata senza bando in carenza dei presupposti previsti dalla direttiva.

La Corte (C-503/04) afferma: «*Non avendo adottato, alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato emesso dalla Commissione delle Comunità europee ai sensi dell'art. 228 CE, i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, concernente la conclusione di un appalto relativo allo smaltimento dei rifiuti della città di Brunswick (Germania), comportava, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi di detto articolo*».

¹⁹³ Punto 36, C-503/04.

¹⁹⁴ Il considerando (13) così dispone: «*Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo*». Nel considerando (14) si aggiunge: «*La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici*».

procedura di aggiudicazione secondo la normativa in tema di modifiche. Lo scioglimento è così il rimedio previsto a fronte di una modifica del contratto che si qualifica come illegittima e, dunque, di un fattore/vizio sopravvenuto.

Orbene, in presenza di tali fattori, le direttive statuiscono che «*Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici “abbiano la possibilità, ..., di risolvere” ovvero “di porre termine alla concessione”*». Più che una possibilità, lo scioglimento del vincolo, appare piuttosto un obbligo¹⁹⁵.

5.2 La disciplina francese. Cenni sul potere di *résiliation*

Entrambe le *ordonnances* n. 2015-899 e n. 2016-65, che recepiscono la normativa appalti e concessioni, ricorrono allo stesso termine *résiliation* dell'appalto e della concessione¹⁹⁶, utilizzato altresì nelle versioni in francese delle Direttive.

Nel diritto amministrativo francese ed in particolare modo nel settore dei “contratti amministrativi”, quale categoria peculiare di contratti, in cui vi rientrano tanto gli appalti che le concessioni¹⁹⁷, il potere di *resiliation* ovvero di recesso è riconosciuto all'amministrazione almeno sin dal XIX secolo.

Diversamente, nell'ambito della disciplina dei contratti amministrativi non si ritrova, generalmente, la cd. *résolution* (“risoluzione”), prevista, invece, nel codice civile, per i contratti di diritto privato. In tal senso, il rimedio della *résolution* del contratto

¹⁹⁵ Si veda anche, L. RICHER, *La fin des contrats*, RFDA, 2016, p. 294.

¹⁹⁶ Storicamente, per quanto riguarda le concessioni di servizi pubblici, si trovava anche il termine *rachat*. Il Tribunale dei conflitti ammise poi che *rachat* et *résiliation* fossero sinonimi. *TC 2 mars 1987, Soc d'aménagement et de développement de Briacon-Montgenèvre*.

¹⁹⁷ L'art. 3 dell'*ordonnance* n. 2015-899 così dispone: «*Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs*».

amministrativo è invocato, in passato, in via del tutto eccezionale, a fronte dell'annullamento di un atto prodromico al contratto¹⁹⁸.

Infatti, in Francia, il potere di *résiliation* è utilizzato anche quale sostituto del meccanismo della caducazione del contratto per effetto dell'annullamento d'ufficio (*retrait*) di un atto prodromico allo stesso, ben noto in Italia e sconosciuto nell'ordinamento francese. A partire dal 1971, in giurisprudenza, si ritenne di non potere ammettere che il provvedimento di annullamento retroattivo travolgesse anche il contratto¹⁹⁹.

Problematica che invece si pose e che attualmente appare superata, salvo sporadiche riapparizioni in giurisprudenza, era quella della sorte del contratto per annullamento giurisdizionale dell'atto prodromico, nota come teoria "*de l'acte détachable*". La questione sorge tuttavia per il fine specifico della tutela del terzo: l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo è invero impugnato da parte del terzo al fine di far dichiarare l'inefficacia del contratto. Dal momento che, in giurisprudenza si è ammesso che tutti i terzi possono impugnare direttamente il contratto amministrativo, il meccanismo dell'impugnazione dell'atto prodromico per produrre l'inefficacia del contratto viziato, appare esser pertanto divenuto obsoleto²⁰⁰.

¹⁹⁸ Si rinvia per esempio a *CE sect. 26 mars 1999, Soc. Hertz France, 202260*. In tale caso, la risoluzione della convenzione demaniale si presenta quale rimedio per le parti, a seguito dell'annullamento dell'autorizzazione alla sua stipulazione. A ben vedere, il termine *résolution* compare nelle conclusioni di *Stahl* al caso citato. J.-H. STAHL, *Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif*, AJDA 1999, 427.

¹⁹⁹ *CE 2 avril 1971 Tlatli Salah Eddine, 78.203*, in *Récueil des décisions du Conseil d'Etat*, 1971, p. 923.

²⁰⁰ Ciò a partire dalla nota sentenza *CE, Assemble, 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne c/Bonhomme* che ha riconosciuto a tutti i terzi la possibilità di impugnare il contratto con il ricorso «*de pleine juridiction*».

Una recente sentenza del Consiglio di Stato ha però ammesso, indipendentemente dal ricorso "*de pleine juridiction*" di cui dispongono i terzi, la possibilità di

Premesso dunque che il diritto dei contratti amministrativi non include il rimedio della risoluzione, il potere di “*résiliation unilatérale*” è riconosciuto indipendentemente dalla sua previsione nel contratto, rientrando tra quei “*principes généraux du droit ayant valeur législative*”²⁰¹.

Generalmente esistono due tipi di *résiliation unilatérale* dell’amministrazione che comportano lo scioglimento del contratto con effetti *ex nunc*: per motivi di interesse generale (recesso unilaterale) e per inadempimento del contraente (riconducibile alla risoluzione per inadempimento).

Il recesso per motivi di interesse generale è “*l’un des droits de l’administration le moins contesté en notre matière*”²⁰². I motivi di interesse generale devono essere legittimi e sono sindacabili dal giudice; secondo la casistica giurisprudenziale, possono consistere nella volontà di abbandonare un progetto per esigenze di riorganizzazione del servizio; in un disequilibrio contrattuale; a volte per motivi finanziari.

Tra tali motivi si ritrova, ormai, anche l’invalidità o irregolarità del contratto. Ciò non era pacifico; vi era, infatti, il dubbio che l’invalidità potesse essere fatta valere solo attraverso la nullità/annullabilità del contratto, in quanto, da un lato, il recesso di un contratto nullo sarebbe stato a sua volta nullo, dall’altro, perché il

impugnare davanti al giudice “*de l’excès de pouvoir*” direttamente l’atto di approvazione del contratto, ma nel caso di specie ha poi ritenuto inammissibile il ricorso per mancanza di interesse. *CE, 23 décembre 2016, Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier, n°s 392815, 392819, B.*

²⁰¹ La teoria dei “principi generali del diritto” è stata elaborata dal Consiglio di Stato che utilizza il sintagma “*principes généraux du droit ayant valeur législative*” in alcune sue sentenze e, ad ogni modo, differenzia tali principi dalle altre regole giuridiche. Si veda, *CE Sect 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils in Les grands arrêts*, 1993, p. 561.

²⁰² PÉQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif*, 1945, p. 391.

riconoscimento del diritto di recesso avrebbe avuto come conseguenza illogica nel caso di una invalidità, quella di dover attribuire l'indennizzo al contraente, quale contropartita naturale del potere di recesso²⁰³. Tuttavia, a partire dal 2007, essendo ammesso che l'invalidità del contratto possa essere fatta valere anche solo per l'avvenire, sembra si sia legittimata la possibilità/obbligo dell'amministrazione di recedere dal contratto in presenza di alcuni gravi vizi²⁰⁴.

Il Consiglio di stato nel caso, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, relativo ad un contratto di *délégation de service public* (ovvero concessione) di durata superiore a quella legale, ha ritenuto che l'amministrazione ben potesse ricorrere al potere di recesso unilaterale, senza dover impugnare il contratto necessariamente davanti al giudice per farne dichiarare la sua inefficacia per l'avvenire²⁰⁵. In altro caso, la Corte di appello di Nantes, ha qualificato come legittimo il recesso dell'amministrazione dal contratto, a fronte di un vizio dell'aggiudicazione *i.e.* in assenza di una procedura di pubblicità e dunque di evidenza pubblica²⁰⁶.

Il potere di recesso dell'Amministrazione per colpa del contraente che, come quello per motivi di interesse generale, è riconosciuto anche in assenza di clausola contrattuale, corrisponde,

²⁰³ Cfr. Par. 5.2.2.

²⁰⁴ Si veda L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2016, p. 255.

²⁰⁵ Nella sentenza al punto 5, così si trova statuito « *Considérant, en troisième lieu, qu'en égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge;*», C.E., 7 mai 2013 - 7ème et 2ème sous-sections réunies, 365043 - in *Rec.*, 2013, I, p. 137.

²⁰⁶ Così in Cour Administrative d'Appel de Nantes, Formation de chambres réunies A, 11/04/2014, 12NT00053 in *Legifrance*.

nella sostanza, ad un potere di risoluzione per inadempimento del contraente.

Tale potere ha natura rimediabile, essendo conseguenza di un vizio sopravvenuto nel corso del rapporto contrattuale. La giurisprudenza richiede che l'inadempimento, legittimante la "résiliation" debba essere grave e che dunque il rimedio sia proporzionato al vizio. Ne caso, *Sieur Dupart et Commune de Linxe*, il Consiglio di Stato fa così riferimento al "caractère de gravité suffisant" che deve avere l'inadempimento del contraente per giustificare la *résiliation* dalla concessione²⁰⁷. In tal caso, si impongono pertanto regole di forma/sostanza e di procedura: da un lato, vi è infatti l'obbligo di motivazione; dall'altro, la risoluzione/recesso è generalmente preceduta dal preavviso, salvo clausole contrattuali in senso contrario.

Il contraente non ha di solito diritto ad alcun indennizzo, salvo nei casi in cui si provi ad ogni modo il vantaggio che ha ricevuto dall'amministrazione dall'attività posta in essere.

Ove l'esecuzione del contratto è compromessa senza che uno dei due contraenti sia responsabile, vengono in rilievo altre ipotesi di *résiliation*, quali per: i) crisi finanziaria del contraente, ove il codice di commercio prevede un'ipotesi di recesso legale²⁰⁸; ii) cambiamento di circostanze che rendano il contratto ineseguibile o lo privano del suo

²⁰⁷ CE 21 novembre 1934, in Rec. 1934, p. 1085

²⁰⁸ Cfr. art. L 622-13, code de commerce. L'articolo riconosce all'amministrazione la possibilità di scegliere tra la continuazione del contratto o la rinuncia all'esecuzione. Si verifica la «*résiliation de pleine droit*» allorché l'amministrazione intimata, non risponde entro un mese.

In caso di *résiliation* non è previsto il diritto al risarcimento del contraente, anzi l'amministrazione può agire per il risarcimento dei danni subiti.

Generalmente, il codice di commercio francese non consente all'amministrazione di recedere dal contratto per il solo fatto che il contraente sia in amministrazione controllata.

oggetto. Il recesso può essere pronunciato dall'amministrazione o dal giudice ed ha effetti solo per l'avvenire.

Il potere di *résiliation*, oltre ad essere principio generale, è anche previsto nelle *ordonnances* 2015 e 2016.

5.2.1 La *résiliation* nelle *ordonnances* n. 2015-899 e n. 2016-65

La lista dei motivi di interesse generale, che portano l'amministrazione a recedere contempla altresì i vizi di cui alle Direttive 2014, recepite in modo in modo tendenzialmente omogeneo, nel diritto interno, con alcune peculiarità, che è d'uopo menzionare.

In particolare, le *ordonnances* non prevedono la *résiliation* conseguente al cd. vizio sopravvenuto ovvero per modifica illegittima del contratto: si tratta dunque di un'ipotesi di "mancato recepimento della norma".

I vizi originari che comportano lo scioglimento del vincolo sono invece contemplati in due norme, rispettivamente nell'*ordonnance* appalti e in quella concessioni, che hanno la medesima rubrica. La prima è rubricata «*incidences d'un changement de situation des opérateurs économiques au regard des interdictions de soumissionner*»²⁰⁹; la seconda, «*résiliation en raison d'un manquement constaté par la Cour de Justice de l'Union Européenne*»²¹⁰.

Nell'ipotesi di aggiudicazione del contratto all'operatore che avrebbe dovuto essere escluso in corso di gara, le *ordonnances* vanno oltre il disposto della norma europea. La *résiliation* è infatti prevista tanto nelle ipotesi di esclusione obbligatoria tanto in quelle di

²⁰⁹ Cfr. art. 49, ord. 23 juill. 2015, e art. 43, ord. 29 janv. 2016.

²¹⁰ Cfr. art. 58 ord. 23 juill. 2015 e art. 49, ord. 29 janv. 2016.

esclusione facoltativa²¹¹. Sicché l'operatore, che si trova in una delle ipotesi di esclusione facoltativa, e che non è stato escluso in corso di gara, potrebbe tuttavia, successivamente, subire il recesso dell'amministrazione. Il fatto di trovarsi in un'ipotesi di cd. esclusione facoltativa non comporta il crearsi di alcun legittimo affidamento, una volta conclusa la gara, circa l'efficacia del contratto.

La “*surtransposition*”²¹² di cui al caso di specie, non desta tuttavia stupore, dal momento che è la stessa norma europea che, nel prevedere la *résiliation* “almeno nelle seguenti circostanze”²¹³, non impedisce all'ordinamento francese di prevederne ulteriori, nel limite in cui la *résiliation* si presenti come rimedio proporzionato al vizio originario accertato *ex post*. Dall'altro lato, la *résiliation* è qualificata come un potere e non un dovere, sicché, almeno in astratto, il principio di proporzionalità appare rispettato.

Inoltre, la normativa francese, prevede una sorta di “diritto all'auto-riabilitazione” dell'operatore ovvero di dimostrare la sua affidabilità, contemplato nella norma europea sui motivi di esclusione (art. 57, par. 6, dir. appalti) e lo colloca anche nella norma ove disciplina la *résiliation*, quale fattore che permette che a questa non si procedi²¹⁴.

L'art. 58 *ord. 23 juill. 2015* e l'art. 49, *ord. 29 janv. 2016* contemplano l'ulteriore ipotesi che comporta la *résiliation*, ovvero una

²¹¹ Cfr. art. 49, *ord. 23 juill. 2015*, e art. 43, *ord. 29 janv. 2016*

²¹² Al riguardo si veda L. RICHER, *La fin de contrats*, RFDA, 2016.

²¹³ Cfr. art. 73, dir. 24/2014/UE.

²¹⁴ L'art. 49, *ord. 23 juil. 2015* dispone : I. - *Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public, placé dans l'une des situations mentionnées aux articles 45, 46 et 48 ayant pour effet de l'exclure d'un marché public, l'acheteur peut résilier le marché public pour ce motif. L'opérateur informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.*
II. - *La résiliation mentionnée au I ne peut être prononcée lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce, à condition qu'il ait informé sans délai l'acheteur de son changement de situation.*

violazione grave accertata dalla Corte di Giustizia, seppure è stato affermato in dottrina che si tratti, in questa circostanza, di un dovere di procedere allo scioglimento del contratto, e dunque di un dovere di *résiliation* essendo l'unico strumento offerto dall'ordinamento.

5.2.2 L'accord autonome o la clausola divisibile sull'indennizzo in caso di *résiliation*

Conformemente allo scopo di isolare le conseguenze negative dello scioglimento del contratto, l'ordinamento si preoccupa di rinforzare la bancabilità di tali contratti e di proteggere il finanziamento nel caso di fine anticipata del contratto.

Il potere di recesso ha in contropartita l'obbligo di indennizzo. In realtà, si tratta di un risarcimento, coprendo tanto il danno emergente che il lucro cessante²¹⁵; salvo nel caso di recesso per motivi di invalidità, ove è escluso il secondo.

L'indennizzo può essere così oggetto di una clausola contrattuale (*clause divisible*)²¹⁶; può essere previsto altresì che il contraente non riceva alcuna indennità, salvo il caso di colpa grave dell'amministrazione o che riceva una somma inferiore. In tal caso, il contraente non potrà rivendicare una somma maggiore, non esistendo un principio di proporzionalità tra il danno subito e l'indennizzo, nulla opponendosi alla libertà contrattuale delle parti.

²¹⁵ Cfr. *Cour Administrative d'Appel de Nantes, Formation de chambres réunies A*, 11/04/2014, 12NT00053, ove si riconosce, in caso di recesso per motivi di interesse generale, il diritto del contraente alla riparazione integrale, salvo che quest'ultimo abbia concorso al prodursi dell'evento dannoso.

²¹⁶ L'articolo 89, *ordonnance « marchés publics »* e l'articolo 56, *ordonnance « concession »* dispongono infatti: « *Lorsqu'une clause du marché de partenariat [du contrat de concession] fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat [de concession] par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat* ».

Prima dell'introduzione normativa di tale clausola, nota era la prassi di concludere “*accords autonomes*”, quale tipo di *direct agreements* ovvero di accordi trilaterali, soprattutto nel contesto di contratti di partenariato, al fine di garantire ai finanziatori una compensazione in caso di fine anticipata del contratto principale²¹⁷.

5.3 **Recesso, risoluzione e cessazione del contratto nel d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017 (I correttivo)**

5.3.1 **Premessa. L'autotutela incidente su rapporti negoziali**

Il diritto europeo nel disciplinare lo scioglimento del contratto in presenza di vizi tanto originari, ovvero relativi alla fase di gara, che sopravvenuti, non si interessa della sorte degli atti preliminari al contratto. Tali vizi si rivelano nella fase esecutiva del rapporto contrattuale ed è dunque sul contratto che producono un effetto.

Tradizionalmente, tuttavia, nell'ordinamento italiano, diversamente da quello francese, l'amministrazione non ha poteri unilaterali diretti sul contratto; il recesso dai contratti è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto (art. 21 *sexies*, L. 241/1990).

L'amministrazione gode, invece, di un potere generale di autotutela sui provvedimenti amministrativi. Invero, tale potere, previsto dalla L. 241/90, non necessita di una previsione specifica

²¹⁷ Sul tema degli *accords autonomes*, in dottrina: F. OLIVIER, N. SULTAN, *Divisibilité des clauses contractuelles d'indemnisation : une remise en cause de l'utilité des accords autonomes ?* in *Contrats et Marchés publics* n° 11, Novembre 2016, 10 ; S. BRACONNIER, *L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé. Utiles précisions de la jurisprudence*, in *AJDA* 2013, p. 534 ; KATZ D. *Les « accords autonomes » à l'épreuve de la jurisprudence Mergui*, in *AJDA* 2014, p.1662 ; DEVILLERS, *Contrat de partenariat - L'accord tripartite validé*, in *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2014, comm. 275; NIGRI E., *Contrats de partenariat et accords autonomes : première remise en question ou fausse alerte ?*, *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2013, comm. 84. In giurisprudenza si veda, in particolare, il caso dello stadio di Bordeaux: TA Bordeaux, 19 déc. 2012, n° 1105079, Rouveyre; CAA Bordeaux, 17 juin 2014, n° 13BX00564, Rouveyre; CE, 11 mai 2016, n° 383768 et n° 383769, Rouveyre.

nell'ambito della contrattualistica pubblica o meglio dell'evidenza pubblica e l'amministrazione può ricorrervi ogni volta che sussistono i presupposti della revoca o dell'annullamento d'ufficio ex art. 21 nonies e 21 octies, L. 241/90.

Pertanto, in presenza di vizi relativi alla fase di gara o anche per motivi sopravvenuti di interesse pubblico, l'amministrazione, anche laddove avesse già stipulato il contratto con l'aggiudicatario della gara, per liberarsi dal vincolo contrattuale, ha sovente ricorso al potere di autotutela sull'atto prodromico al contratto. L'annullamento o la revoca di tale atto, stante il nesso di stretta consequenzialità funzionale con il contratto, provocherebbe la caducazione – termine invalso in giurisprudenza – di quest'ultimo.

La problematica della sorte del contratto consequenziale all'esercizio dell'autotutela sull'atto prodromico è pertanto divenuta attuale ed ha registrato una giurisprudenza non uniforme, almeno fino all'intervento di due adunanze Plenarie del 2014, nn. 13 e 14, di qualche mese successive rispetto all'adozione delle direttive europee del 2014²¹⁸.

In realtà, la giurisprudenza non si è occupata del solo caso della sorte del contratto di appalto/concessione a seguito dell'annullamento

²¹⁸ Prima dell'intervento delle Plenarie del 2014, si segnala la seguente giurisprudenza sul tema: Cass. sez. I, 27.09.2006 n. 21019; Cass. sez. Un., 30.12.2011 n.30167; Cons. St., sez. V, 4.01.2011, n.11; Cons. St., Ad. Plen., 3.06.2011, n.10; Cons. St., sez. V, 7.09.2011, n. 5032; Cons. St. sez. VI, 20.03.2012 n.1574; Cons. St. sez.V, 5.12.2013 n. 5786; Cons. St., sez.V, 14.10.2013 n. 4999; Cons. St. sez. III, 23.05.2013 n. 2802; TAR Toscana, 11.11.2010 n. 6579; id. 27.01.2011 n.154; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 13.01.2014 n.41; TAR Friuli n. 658/2013.

In dottrina, avevano affrontato specificamente il tema: BARTOLINI A. Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest rate swaps, in *Urbanistica e appalti* 2/2012, p. 197; FANTINI S., *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *giust. amm.*, 2008.

o revoca dell'aggiudicazione definitiva²¹⁹, ma anche di ipotesi di gare per la selezione del contraente privato del contratto di società²²⁰ o di gare informali, quando l'Amministrazione annulla o revoca la delibera che, oltre a selezionare il contraente, autorizza anche alla stipula di determinate tipologie di contratti, come i contratti di *swap*²²¹.

A ben vedere, tema delicato resta quello della definizione del cd. *effetto di caducazione automatica* del contratto per annullamento

²¹⁹ Quanto all'ipotesi dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva, secondo un primo orientamento, l'autoannullamento degli atti di evidenza pubblica da parte dell'Amministrazione non può determinare un effetto caducante sui negozi stipulati, ma solo viziante (Cass. 21019/2006).

Di diverso avviso altra parte della giurisprudenza, secondo cui in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del contratto, anche l'autoannullamento comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato stante la preordinazione funzionale tra i due atti (Cons. St. sez. III, 2802/2013; Cons. St., sez. V, 4.01.2011 n.11).

²²⁰ Il Supremo Consesso ha, in questa sede, opinato, seppure in un obiter, che l'annullamento degli atti del procedimento amministrativo non comporta di regola la caducazione automatica del negozio societario, ma un'invalidità derivata (effetto viziante) che deve essere rilevata davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale (Cons. St. Ad. Plen. 3.06.2011 n.10).

²²¹ La questione ha riguardato la vicenda dei contratti di interest rate swap negoziati dagli enti locali (o altre amministrazioni) con gli istituti di credito. Questi ultimi, ponevano in essere pratiche commerciali scorrette imputando alle amministrazioni dei costi cd. impliciti, non dovuti e senza darne informativa. Pertanto per autotutelarsi, le Amministrazioni hanno iniziato ad annullare a monte le delibere a contrarre. In queste ipotesi, era spesso assente un procedimento amministrativo finalizzato alla selezione del soggetto con cui contrattare ovvero vi era stata una gara ufficiosa.

In tal caso, si pose a monte un problema di interpretazione dell'atto oggetto di autoannullamento, in quanto occorreva verificare se le determinazioni contrattuali in tema di derivati fossero effettivamente scaturite da un procedimento amministrativo, oppure fossero frutto diretto di trattative contrattuali che hanno generato obblighi di natura civilistica, al di fuori del procedimento.

La giurisprudenza si era orientata nel senso di riconoscere un'efficacia caducante degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra i due atti (Cons. St. sez. V, 7.9.2011, n.5032; Cons. St. sez. V, ord. di rimessione del 14.10.2013 n. 4999).

L'Adunanza Plenaria n. 13/2014 ha però escluso che nel caso di specie gli atti impugnati avessero natura provvedimento, affermando: «che la materia del contendere nella presente controversia è costituita, non dal sindacato sulla legittimità di un atto di imperio, ma dal giudizio sulla fondatezza dei vizi addebitati ai contratti, che, secondo il fondamentale principio affermato dalla Corte costituzionale con la sent. n. 204 del 2004, esula dalla giurisdizione amministrativa».

d'ufficio o revoca dell'atto prodromico. Tale meccanismo rievoca la disciplina dell'invalidità derivata tra atti amministrativi, l'uno presupposto e l'altro presupponente (e la nota distinzione tra effetto caducante ed effetto meramente viziante) ed ha una valenza processuale, esonerando il ricorrente dall'onere di impugnazione dell'atto consequenziale ovvero di compiere ripetute impugnazioni²²². Tuttavia, in giurisprudenza, ma anche in dottrina, il concetto è utilizzato anche nel caso di specie in cui l'atto presupponente è un contratto e non vi è stata alcuna impugnazione, essendo l'annullamento dell'atto presupposto operato dall'amministrazione e non dal giudice. Peraltro, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato, così che l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale (ex artt. 121 e 122 c.p.a., attuativi della direttiva 2007/66/Ce)²²³.

²²² In tal senso si veda, Consiglio di Stato, IV, sentenza 21 settembre 2015, n.4404, ove si afferma: «Il ricorso allo schema concettuale della caducazione emerge in giurisprudenza allorquando si tratta di considerare la sorte di provvedimenti che, legati strettamente agli atti precedenti della medesima serie procedimentale, ritraggono la loro legittimità unicamente da questi per cui, annullati i primi, i secondi perdono parimenti i connotati di validità ed efficacia in modo tanto diretto ed automatico da non richiedere la loro diretta impugnazione. Si tratta cioè di una sanzione adottata contro atti ulteriori interni allo stesso procedimento, sanzione che non richiede la previa impugnazione dell'atto, strumento tipico del diritto amministrativo, ma rientra in uno schema lineare di propagazione delle nullità, più vicino alle dinamiche processualciviltistiche di cui all'art. 159 c.p.c.».

²²³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 1 ottobre 2015, n.4585; Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374; sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; sez. V, 26 settembre 2013, n. 4752.

5.3.2 Recesso dall'appalto nel d.lgs. 50/2016 (art. 109)

Con la sentenza n. 14 del 20.6.2014, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha esaminato la questione del rapporto tra revoca del provvedimento di aggiudicazione e recesso dal contratto stipulato per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici, a seguito della questione rimessa, dalla V sezione (Cons. St. ord. del 5.12.2013 n. 5786), relativa alla possibilità per la p.a. di esercitare il potere di revoca dell'aggiudicazione una volta intervenuta la stipula del contratto. L'Adunanza ha affermato il principio secondo cui *«nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006»*.

D'altronde una certa interscambiabilità tra revoca e recesso era stata già individuata nell'analisi dell'art. 11, L. 241/90 regolante il recesso dagli accordi amministrativi. In tale evenienza si era sottolineato come avendo tali accordi natura provvedimentoale, più che contrattuale, il recesso era a ben vedere una revoca.

Nel contesto degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione, una volta stipulato il contratto non può più ricorrere al potere di revoca sull'atto prodromico, ma deve utilizzare un rimedio contrattuale o meglio il recesso unilaterale.

Oggi tal diritto potestativo è regolato dall'art. 109, d.lgs. 50/2016 che dispone che la stazione appaltante possa recedere dal contratto di appalto in qualunque momento, previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti, nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al

decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite.

Il principio di diritto dell'Adunanza Plenaria 2014 è stato così confermato dalla giurisprudenza successiva. In particolare, il Consiglio di Stato, nel premettere che la revoca resta impraticabile dopo la stipula dell'appalto e che, al contrario, prima della stipulazione, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile, almeno in astratto, ha ritenuto di dover precisare che, stante la peculiarità delle procedure di evidenza pubblica, le condizioni del valido esercizio della potestà di revoca, vanno definite secondo parametri ancora più stringenti. In tal senso, *«l'aggiudicazione della gara a un'impresa che ha diligentemente confezionato la sua offerta in conformità alle prescrizioni della lex specialis può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca, solo nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria ha rivelato l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa Amministrazione (e, quindi, dovuta dall'aggiudicatario) a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre»*²²⁴.

2.1.1. Risoluzione dell'appalto nel d.lgs. 50/2016 (artt. 108, 89)

Tanto l'Adunanza Plenaria n. 14/2014 che la successiva giurisprudenza²²⁵, hanno invece ritenuto che il potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione possa essere esercitato sull'aggiudicazione o su altro atto prodromico anche dopo la stipula del contratto, con inevitabile caducazione dello stesso; ciò, anche dopo l'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs.

²²⁴ Cfr. Cons. St., sez. III, 10.11.2016, n. 5026.

²²⁵ Da ultimo si veda Cons. St III, sentenza del 22.3.17, n. 1310.

50/2016, che invece sembrava propendere verso la scelta di soli rimedi contrattuali.

Il legislatore italiano, nel recepire la direttiva appalti, che contempla espressamente la risoluzione, ha previsto per la stazione appaltante la possibilità di ricorrere a tale rimedio contrattuale in presenza dei vizi individuati dalla Direttiva (art. 108, d.lgs. 50/2016, comma 1) e l'obbligo di risoluzione in altre ipotesi di cui al comma 2, della norma.

Nel rilevare che tra i vizi che possono portare alla risoluzione del contratto di appalto, compaiono anche delle ipotesi che rendono illegittima l'aggiudicazione, sorge il quesito circa il rapporto tra il potere di autotutela *rectius* di annullamento d'ufficio con conseguente caducazione dell'appalto e quello di risoluzione del contratto. Si potrebbe ipotizzare che la previsione del rimedio contrattuale possa sostituire il ricorso all'autotutela; così come l'Adunanza Plenaria aveva ritenuto che la previsione del recesso sostituisse il ricorso al potere di revoca sull'atto presupposto al contratto.

Tuttavia il legislatore, con l'adozione del correttivo del 19.4.2017, al codice dei contratti, ha preferito ribadire l'esistenza del potere di annullamento d'ufficio anche una volta che il contratto fosse concluso; sottraendo peraltro il potere di annullamento al termine di 18 mesi di decadenza, previsto dalla Legge Madia per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici. E' stato così inserito il comma 1 *bis* che statuisce: *“Nelle ipotesi di cui al comma 1 non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n.241”*.

Tale scelta tuttavia non pare essere stata compiuta in modo netto; la norma rinvia solo alle ipotesi di risoluzione facoltativa di cui

al comma 1, mentre nulla dice per quelle di cui al comma 2, ove invece il legislatore prevede l'obbligo di risoluzione del contratto²²⁶.

Inoltre, negli altri commi, permane il riferimento alla risoluzione contrattuale che viene regolata similmente alla disciplina civilistica. Presuppone, infatti, un grave inadempimento dell'appaltatore ed è prevista, di diritto, nelle ipotesi di ritardo per negligenza dell'appaltatore, scaduto il termine di messa in mora. In tal caso, la risoluzione sembrerebbe non avere un effetto retroattivo poiché il legislatore stabilisce che all'appaltatore spetti soltanto il pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto (comma 5).

5.3.3 Cessazione, risoluzione e revoca della concessione nel d.lgs. 50/2016 (artt. 176, 165)

Ancora più peculiare è la posizione presa dal legislatore nel Codice, come modificato dal I correttivo, con riguardo alle concessioni. A ben vedere, occorre segnalare che la disciplina di cui all'art. 176 d.lgs. 50/2016 si applica a tutti i contratti di partenariato pubblico privato (cfr. c. 10 *bis*).

La concessione è definita e disciplinata, a volte, alla stregua di un provvedimento amministrativo, a volte quale contratto. In tal senso, all'art. 176, d.lgs. 50/2016, si trovano riferimenti tanto all'autotutela amministrativa che al rimedio contrattuale della risoluzione.

²²⁶“Le stazioni appaltanti devono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso qualora:

a) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;
b) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'[articolo 80](#).”

Sono così disciplinate tre ipotesi: la cessazione della concessione; la risoluzione della concessione, per inadempimento del concessionario o dell'amministrazione; la revoca per motivi di interesse pubblico della concessione. Inoltre, sono regolate le conseguenze economiche relative alla fine anticipata della concessione.

I tre vizi che nelle direttive europee comportano lo scioglimento della concessione sono stati recepiti in modo analogo e, diversamente dalla disciplina degli appalti ove si ritrova il rimedio risolutorio, sono cause di possibile "cessazione della concessione".

Inoltre, con il I correttivo, si è ritenuto di dover ribadire "*fermo restando l'esercizio dei poteri di autotutela*"; sicché all'autotutela seguirebbe la cessazione della concessione (ovvero la cd. caducazione del contratto). Anche in questo caso, l'autotutela non soggiace al termine di 18 mesi di cui alla Legge Madia ed è dunque esercitabile *sine die*.

La concessione però, può anche essere risolta per inadempimento del concessionario. In tale ipotesi si rinvia alla disciplina civilistica di cui all'art. 1453 c.c. (cfr. c. 7).

La concessione può poi essere risolta per inadempimento dell'amministrazione oppure può essere revocata dall'amministrazione. In entrambe le ipotesi al concessionario spettano il valore delle opere già realizzate, nonché un indennizzo per il mancato guadagno pari al 10% di quanto ancora da eseguire; somme che sono indirizzate prioritariamente a soddisfare i creditori. Sino al pagamento effettivo di tali somme, il concessionario può proseguire nella gestione ordinaria e, dunque, il pagamento delle somme si pone quale condizione di efficacia tanto della risoluzione che della revoca.

Infine, è prevista un'ipotesi di risoluzione di diritto della concessione, in caso di mancata stipula del contratto di finanziamento

entro diciotto mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione (ex art. 165, comma 5, d.lgs. 50/2016). Tale previsione sembra essere volta a garantire che in capo al concessionario non permanga un diritto alla concessione *sine die* senza che lo stesso abbia le risorse per dare esecuzione al contratto.

6. Esecuzione del contratto: verso un ravvicinamento dei diritti nazionali?

Il regime, europeo e nazionale, dell'esecuzione dei contratti di appalto e di concessione ovvero, in questa sede, del subappalto, delle modifiche contrattuali, della durata e dello scioglimento del rapporto²²⁷ appare oramai convergere in testi normativi nazionali sempre più simili. Le ragioni di questo riavvicinamento – che si vogliono in questo studio sostenere –, rispondono ad una funzione di benessere comune: sviluppare e incrementare gli scambi “commerciali” tra i Paesi membri²²⁸.

In tal senso, l'esecuzione del rapporto contrattuale risulta essere di centrale importanza, tanto per garantire il rispetto della normativa di gara anche *ex post*, tanto al fine di permettere alle parti contrattuali ed *in primis* agli operatori quando contrattano con amministrazione pubbliche per il perseguimento di finalità pubblicistiche, di seguire schemi giuridici che attuino principi condivisi.

L'individuazione del principio alla base della norma appare pertanto essenziale ed il significato del principio dovrebbe essere

²²⁷ Come studio sull'esecuzione, non pretende di essere onnicomprensivo. La materia dell'esecuzione del contratto è fisiologicamente vasta e può essere analizzata sotto profili differenti.

²²⁸ Sul tema si veda anche M. FROMONT, *L'évolution du droit des contrats de l'administration – différences théoriques et convergences de fait*, in *Droit comparé des Contrats Publics*, R. NOGUELLOU, U. STELKENS (Sous la direction de), Bruylant, 2010, p. 277.

chiaro e univoco a livello sistematico; da qui l'utilità di una premessa sui principi, di cui al precedente capitolo.

Come si è visto, la normativa europea sull'esecuzione resta orientata all'apertura concorrenziale del mercato, pur non a discapito della stabilità delle relazioni contrattuali. Allo stesso tempo, intende garantire che la trasparenza, tanto ai fini della parità di trattamento, tanto di verifica/responsabilizzazione delle parti, sia rispettata.

Il regime del subappalto e della durata si inquadrano in una politica pro-concorrenziale che permetta l'ingresso di altri e nuovi operatori. Il regime delle modifiche contrattuali, nel contemplare rimedi manutentivi al contratto, presuppone quella visione del diritto quale *fattore culturale*, avente una dimensione reale, volto a riconoscere il rilievo delle ragioni economiche negli schemi giuridici²²⁹. Rilievo già a monte sottolineato nella stessa nozione del principio di concorrenza che attribuisce, all'analisi del contesto economico, un ruolo centrale²³⁰.

Il principio di trasparenza-parità di trattamento, dal canto suo, impatta sulla disciplina delle modifiche al contratto, vietando modifiche sostanziali; nonché ove violato comporta lo scioglimento del vincolo.

Trattandosi di rapporti pubblicistici, la trasparenza-*accountability* governa la fase esecutiva, bilanciando al contempo il principio di apertura alla concorrenza, come dimostra la disciplina del subappalto.

²²⁹ Il Travi afferma: «il fenomeno giuridico è un elemento e un fattore culturale. La stessa cospicua introduzione delle ragioni economiche negli schemi del diritto pubblico costituisce, a ben vedere, una ulteriore dimostrazione della dimensione culturale del fenomeno giuridico». A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in Riv. Trim. di diritto pubblico, fasc. 2, 2015, p. 691.

²³⁰ Si rinvia al cap. I, par. 3.

In tale contesto, le differenze nel recepimento della normativa europea da parte degli Stati membri, Francia e Italia, prescelti per questo studio, sono apparse *icto oculi*. Al riguardo, è esemplificativa la vicenda, da un lato, del subappalto e, dall'altro, dello scioglimento del vincolo contrattuale.

Quanto al subappalto, sembra assistersi ad una differenza di disciplina di tipo sostanziale, apparendo il regime italiano distonico rispetto al suo principio ispiratore. I limiti quantitativi previsti in via astratta al subappalto sembrano essere il prodotto di eccessive remore, che paradossalmente possono portare ad un effetto dannoso per la concorrenza nel mercato interno.

Quanto al regime dello scioglimento del vincolo, sembra assistersi ad una convergenza *de facto* tra le discipline nazionali: nel diritto europeo circolano, invero, oltre ai concetti giuridici europei, concetti giuridici nazionali che rispondono ad una stessa funzione. La *résiliation*, nel diritto francese, o la risoluzione, il recesso, la cessazione del contratto per effetto dell'autotutela amministrativa, nel diritto italiano, sono rimedi volti allo scioglimento del vincolo con l'amministrazione *ex nunc* a fronte dei disturbi che si rivelano in fase esecutiva.

Così, nel codice italiano, non si è ritenuto di individuare solo rimedi contrattuali, una volta che il contratto sia stato stipulato. Né tuttavia si potrebbe dire che il Codice guardi sfavorevolmente questa soluzione e che questa sia, a ben vedere, la direzione verso cui si tenda. Invero, molteplici sono i riferimenti alla risoluzione del contratto e soprattutto, appare rilevante il rinvio, innovativo, all'art.1453 c.c.

Forse, la preoccupazione di dover ribadire il potere di autotutela sugli atti prodromici può essere stata eccessiva; anche nel caso in cui il Codice si fosse limitato a prevedere il rimedio contrattuale, nulla

avrebbe potuto impedire all'amministrazione di annullare in autotutela l'atto prodromico, ove illegittimo, e nel rispetto del termine decadenziale di cui alla disciplina generale. Diversamente, appare forzato, rischiando altresì di non essere in armonia con i principi ispiratori della legge Madia di recente introduzione, la previsione di un'autotutela *sine die* in materia contrattualistica.

Ciò posto, per il diritto europeo appare, senz'altro, centrale, in termini funzionali, la fine del contratto illegittimamente concluso; ciò indipendentemente dalle modalità. In tal modo, quel "mercato" attribuito con un contratto ad un operatore economico in modo illegittimo, potrà essere rimesso a gara.

CAPITOLO III

Regole a tutela della concorrenza e appalti e concessioni

SOMMARIO: 1. Esecuzione del contratto e “diritto pubblico della concorrenza”; 2. Divieto di intese restrittive; 2.1 Bid rigging: il coordinamento nella partecipazione alla gara d’appalto; 2.1.1. Il caso italiano delle gare per servizi rifiuti e pulizia; 2.1.2. Il bid rigging in altri Stati membri; 2.2. Amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori e intese restrittive della concorrenza; 3. Divieto di abuso di posizione dominante; 3.1. Le pratiche tariffarie e l’imposizione di prezzi. Il caso francese del mercato del servizio pompe funebri; 3.1.1. La Corte di Giustizia sull’imposizione di prezzi iniqui da parte del concessionario; 3.1.2. L’arret Sté Million et Marais del Conseil d’Etat del 1997 sulle clausole contrattuali; 3.1.3. L’Autorité de la concurrence sul comportamento del concessionario; 3.2. La mancata comunicazione di informazioni. Il caso italiano del mercato del servizio di distribuzione del gas; 3.2.1. L’AGCM ed il TAR Lazio sul comportamento reticente del concessionario; 3.3. La clausola di estensione di un accordo quadro. La rimessione alla Corte di Giustizia; 4. Divieto di aiuti di Stato e normativa su appalti e concessioni; 4.1. La connessione tra la normativa su aiuti di Stato e i servizi di interesse economico generale (SIEG); 4.2. Il “corrispettivo” del contratto di appalto/concessione; 5. Riflessioni conclusive.

1. Esecuzione del contratto e “diritto pubblico della concorrenza”

Nel presente capitolo ci si sofferma sull’esame delle principali norme che regolano il diritto europeo della concorrenza²³¹. In particolare, si tratta del divieto di intese restrittive della concorrenza

²³¹ La dottrina in materia è vasta. Si segnala, in particolare, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Milano 2014; E. COMBE, *La politique de la concurrence*, La Découverte, 2016; R. KOVAR, *Droit de la concurrence - Les acheteurs institutionnels et le droit communautaire de la concurrence* – in *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2007, étude 1; L. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. 1 droit de la concurrence. Droit européen et français, Bruylant, 2015 ; J. F. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2017.

(art. 101 TFUE), del divieto di abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE) e del divieto di aiuti di stato (art. 107 TFUE).

La concorrenza, pietra miliare del mercato interno, pur nascendo quale scopo principale del diritto privato dell'economia diviene, a fronte dell'intervento pubblico nei mercati, imperativo da rispettare e proteggere anche nell'ambito del diritto pubblico²³². Si rivela, pertanto, quale materia interdisciplinare.

Tali norme si fanno così rientrare anche nel cd. «diritto pubblico della concorrenza»²³³, quale *corpus* di norme applicabili all'azione amministrativa (in senso ampio) ovvero all'attività *contrattuale* dell'ente pubblico, acquirente ed utilizzatore di beni e servizi²³⁴. Le

²³² Per un esame dei diversi ruoli dell'azione pubblica incidente sul funzionamento dei mercati, si veda M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit. pag. 511 e ss.; NICISNKI S., *Droit public des affaires*, LGDJ 2016, p.15 e ss.; S. BRACONNIER, *Droit public de l'économie*, PUF, 2015, p. 56; LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLÉANI, *droit du marché*, PUF, 2002; U. BERNITZ, *La notion de droit du marché*, RTD com. 1971 p.1.

²³³ La nozione è risalente, ma sempre attuale. In questo contesto il termine è utilizzato con *valenza conoscitiva*, più che per riferirsi ad una *disciplina oggettuale*. Inoltre, stante la centralità del riferimento alla concorrenza, si è prescelta la nozione di «diritto pubblico della concorrenza» piuttosto che quella più vasta di «diritto pubblico dell'economia» che mette in luce come la disciplina dell'economia sia attività precipua dei pubblici poteri. Al riguardo, si veda GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, 1977.

In dottrina, si registrano tentativi di inquadrare il «diritto pubblico della concorrenza» quale settore di normazione in senso proprio. Si veda: D. LINOTTE, *Le droit public de la concurrence* in l'Actualité juridique - Droit administratif, 1984, p 60 ; M. BASEX, *Le droit public de la concurrence*, RFDA 1998, p. 781 ; S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005; RICHER L., *L'Europe des marchés*, LGDJ 2009 ; B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015 ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ 2016.

Alcuni autori hanno così distinto il «*droit de la concurrence publique*» che si applicherebbe agli operatori economici pubblici e il «*droit public de la concurrence*», di cui sarebbero destinatarie le pubbliche amministrazioni. G. GLAMOUR, *Droit de la concurrence*, in J-CL. Collectivités territoriales, fasc. 724-10 e 724-20.

²³⁴ Sul tema relativo all'incidenza delle regole di concorrenza su appalti e concessioni, che sarebbero incluse nel sistema delle fonti del diritto amministrativo si segnala, da ultimo, il *Braconnier*, secondo il quale «*le droit de la concurrence constitue toutefois le vecteur le plus dynamique de pénétration du droit privé dans le champ de la commande publique*». S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, Groupe Moniteur, 2017, p. 46 e ss.

regole della concorrenza, quali strumento dell'efficienza dei mercati e per il perseguimento del benessere economico collettivo, concernono infatti tutti i quei soggetti che, operando in vario modo nel mercato, possono condizionarne il funzionamento.

Trattandosi di norme di divieto, come in generale quelle previste sulle restrizioni alle libertà di circolazione (*i.e.* divieto di restrizioni quantitative ex art. 34 TFUE, etc.), tali norme vengono in rilievo se violate e la loro applicazione dovrebbe essere residuale.

Sono esaminate nell'ambito di uno studio sull'esecuzione del contratto, in quanto la casistica dimostra il loro impatto nel corso del rapporto di appalto/concessione.

Infatti, pur se gli indizi di prova, ovvero alcuni degli elementi da cui si desume la violazione, risalgono sin dalla fase di gara, il loro rilievo, in quanto connessi tra loro in modo da non renderne possibile la dissociazione, o da non permettere spiegazioni ragionevoli alternative, emerge in fase esecutiva. Ciò, soprattutto, con riguardo agli illeciti vietati ex art. 101 TFUE, che presentano spesso natura cd. lungo-latente, e agli aiuti di stato. Quanto invece al divieto di abuso di posizione dominante, la *sedes materiae* appare proprio la fase esecutiva del rapporto, laddove il contraente abbia effettivamente assunto una posizione dominante sul mercato e ne abusi, per esempio, attraverso la successiva stipula, con altri operatori, di peculiari clausole contrattuali.

Si comprende pertanto la scelta di includere tali norme nel presente studio sull'esecuzione del contratto, senza voler per questo escludere la possibilità di un loro esame nel contesto della gara. Anzi, la premessa da cui si muove è proprio quella della rilevanza delle regole della concorrenza in fase di gara, oggetto peraltro di recenti studi. Ci si pone in linea di continuità con quella dottrina che ha messo in luce il cd. *integrative approach/common approach* tra il diritto

primario della concorrenza ed il diritto derivato degli appalti/concessioni²³⁵.

2. Divieto di intese restrittive

L'art. 101, par. 1, del TFUE. (così come l'art. 2 della legge n. 287/1990) stabilisce che sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno.

La funzione della disposizione è quella di tutelare la concorrenza sul mercato, al fine di garantire il benessere dei consumatori e un'allocazione efficiente delle risorse.

Ne deriva che, sulla base dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, ciascun operatore economico debba determinare in maniera autonoma il suo comportamento nel mercato di riferimento²³⁶.

Nel fare ciò, l'operatore terrà lecitamente conto delle scelte imprenditoriali note o presunte dei concorrenti, non essendogli, per contro, consentito instaurare con gli stessi contatti diretti o indiretti, aventi per oggetto o per effetto, di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato.

Tali contatti vietati possono rivestire la forma dell'accordo, ovvero quella delle pratiche concordate e sono sanzionati, tanto se hanno un oggetto, che un effetto anticoncorrenziale.

²³⁵ A.S. GRAELLS, *Public procurement and the EU competition rules*, Hart Publishing, 2015.

²³⁶ Corte di Giust., causa C-49/92, *Commission v Anic Partecipazioni s.p.a.* [1999] ECR I-4125.

La fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, e ciò, anche senza fare ricorso ad un contratto vincolante²³⁷ o ad altro documento scritto²³⁸.

La pratica concordata, invece, corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse al rischio competitivo, influenzando le condizioni concorrenziali sul mercato²³⁹.

L'esistenza di una pratica concordata, viene ordinariamente desunta dalla ricorrenza di determinati indici probatori dai quali inferire la sussistenza di una sostanziale finalizzazione delle singole condotte ad un comune scopo di restrizione della concorrenza. In materia, è dunque ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse, come più volte affermato in giurisprudenza, si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti. Quanto agli elementi di prova, si distinguono quelli cc.dd. endogeni, afferenti l'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, da quelli cc.dd. esogeni, quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni. La collusione può essere provata per inferenza anche dalle circostanze del mercato²⁴⁰. La differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori - endogeni e, rispettivamente esogeni - si riflette sul soggetto

²³⁷ Corte di Giust. sentenza del 15 luglio 1970, Causa 41/69 ACF *Chemiefarma NV v Commission*.

²³⁸ Commissione, decisione del 23 aprile 1986, *Polypropylene* [1986], OJ L230/1, par. 81.

²³⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123; Cases 48-57 ICI v. Commission [Dyestuffs 1972] ECR619, par. 64; casi 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73 *Coöperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA v Commission* [1975] ECR 1663.

²⁴⁰ Corte Giust. CE 14 luglio 1981, Causa 172/80, *Gerhard Zuechner contro Bayerische Vereinsbank ag*.

sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, mentre, nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.

Nell'ambito dell'art. 101 TFUE riveste particolare importanza la distinzione tra intese anticoncorrenziali "per oggetto" e intese anticoncorrenziali "per effetto", intorno alla quale la casistica dimostra l'ampliarsi della prima rispetto alla seconda. Ciò sembra dovuto all'interpretazione estensiva della nozione di intese anticoncorrenziali *per oggetto* che si è radicata nel tempo, come dimostrano le seguenti considerazioni.

In primo luogo, la distinzione tra intese anticoncorrenziali per oggetto e per effetto non è ricostruita attraverso i concetti civilistici della disciplina generale del contratto, in quanto, per un verso, gli *accordi* non sono necessariamente *contratti* in senso negoziale-civilistico, e, per altro verso, le *pratiche concordate*, consistenti in meri comportamenti di fatto (sintomatici di una concertazione sottostante), giammai potrebbero avere un oggetto negoziale, mentre secondo la giurisprudenza sono condannabili anche se costituiscono *pratiche facilitanti* atte a favorire il coordinamento dei comportamenti anticoncorrenziali delle imprese coinvolte²⁴¹.

In secondo luogo, dato che il concetto di *effetti*, si ricollega a quello di effetti economici del comportamento, più che a quelli giuridici, anche l'oggetto di cui fa menzione l'art. 101 TFUE viene inteso in senso economico e non come «*prestazione giuridicamente dovuta*» dedotta in contratto²⁴².

²⁴¹ Corte Giust. CE, 8 luglio 1999, C-49/92; Trib. I° grado CE, 8 luglio 2004, T-50/00.

²⁴² Corte Giust. CE, 30 giugno 1966, C-56/64.

In terzo luogo, secondo giurisprudenza consolidata, le condizioni relative all'oggetto ed effetto anticoncorrenziale sono alternative. In tal senso, se un'intesa ha già un oggetto potenzialmente anticoncorrenziale, è irrilevante il fatto che abbia prodotto o meno effetti concreti, mentre, se ha un oggetto non direttamente anticoncorrenziale, occorre passare all'esame degli effetti prodotti²⁴³. Così si è affermato che: «*I termini 'oggetto' ed 'effetto' costituiscono semplicemente diverse prospettive di uno stesso fenomeno, che passa da un effetto anticoncorrenziale potenziale ('oggetto') a un effetto anticoncorrenziale effettivamente prodotto ('effetto')*»²⁴⁴. L'accertamento dell'intesa si basa dunque su un'analisi degli effetti economici, attuali o potenziali.

Orbene, posto che il divieto può applicarsi anche in caso di effetto anticoncorrenziale solo potenziale, il legislatore stesso individua alcune forme di coordinamento tra imprese che si presume rivelino un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente, perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti concreti non sia necessario (lett. a), b), c), d), e), del par. 1, art. 101 TFUE)²⁴⁵. Si tratta delle forme di coordinamento tra imprese che hanno *oggetto anticoncorrenziale*, quali quelle relative alla fissazione di prezzi (lett. a), par. 1, art. 101) o alla spartizione del mercato (lett. c), par. 1 art. 101). Tali fattispecie sono anche state qualificate - con il rinvio ad una nozione tutta penalistica - come «*fattispecie di pericolo*», essendo

²⁴³ v., per tutte, Corte Giust. CE, 11 gennaio 1990, C-277/87; Trib. I° grado UE, 24 maggio 2012, T-111/08.

²⁴⁴ Cons. St., sez. VI, del 20.2.2017, n. 740. Così, tale giurisprudenza, afferma anche che l'intesa «*sia che si manifesti in forma di accordi, sia che si manifesti in forma di pratiche concordate, sia che si manifesti in forma mista, sotto alcuni aspetti può essere qualificata come intesa anticoncorrenziale 'per oggetto' e, sotto altri aspetti, come anticoncorrenziale 'per effetto'*».

²⁴⁵ Si veda anche Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, G.U., C 101 del 27.4.2004, punto 21.

sanzionate anche quando il *vulnus* al libero gioco della concorrenza non si sia consumato, ma è di natura solo potenziale²⁴⁶.

Tuttavia, dette fattispecie non sono esaustive ed il problema attiene, soprattutto in presenza di una tendenza ad applicare un concetto esteso di *restrizione per oggetto*²⁴⁷, alla possibilità di un'analisi del contesto (economico) complessiva o, se invece, possa legittimarsi una certa automaticità nel ritenere l'illecito ad "oggetto anticoncorrenziale" e dunque vietato.

Tale dibattito si è posto storicamente, invocando l'applicazione di una cd. «*rule of reason*» o regola di ragionevolezza²⁴⁸. Tuttavia, la giurisprudenza europea ha ritenuto insussistente tale regola, sul presupposto che il par. 3 dell'art. 101 TFUE, prevede già una possibilità di esonerare accordi/pratiche restrittive in materia di concorrenza, qualora soddisfino un determinato numero di condizioni. In tal senso, solo in quel preciso ambito, sarebbe consentita una ponderazione degli aspetti pro- e anticoncorrenziali²⁴⁹.

Ciò non toglie che, pur non riferendosi proprio ad una *rule of reason*, più volte è stata sottolineata la necessità, ai fini dell'applicabilità della disposizione, di tenere conto del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei prodotti/servizi contemplati nell'accordo, delle condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato; senza ciò

²⁴⁶ Tar, Lazio, sez. I, n. 8506 del 25.7.2016.

²⁴⁷ Cfr. Tribunale dell'Unione europea del 29 novembre 2012, T-491/07, *CB/Commissione*, per cui non si deve interpretare restrittivamente la nozione di infrazione tramite l'oggetto.

²⁴⁸ Sul tema di veda, WAELBROECK D., SMITS C., *La règle de raison en droit communautaire de la concurrence*, in TBM RCB 2007-4.

²⁴⁹ Tribunale, terza sezione, sentenza del 18. 9. 2001, causa T-112/99, M6 e altri v. Commissione, punti 72 e ss.

implicare una ponderazione degli effetti, possibile solo ai sensi del paragrafo 3, art. 101, TFUE²⁵⁰.

In generale, si è affermato che per «*dedurre l'esistenza di una restrizione tramite l'oggetto, la Commissione non può, in modo particolare in presenza di una restrizione non palese, limitarsi ad una valutazione astratta*»²⁵¹. Pertanto, «*per valutare se un accordo tra imprese o una decisione di associazione di imprese presentano un grado sufficiente di dannosità per essere considerati come una restrizione della concorrenza «per oggetto» (...), occorre riferirsi al tenore delle loro disposizioni, agli obiettivi che essi mirano a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale essi si collocano. Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione*»²⁵².

2.1 ***Bid rigging* – coordinamento nella partecipazione alla gara d'appalto**

Tra le fattispecie che sono spesso considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza e dunque forme di coordinamento “per oggetto”, pur se non espressamente contemplate nel par. 1, art. 101 TFUE, si fanno rientrare anche quelle che si verificano nel corso di gare pubbliche

²⁵⁰ Tribunale, seconda sezione, sentenza del 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, *European Night Services Ltd*; Tribunale, quarta sezione, sentenza 2.5.2006, causa T-328/03, 02 (Germania) *GmbH&Co v. Commissione*, punti 68 e ss.

²⁵¹ Conclusioni dell'avvocato generale N. WAHL, presentate il 27 marzo 2014, Causa C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) Contro Commissione europea*, punto 148.

²⁵² CGUE, sentenza della corte (Terza Sezione), 11 settembre 2014, C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) Contro Commissione europea*, punto 53; sentenza della corte (Prima Sezione), 14 marzo 2013, C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, punto 36.

(coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto, c.d. “*bid rigging*”)²⁵³.

Le forme di coordinamento che avvengono, in modo illecito, ovvero in violazione dell’art. 101 TFUE, al fine di aggiudicarsi una gara, risultano di vario tipo, ma presentano alcuni tratti comuni, come dimostra la casistica analizzata.

In particolare, i vari elementi dell’illecito anticoncorrenziale si palesano spesso in una pluralità di pratiche teologicamente collegate dall’obiettivo comune dell’aggiudicazione del contratto e della spartizione del mercato ovvero del contratto in fase esecutiva (*i.e.* pratica cumulativa).

Questi elementi risultano avere una portata *antitrust* solo in quanto complessivamente considerati e presuppongono, a volte, l’uso distorto di strumenti di per sé leciti, come il ricorso alla procedura negoziata oppure l’utilizzo di moduli contrattuali.

La tipicità legale del negozio, come nel caso di ATI, consorzi, o contratti di subappalto, non esclude pertanto la possibilità di una valutazione degli effetti *antitrust* e di un possibile giudizio di illiceità per violazione di tale normativa²⁵⁴. In tal senso, la giurisprudenza ha rilevato che «*la circostanza che associazioni temporanee d’impresa,*

²⁵³ Sul tema: RITTER C., *Joint tendering under EU competition law*, in *Concurrences* n.2-2017 pp. 60-69; SANCHEZ-GRAELLS A., *Ski Taxi: joint bidding in procurement as price-fixing?* In *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017.

Nella casistica italiana, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, qualifica tali intese come restrizioni per oggetto. Da ultimo si veda, provvedimento AGCM del 7 novembre 2017, procedimento I796.

²⁵⁴ Così in giurisprudenza: «*la tipicità legale del negozio o dello strumento contrattuale cui, nel caso concreto, abbiano fatto ricorso le parti (nel caso di specie, vengono in rilievo i raggruppamenti temporanei d’impresa, il contratto sociale consortile, il contratto di subappalto), o il fatto che esso abbia un oggetto principale che nulla abbia a che vedere con la regolazione della concorrenza, non esclude la possibilità di una valutazione degli effetti antitrust e un possibile giudizio di illiceità, totale o parziale, per violazione della normativa antitrust*» Corte Giust. CE, 17 novembre 1987, C-142/84.

consorzi e contratti di subappalto costituiscano negozi giuridici tipizzati, non esclude la loro contrarietà al diritto antitrust, allorché risulti che la concreta funzione socio-economica dell'affare sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative, essendo molteplici istituti civilistici 'neutri' sotto profili antitrust e dovendo essere verificato in concreto il loro utilizzo a fini anticoncorrenziali: ciò che rileva a fini antitrust, infatti, non è la legittimità o meno di una specifica condotta, ma la portata anticoncorrenziale di una serie di atti, in tesi anche in sé legittimi»²⁵⁵.

L'illiceità della pratica emerge spesso in fase esecutiva. Il fenomeno prende avvio durante la fase di gara, come con la presentazione delle offerte, è lungo-latente e si rivela illecito, generalmente, successivamente, quando per esempio contratti di subappalto vengono posti in essere. Sino all'aggiudicazione della gara la spartizione del mercato è infatti ancora tutta teorica ed è pertanto più difficile da disvelare l'intesa. Automatiche esclusioni dalla gara, per esempio per la mera partecipazione di un soggetto, a diverso titolo, a più offerte, potrebbero infatti apparire in contrasto con il principio di proporzionalità, se non suffragate da numerosi indizi²⁵⁶.

Infine, tenuto conto che la definizione del mercato rilevante è successiva a quella dell'intesa, poiché l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa medesima circoscrivono il mercato²⁵⁷, è apparso che tali forme di coordinamento che si verificano nei vari Stati membri, in cui le gare sono bandite, hanno tendenzialmente un impatto nel mercato interno e dunque sono sanzionabili ex art. 101 TFUE.

²⁵⁵ Cons. St. 740/2017; Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947; id., 15 maggio 2015, n. 2479.

²⁵⁶ TAR Piemonte, sez II, 17.3.2017, n. 395 IO.

²⁵⁷ Cons. St. sez. VI, 21.6.2017, n. 3016.

2.1.1 Il caso italiano delle gare per servizi rifiuti e pulizia

Nel presente paragrafo si riportano due casi di *bid-rigging* riguardanti gare per servizi, il primo, di bonifica e smaltimento materiali inquinanti, il secondo, di pulizia, posti in essere, attraverso il ricorso a moduli negoziali tipici. A ben vedere, occorre considerare che la casistica in materia rilevata dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) appare in aumento; sicché si tratta di ipotesi esemplificative e non isolate²⁵⁸.

Nel primo caso, l’AGCM ha sanzionato undici società – che si erano avvicinate tra loro costituendo tre ATI –, per aver posto in essere un’intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell’art. 101 TFUE, mirante a condizionare la dinamica di tre gare pubbliche bandite da una direzione del Ministero della Difesa per la bonifica di amianto su navi militari italiane e consentendo altresì la fissazione dei prezzi di aggiudicazione delle gare²⁵⁹.

In particolare, le gare erano state indette con procedura ad evidenza pubblica di tipo ristretto e ripartite in tre lotti. Le imprese, raggruppate in ATI, avevano coordinato la reciproca strategia partecipativa, per cui in ciascuna gara figurava per ogni lotto, quasi esclusivamente un unico offerente (*i.e.* il precedente affidatario), e fissato i prezzi di aggiudicazione delle gare medesime, in modo da poter cristallizzare le rispettive aree di *incumbency* ovvero le rispettive quote di mercato.

L’AGCM, che ha considerato il mercato interessato nell’ambito del mercato merceologico e geografico delle gare bandite per l’espletamento dei servizi di bonifica, ha individuato una serie di

²⁵⁸ Da ultimo si veda, AGCM provvedimento n. 26815 del 18 ottobre 2017 (procedimento I796).

²⁵⁹ Si tratta del procedimento I/782, concluso con provvedimento AGCM del 18 novembre 2015.

elementi endogeni, confrontando i comportamenti tenuti dalle imprese, antecedenti e successivi, sintomatici dell'intesa, quali:

- i) la perfetta sincronia tra le ATI, nel senso che veniva presentata una sola offerta per ciascun lotto, sempre dall'ATI che era aggiudicataria, nelle precedenti gare, del lotto di riferimento;
- ii) l'anomalo trend dei ribassi e la concreta attitudine delle condotte ad influenzare il prezzo.

L'iter delle procedure di gara sembrava così seguire uno schema fisso, preordinato ad evitare il confronto competitivo. Invero, l'organo giurisdizionale ha poi confermato che la simmetrica e speculare strategia partecipativa tenuta dai raggruppamenti in ciascuna fase di gara, avendo condotto ad una totale assenza di sovrapposizione e di pressione sui tre lotti oggetto di affidamento, non è risultata compatibile con uno scenario concorrenziale e non è apparsa giustificabile in termini di razionalità economica²⁶⁰. Secondo il Consiglio di Stato, in particolare, dietro i vari elementi dell'illecito anticoncorrenziale, si è palesata, in realtà, *“la sussistenza di una pluralità di accordi (o pratica concordata cumulativa) – in primis fra imprese in ATI e in secundis fra distinti ATI – teleologicamente collegati al fine di perseguire l'obiettivo comune della spartizione delle gare afferenti al medesimo segmento di mercato”*²⁶¹.

Nel secondo caso, invece, l'AGCM ha accertato, sempre alla luce degli acquisiti elementi di prova “esogeni” ed “endogeni”, un'intesa, contraria all'articolo 101 TFUE, realizzata attraverso l'utilizzo distorto dello strumento consortile²⁶² e del subappalto, in

²⁶⁰Cfr: Tar, Lazio, sez. I, n. 8506 del 25.7.2016; Con. St. sez. VI, n. 3016 del 21.06.2017.

²⁶¹ Cons. St. n. 3016/2017.

²⁶² Il consorzio è un centro di imputazione dei rapporti giuridici distinto dalle imprese consorziate; partecipa pertanto alla gara in nome proprio, ancorché per conto delle consorziate. È al consorzio che vengono imputate l'eventuale aggiudicazione e stipulazione del contratto.

occasione di una gara d'appalto indetta da una centrale di committenza per l'affidamento, mediante stipula di convenzioni, dei servizi di pulizia e di altri servizi funzionali al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili di istituti scolastici²⁶³.

Nel caso di specie, la gara era stata suddivisa in 13 lotti definiti con un criterio geografico e si era svolta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'intesa, consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara con la spartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo fissato dalla *lex specialis* (3 lotti ciascuna), aveva permesso ai due maggiori *players* nel mercato, di aggiudicarsi il numero massimo di lotti maggiormente appetibili.

Invero, le imprese partecipanti alla gara, attraverso lo strumento consortile, avevano eliminato *ex ante* il reciproco confronto concorrenziale; allo stesso tempo, attraverso il contratto di subappalto, avevano riconosciuto ad un'impresa non partecipante, una serie di servizi aggiudicati al consorzio. Era così emerso che l'impresa non aveva partecipato alla gara, in virtù di un accordo, avente ad oggetto la rinuncia di partecipare alla gara in cambio di vantaggi compensativi – e dunque illecito ed anticoncorrenziale per il suo stesso contenuto. In tal senso, la strategia anticoncorrenziale è apparsa a cd. formazione progressiva.

L'intesa viene descritta con la formula “*concertazione complessa*”²⁶⁴, essendo l'illecito articolato in atti di natura variegata posti in essere dalle parti (veri e propri accordi, scambi di informazione, pratiche concordate) che, nel loro insieme, hanno integrato l'illecito unico, contestato alle parti, anticoncorrenziale in

²⁶³ Si tratta del provvedimento AGCM n. 25802 del 22 dicembre 2015.

²⁶⁴ TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 10303/2016.

parte “per oggetto” e in parte “per effetto”. Tali atti sono venuti in rilievo, non ciascuno in sé considerato, ma nel loro insieme e sono stati assunti come elementi di prova “esogeni” (i.e. la stipula dell’accordo, il successivo contratto di subappalto, etc.).

In tal senso, il termine “concertazione complessa” non è stato utilizzato nel senso tecnico, proprio del diritto antitrust, di «*infrazione unica, continuata e complessa*», presupponente una pluralità di comportamenti che integrino, altrettanti illeciti *antitrust* sotto forma di accordi o pratiche concordate autonomamente accertati, reiterati nel tempo e aventi il medesimo scopo economico anticoncorrenziale²⁶⁵.

2.1.2 Il *bid rigging* in altri Stati membri

I fenomeni collusivi in corso di gara, *bid rigging*, si sostanziano dunque in intese tra potenziali concorrenti volte alla spartizione del “mercato” bandito dall’amministrazione aggiudicatrice. Il fenomeno è ben noto anche in altri Paesi europei ed è sanzionato, con una casistica che appare in aumento, dalle Autorità di vari Stati membri.

Rispetto all’Italia, un atteggiamento più cauto, si riscontra proprio in Francia, dove *l’Autorité de la Concurrence* sembra essere intervenuta per sanzionare condotte in corso di gara che solo in modo evidente celavano intenti collusivi, come nel caso della presentazione di cd. *offerte di copertura*, del tutto non idonee a rispondere ai bisogni dell’amministrazione e presentate al solo fine di permettere la scelta dell’offerta del concorrente colluso. La casistica pertanto non sembra numerosa. Al riguardo, si può riportare il caso nel settore penitenziario

²⁶⁵ Cfr. Cons. St. 740/2017. Secondo costante giurisprudenza comunitaria, una violazione dell’articolo 101, paragrafo 1, TFUE può risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o persino da un comportamento continuato, anche quando uno o più elementi di questa serie di atti o di questo comportamento continuato potrebbero altresì costituire, di per sé e considerati isolatamente, una violazione di detta disposizione. Al riguardo si veda anche, Corte Giust. UE, 24 giugno 2015, C-293/13 punti 157 e 158.

in cui l’Autorità ha rilevato delle vere e proprie somiglianze tra le offerte, o meglio che le stesse si basavano sullo stesso modello, contenendo per esempio in nota i riferimenti dell’altra impresa concorrente con cui era avvenuta l’intesa collusiva²⁶⁶.

In generale, si riportano alcuni dati, raccolti a titolo esemplificativo e relativi a fenomeni di *bid rigging*, sanzionati, in altri Stati membri, nel corso del 2017.

In Spagna, l’Autorità a tutela del mercato e della concorrenza, che è apparsa particolarmente attiva anche nel 2016²⁶⁷, ha sanzionato 13 imprese per condotte anticoncorrenziali volte anche alla fissazione dei prezzi in varie gare pubbliche che sono durate per ben 15 anni, nella regione dell’Asturia; nonché in altro caso ha sanzionato 34 imprese attive nel settore del trasporto terrestre nelle isole Baleari per illeciti anticoncorrenziali, consistenti nella fissazione di prezzi ovvero nel coordinamento nella partecipazione a gare pubbliche, posti in essere in un periodo di 12 anni²⁶⁸. L’Autorità accerta, in particolare, l’uso distorto e “apparente” del subcontratto, concluso tra aggiudicatari dei vari lotti e offerenti, volto a ripartirsi le quote di mercato²⁶⁹.

²⁶⁶ *Autorité de la Concurrence, décision n. 13-D-09 du 17 avril 2013 relative à des pratiques en œuvre sur les marchés de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan.*

²⁶⁷ Nel 2016, l’Autorità avrebbe sanzionato più di 20 società che hanno partecipato a cartelli per l’aggiudicazione di gare pubbliche. Cfr. <https://www.cnmc.es/2017-02-24-la-cnmc-desarticulo-nueve-carteles-e-impuso-multas-por-un-total-de-227-millones-de-euros>.

²⁶⁸ Si tratta delle decisioni della *Comision Nacional de los Mercados y de la Competencia* (CNMC) del 3 marzo 2017 e del 15 marzo 2017. Cfr. Van Bael&Bellis, Newsletter on competition law, vol. 2017, n. 3.

²⁶⁹ In tal senso, nella decisione si afferma: “*A la vista de dicha información se ha podido acreditar (...) que bajo el régimen aparente de subcontratación, fueron utilizados por estas empresas para repartirse el mercado del transporte discrecional de viajeros en la isla de Mallorca (trayectos, excursiones o traslados), en función de la zona o el cliente demandante del servicio, desde al menos febrero de 2007, estando varios de dichos contratos aún vigentes en 2016*”. CNMC, Resolution 15

In Grecia, l’Autorità per la concorrenza ha inflitto una sanzione complessiva di 80 milioni di euro ad un gruppo di 10 imprese attive nel settore edilizio. L’Autorità esaminando le condotte di tali imprese, in fase di gara ed in particolare nella tecnica di presentazione delle offerte, in un periodo che va dal 2005 al 2012, ha rilevato che le stesse hanno posto un illecito anticoncorrenziale continuato in relazione ad alcune gare per progetti di lavori pubblici (sia partenariati che appalti)²⁷⁰.

In Belgio, l’Autorità della concorrenza ha sanzionato un cartello per l’aggiudicazione di gare pubbliche nel settore ferroviario. Nel caso di specie, era stato concluso a monte, dal gestore dell’infrastruttura ferroviaria, un accordo quadro con alcune imprese selezionate, al fine di fissare le condizioni di successive gare pubbliche per appalti di servizi e forniture di installazioni elettroniche. Durante l’esecuzione dell’accordo quadro, ovvero in pendenza delle gare bandite dal gestore, alcune imprese si erano accordate per scegliere quale tra loro avrebbe vinto ciascuna gara ed hanno pertanto formulato i prezzi in modo che la gara fosse inevitabilmente aggiudicata all’impresa prescelta. L’Autorità rileva inoltre che l’intesa ha prodotto effetti fino al 2016, ben oltre la data relativa all’ultima prova della collusione (risalente al 2014). In aggiunta, il fatto che alcuni funzionari del gestore avessero erroneamente comunicato informazioni sensibili relativi a futuri progetti dell’ente o elementi del suo budget, è stato considerato una circostanza attenuante a favore delle imprese²⁷¹.

Marzo 2017, (Expte. S/DC/0512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS), Pag. 88-89. https://www.cnmec.es/sites/default/files/1569240_23.pdf

²⁷⁰ Si tratta della decisione del 3 agosto 2017 (*Hellenic competition commission*). Cfr. Van Bael&Bellis, Newsletter on competition law, vol. 2017, n. 8.

²⁷¹ Si veda, *Autorite Belge de la concurrence*, decision n. ABC-2017-I/O-16-AUD du 2 mai 2017, Affaire CONC-I/O-13/0031. Cfr. anche Van Bael&Bellis, Newsletter on competition law, vol. 2017, n. 5.

In Irlanda, la Corte penale, essendo le infrazioni *antitrust* materia di competenza dall'autorità giudiziaria penale, ha sanzionato una pratica collusiva posta in essere in fase di gara per la fornitura di pavimentazioni il cui valore ammontava a circa 550.000 euro. Si tratta del primo caso portato all'esame della Corte, da parte del pubblico ministero, in materia di *bid-rigging* e la sanzione, pari circa a 10.000 euro, è stata considerata alquanto esigua²⁷².

In Romania, l'Autorità della concorrenza ha sanzionato 5 imprese produttrici di latte per pratiche poste in essere in gare suddivise in lotti, spartendosi i lotti per i quali avrebbero presentato l'offerta, in modo che ciascuna impresa risultasse offerente per il lotto che era in grado di aggiudicarsi²⁷³.

Da ultimo, giova menzionare il caso norvegese portato al vaglio della Corte EFTA, per un'intesa anticoncorrenziale tra imprese partecipanti in associazione ad una gara, bandita dall'Ospedale di Oslo per l'aggiudicazione di un accordo quadro per la prestazione di servizi di trasporto per i pazienti, che erano in realtà concorrenti e dunque avrebbero potuto partecipare individualmente. L'Autorità norvegese individua un'intesa restrittiva della concorrenza per oggetto, tenuto conto che l'intesa ha prodotto la fissazione dei prezzi delle offerte; sicché un'analisi approfondita del contesto e di tutte le circostanze del caso, non sarebbe stata necessaria.

La Corte EFTA, infatti, condivide la tesi secondo la quale i comportamenti collusivi in corso di gara rientrano nell'ambito delle restrizioni per oggetto ed afferma: "*in order to determine whether the*

²⁷² Van Bael&Bellis, Newsletter on competition law, vol 2017, n. 6; P. K. GORECKI, '*Sentencing in Ireland's First BidRigging Cartel Case: Unduly Lenient?*', Kluwer Competition Law Blog, August 21 2017.

²⁷³ Van Bael&Bellis, Newsletter on competition law, vol. 2016 n. 12. Cfr anche <http://www.consiliulconcurentei.ro/en/docs/178/11968/the-competition-council-had-sanctioned-five-milk-producer-companies-for-rigging-the-bids.html>

submission of joint bids through a joint management company reveals a sufficient degree of harm that it may be considered a restriction of competition by object, regard must be had to the substance of the cooperation, its objectives and the economic and legal context of which it forms part. The parties' intention may also be taken into account, although this is not a necessary factor. Moreover, since the submission of joint bids involves price-fixing, which is expressly prohibited by Article 53(1) EEA, consideration of the economic and legal context may be limited to what is strictly necessary in order to establish the existence of a restriction of competition by object. However, such an assessment needs to take into account, albeit in an abridged manner, whether the parties to an agreement are actual or potential competitors and whether the joint setting of the price offered to the contracting authority constitutes an ancillary restraint”²⁷⁴.

2.2 Amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori e intese restrittive della concorrenza

La casistica esaminata mostra come il fenomeno del *bid-rigging* concerne le imprese partecipanti alle gare pubbliche; si limita dunque a considerare il comportamento di una delle due parti del rapporto contrattuale di appalto/concessione in questione.

Ci si potrebbe domandare tuttavia se il divieto di intese possa applicarsi nei confronti della parte contrattuale pubblica quale amministrazione aggiudicatrice ovvero ente aggiudicatore²⁷⁵.

²⁷⁴ EFTA Court, E-3/16, 22 December 2016, Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS, par. 101 e 102 http://www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/Cases/2016/03_16/3_16_Judgment_EN.pdf

Sul tema cfr. SANCHEZ-GRAELLS A., *Ski Taxi: joint bidding in procurement as price-fixing?* In *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017.

²⁷⁵ Per la definizione di tali nozioni si vedano: Dir. 2014/23/UE, artt. 6 e 7; Dir. 2014/24/UE, art. 2; Dir.2014/25/UE, art. 4.

Al riguardo, occorre richiamare la nozione di *impresa* che, a norma degli articoli 101 e 102 del TFUE, include «*qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento in conformità della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*»²⁷⁶.

Così, è stata considerata *impresa* lo Stato federale di *Baden-Württemberg*, in qualità di venditore/distributore di legname della foresta statale. L'Autorità federale tedesca, ritenendo che l'attività di distribuzione di legname fosse un'attività economica, ha invero sanzionato un cartello di distribuzione posto in essere dallo stesso, per violazione dell'art. 101 TFUE, con provvedimento confermato dalla Corte d'appello federale di Dusseldorf²⁷⁷.

A prescindere dallo statuto della persona giuridica, il problema, a ben vedere, consisterebbe nella definizione di *attività economica* e se vi possa rientrare l'attività di acquisto di beni e servizi da parte di amministrazioni pubbliche.

Orbene, l'attività di acquisto, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non potrebbe essere separata dall'attività successiva che viene svolta dal soggetto pubblico, e dunque non può essere considerata in sé come attività economica; «*il carattere economico o non economico dell'utilizzo successivo del prodotto acquistato determina necessariamente il carattere dell'attività di acquisto*»²⁷⁸. Così, nel caso di specie, la Corte ha confermato la decisione della Commissione secondo la quale gli enti di gestione del

²⁷⁶ Cfr. Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno del 22.3.2017, COM 2017 (142), art. 2 par. (8). Si veda anche CGUE C-440/2011, 11 luglio 2013, p 36; C-41/90.

²⁷⁷ OLG Dusseldorf of 15.3.2017, VI – Kart 10/15 (V), JURIS. Si veda anche Van Bael&Bellis, Newsletter on competition law, vol. 2017, n. 6

²⁷⁸ CGUE, Grande sezione, 11 luglio 2006, C-205/03 P, *Fenin v Commissione*, Punto 26.

sistema sanitario nazionale non agiscono in qualità di imprese quando partecipano alla gestione del servizio sanitario pubblico ovvero acquistano il materiale sanitario venduto dai membri della Federazione delle imprese operanti nel settore delle tecnologie sanitarie, per offrire servizi sanitari gratuiti agli iscritti al sistema sanitario stesso.

Pertanto, il carattere non economico di alcune attività dell'amministrazione sarebbe in grado di escludere la persona giuridica pubblica dal campo di applicazione della normativa *antitrust*²⁷⁹. Sicché quando l'amministrazione agisce quale organismo di diritto pubblico, la qualifica di impresa dovrebbe essere esclusa²⁸⁰.

Eppure, in concreto, tale constatazione non appare così automatica, nel senso che l'attività dell'amministrazione aggiudicatrice potrebbe essere in parte di tipo economico, essendo nella realtà difficilmente riscontrabili ipotesi in cui alcuna attività economica (e beninteso non lucrativa) sia svolta²⁸¹.

A ciò si aggiunge che *“L'art. 81 CE, diversamente dalle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati dei singoli*

²⁷⁹ È noto infatti che il carattere non economico di alcune attività dell'amministrazione è in grado di escludere la persona giuridica dal campo di applicazione della normativa antitrust. Si veda, VOGEL L., *Traité de droit économique*, t. 1 droit de la concurrence. Droit européen et français, Bruylant, 2015, p. 61.

²⁸⁰ CGUE, 1 luglio 2008, C-49/07. Sul tema si veda, S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Thomson, 1996, pag. 62 e ss.

²⁸¹ A ben vedere, tale elemento emerge anche nel caso *Fenin*, ove però si afferma: *«Il Tribunale ha precisato, ai punti 41-44 della sentenza impugnata, che l'argomento secondo il quale gli ospedali pubblici spagnoli dell'SNS offrono, almeno in taluni casi, servizi a pagamento a persone non iscritte al sistema e, in particolare, ai turisti stranieri non era stato proposto alla Commissione ed è stato avanzato dinanzi al Tribunale stesso per la prima volta soltanto in sede di replica. Esso ha di conseguenza ritenuto che tale argomento non potesse essere preso in considerazione al fine di verificare la legittimità della decisione controversa»*. C-205/03 P, *Fenin v Commissione*, Punto 9.

concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale"²⁸².

Inoltre, occorre sempre tener conto che, l'art. 4, par. 3, TUE, impone un principio di leale collaborazione sugli obblighi derivanti dal Trattato.

In tal senso, proprio a tutela della struttura del mercato concorrenziale, anche l'amministrazione, potrebbe soggiacere, nel caso specifico, ad un vaglio della sua condotta ex art. 101 TFUE; ciò anche in via indiretta ovvero ex art. 101 TFEU in combinato disposto con l'art. 4 par. 3 TUE.

3. Divieto di abuso di posizione dominante

L'art. 102 del TFUE statuisce: *“È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.*

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;

(...)

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

(...).”

La norma, come anche le corrispondenti norme nazionali, quali l'art. 3 della Legge 287/90 e l'art. 8 dell'*ordonnance du 1er dec. 1986*,

²⁸² Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, *T-Mobile*, causa 8/08, punti 36-38.

vieta l'abuso di posizione dominante, ma non fornisce una definizione dello stesso. La norma contempla una fattispecie aperta, sicché l'elenco delle pratiche contenute nella disposizione non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante contrastanti con il Trattato.

La specificazione del concetto generale, nonché l'individuazione delle fattispecie meritevoli di sanzione, stante la non esaustività dell'elenco, è dunque rimessa all'interprete. L'applicazione della disposizione comporta da parte dell'interprete, per consolidata giurisprudenza, un'attività cd. di contestualizzazione, frutto di una valutazione complessa che implica un ineliminabile «margine di opinabilità»²⁸³. In tal senso, lo studio si basa necessariamente sulla raccolta della casistica.

Prima di soffermarsi sull'analisi di alcune fattispecie, ovvero comportamenti concretamente tenutisi, di abuso di posizione dominante, venuti in rilievo nel contesto di rapporti concessori, appare utile un richiamo ai principali indirizzi giurisprudenziali in materia, al fine di inquadrare la casistica riportata.

La posizione di dominanza è stata definita in giurisprudenza come *“una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*²⁸⁴.

²⁸³ Tra tanti, Cons. Stato, VI, 14 novembre 2014 n. 1673; 20 maggio 2011, n.3013; 16 settembre 2011, n. 5171.

²⁸⁴ Corte di Giustizia del 14.2.1978, causa 27/76, *United Brands v Commissione*, par. 65

Deriva generalmente dalla presenza di più fattori che solo in quanto cumulativamente considerati si rilevano decisivi²⁸⁵.

Pertanto, la definizione del mercato rilevante è presupposto per individuare la sussistenza di una posizione di dominanza²⁸⁶.

La norma non vieta la posizione di dominanza, che di per sé non appare incompatibile con le norme a tutela della concorrenza, ma solo l'abuso di tale posizione. In tal senso, è stato però osservato che la dominanza genera una “*particolare responsabilità*” di non compromettere la concorrenza nel mercato attraverso il proprio comportamento²⁸⁷. Si tratta, in altri termini, di speciali doveri concorrenziali, legati al potere di mercato dell'impresa e alla conseguente particolare sensibilità del mercato rilevante alle sue operazioni anticoncorrenziali.

A questo riguardo, secondo la giurisprudenza europea, «*la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera*

²⁸⁵ Corte di Giustizia del 14.2.1978, cit. par 66 in cui si afferma: “*l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi*”.

²⁸⁶ Cons. St. sez. VI, 10.3.2006, n.1272; Id., sez. VI, 13.5.2011, 2925. Al riguardo, si tenga conto che per la determinazione del mercato «*non ci si può, a tale scopo, limitare all'esame delle sole caratteristiche obiettive dei prodotti di cui trattasi, ma bisogna anche prendere in considerazione le condizioni di concorrenza e la struttura della domanda e dell'offerta sul mercato*». Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, *Michelin c. Commissione (Michelin I)*, Causa 322-81, punto 37.

²⁸⁷ Si veda Corte di Giustizia CE, 14.11.1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak v Commissione*, par. 21: «*Discende dal complesso delle considerazioni sopra svolte che, nel contesto del caso in esame, le pratiche poste in essere dalla Tetra Pak sui mercati non asettici si prestano a rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 86 del Trattato, senza necessità di accertare l'esistenza di una posizione dominante su questi mercati separatamente considerati, giacché l'egemonia di questa impresa sui mercati non asettici, in combinato con gli stretti legami esistenti tra questi mercati e i mercati asettici, conferiva alla Tetra Pak un'autonomia di comportamento rispetto agli altri operatori economici presenti sui mercati non asettici tale da giustificare la sua responsabilità particolare, in forza dell'art. 86, per il mantenimento su questi mercati di una concorrenza effettiva e non falsata*».

detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza»²⁸⁸.

In tal senso, l'abuso deriverebbe dal ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una *normale concorrenza*, ovvero, si tradurrebbe, come secondo la giurisprudenza nazionale, in un comportamento che non rispetta il principio di proporzionalità²⁸⁹.

Tuttavia, non può non tenersi conto di una recente giurisprudenza europea (*Intel*), volta a chiarire, l'importanza di un'analisi completa degli effetti della pratica dell'impresa al fine di valutare la capacità del comportamento della stessa di restringere la concorrenza, ovvero di escludere i concorrenti considerati altrettanto efficienti con mezzi diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza basata sui meriti²⁹⁰.

²⁸⁸ Corte di Giustizia, sentenza del 13. 2. 1979 — causa 85/76, *Hoffmann-La Roche / Commissione*, par. 91; Corte di Giustizia, sez. I, sentenza del 2 aprile 2009, C-202/07 P, *France Télécom SA/ Commissione*, punto 104

²⁸⁹ Così invero si afferma: «*Il cennato limite, a questo riguardo, tra uso e abuso della posizione di concorrente dominante è dunque, in ragione del principio generale di proporzionalità, da individuare in concreto, comparando questo potere economico alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare*». Cons. St. VI, 14.11.2014 n. 1673.

²⁹⁰ Ciò soprattutto «*nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati. In tal caso, la Commissione è tenuta, non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci (v., per analogia, sentenza del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 29)*». CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione), 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel Corporation Inc*, punti 138 e ss.

In tale quadro, ai fini dell'art 102 TFUE, la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confonderebbero tra loro, ovvero si riassumerebbero nella seconda; essendo lo sfruttamento abusivo sanzionato, ex art. 102, par. 1 TFUE, «*nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio*»²⁹¹.

Infine, appare interessante sottolineare che il carattere abusivo non ha relazione con la conformità ad altre normative: gli abusi di posizione dominante consistono per lo più in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto della concorrenza²⁹². «*Ne consegue che, pur in presenza di comportamenti leciti alla luce di singole normative settoriali, l'interprete potrà ravvisare la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale laddove la combinazione degli stessi sia espressiva di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un quid pluris che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti*»²⁹³.

Ciò premesso sull'abuso di posizione dominante in termini generali, si riportano alcune pratiche vagliate dalla giurisprudenza, nonché dalle autorità nazionali a tutela della concorrenza, poste in essere da concessionari di servizi pubblici, anche in virtù di clausole contrattuali.

²⁹¹ Così nella giurisprudenza nazionale si afferma: «*per accertare un abuso di posizione dominante sia sufficiente che il comportamento abusivo dell'impresa dominante miri a restringere la concorrenza, ovvero che sia tale da avere, o da poter avere, un tale effetto. Al più, è stato ritenuto che se la prassi di un'impresa dominante non può essere qualificata abusiva se manca del tutto un minimo effetto anticoncorrenziale, tale effetto non deve comunque essere concreto e totale rispetto alle intenzioni, essendo sufficiente un effetto anticoncorrenziale potenziale (sentenza della Corte di giustizia, del 6 dicembre 2012, causa C-457/10, Astrazeneca)*». Cons. St. VI, 14.11.2014 n. 1673.

²⁹² Corte di giustizia CE, 6 dicembre 2012, C-457/10, *Astrazeneca*, punto 132; Consiglio di Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e 12 febbraio 2014, n. 693, TAR Lazio, sez. I, 1.8.2017, n. 9141.

²⁹³ TAR Lazio sez. I, 1.8.2017, n. 9141.

Le pratiche esaminate traggono origine da un contratto di concessione che permette al concessionario di godere di una posizione di dominanza sul mercato di riferimento.

Durante l'esecuzione del contratto di concessione, i comportamenti che il concessionario pone in essere, tanto nei confronti della concedente ovvero nei confronti di altre imprese possono così rivestire carattere abusivo.

3.1 Le pratiche tariffarie e l'imposizione di prezzi. Il caso francese del mercato del servizio pompe funebri

Nell'ambito della casistica relativa alle pratiche tariffarie, ci si sofferma sulle pratiche poste in essere, in particolare, da concessionari del servizio di pompe funebri nel mercato francese.

In Francia, il servizio di pompe funebri si compone di un servizio interno, reso all'interno degli edifici di culto, di un servizio esterno quale servizio pubblico industriale e commerciale che comprende varie prestazioni (trasporto del corpo...) e un servizio di prestazioni libere. Il servizio esterno, a partire dal 1993, può essere fornito, non solo dai comuni e loro concessionari, ma anche da imprese, titolari di apposita autorizzazione.

La normativa nazionale affida il servizio esterno delle pompe funebri ai comuni, i quali sono liberi di concedere il servizio ad un'impresa privata, di lasciarlo completamente libero o di gestirlo direttamente.

Varie controversie hanno riguardato comportamenti posti in essere dai concessionari del servizio esterno di pompe funebri, che coprono una parte rilevante del mercato nazionale.

3.1.1 La Corte di Giustizia sull'imposizione di prezzi iniqui da parte del concessionario

Nel caso portato all'esame della Corte di Giustizia nell'88, il ricorrente lamenta che i concessionari di un certo numero di comuni, oltre a coprire una parte rilevante del territorio nazionale, appartengono in realtà allo stesso gruppo di imprese, potendo così influire sulle correnti di scambi tra gli Stati²⁹⁴.

Secondo la Corte tale circostanza più che dipendere dal comportamento delle autorità nazionali o municipali, deriva da quello delle imprese stesse e può essere vagliata ai sensi dell'art.102 TFUE (ex art 86 del Trattato Istitutivo).

In particolare, la Corte, nell'accertamento della sussistenza dei presupposti di cui alla norma in questione, afferma, in primo luogo, che per stabilire se il commercio tra Stati membri sia leso da un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE *«si devono prendere in considerazione le conseguenze che ne derivano per la struttura della concorrenza effettiva nel mercato comune. In fatto di servizi, queste conseguenze possono in particolare consistere [...], nell'organizzare le attività dell'impresa o del gruppo di imprese in modo tale che abbiano l'effetto di suddividere il mercato comune ed ostacolare quindi la libera prestazione dei servizi, che è uno degli scopi del trattato»*²⁹⁵. Di conseguenza, ritiene che sia compito del giudice nazionale accertare, nel caso concreto, se *«le attività del gruppo di imprese concessionarie e la situazione di monopolio di cui dispongono in una parte rilevante del territorio di uno Stato membro abbiano effetti sull'importazione di merci da altri Stati membri o sulla possibilità, per le imprese concorrenti stabilite in questi Stati membri,*

²⁹⁴ Corte di Giustizia (sesta sezione) del 4 maggio 1988, Causa 30/87, *Corsinne Bodson contro sa Pompes funebres des regions liberees*.

²⁹⁵ Par. 24, C-30/87.

*di prestare dei servizi nello Stato membro primo nominato»*²⁹⁶. Inoltre, la Corte aggiunge che per stabilire se sussiste la posizione dominante nel caso in esame, si deve determinare la potenza economica del gruppo di imprese concessionarie sul mercato delle pompe funebri ovvero compiere una valutazione di fatto che spetta sempre al giudice nazionale²⁹⁷.

Infine, l'art. 102 TFUE impone l'accertamento dello sfruttamento abusivo della posizione di dominanza, che nel caso di specie dipenderebbe dall'imposizione di prezzi eccessivi da parte dei concessionari (*Pompe Pompes funèbres générales* e le sue affiliate) rispetto a quello praticato dagli altri operatori sul mercato, ovvero anche gli stessi Comuni quando gestiscono direttamente il servizio.

Al riguardo, appare interessante notare che di fronte al rilievo che i concessionari non siano in grado di "imporre" prezzi iniqui, essendo questi stabiliti dal capitolato d'onori, parte integrante del contratto di concessione, la Corte afferma che l'argomento non sia condivisibile, desumendosi *“infatti dal fascicolo che la concessione del servizio esterno è considerata, in Francia, un contratto concluso dal comune con l'impresa concessionaria, opinione del resto condivisa dal giudice nazionale. Ciò implica che l'entità dei prezzi è*

²⁹⁶ Par. 25, C-30/87.

²⁹⁷ La Corte individua alcuni parametri per compiere tale valutazione:

« —l'entità della quota di mercato del gruppo che è al riparo da qualsiasi concorrenza a causa della concessione esclusiva,

—l'influenza di questa situazione di monopolio sulla posizione del gruppo per quanto riguarda la cessione di beni e la prestazione di servizi non compresi nella concessione esclusiva,

— la posizione del gruppo nei comuni che non hanno concesso il servizio esterno delle pompe funebri ad un'impresa, come pure la quota di mercato del gruppo in altri Stati membri,

— i mezzi di cui dispone il gruppo, che si possono ad esempio desumere dalla sua appartenenza ad un complesso potente di imprese o gruppi di imprese». Par. 29, C-30/87.

imputabile all'impresa, dato che questa è pienamente responsabile dei contratti che stipula”²⁹⁸.

Diversamente, “[q]ualora i comuni avessero imposto determinati prezzi ai loro concessionari, nel senso che si sarebbero astenuti dal concedere il servizio esterno alle imprese se queste non avessero accettato di praticare dei prezzi particolarmente elevati, i comuni si troverebbero nella situazione contemplata dall'art. 90, n. 1” (rectius dall'art. 106 TFUE), posto che la concessione esclusiva del servizio esterno delle pompe funebri da parte delle autorità locali rientra nell'ipotesi ivi contemplata²⁹⁹.

3.1.2 L'arret Sté Million et Marais del Conseil d'Etat del 1997 sulle clausole contrattuali

Qualche anno dopo, la società *Million et Marais* contesta la validità del contratto di concessione di un servizio pubblico tra il comune di *Fleury-les-Aubrais* e la società *Pompes Funèbres Générales* che le attribuiva il diritto di esclusiva per il servizio esterno di pompe funebri³⁰⁰. In particolare, venivano impugnate le clausole contrattuali sulla durata e sul piano tariffario che avrebbero permesso, secondo la società ricorrente, l'abuso della posizione di dominanza, in violazione delle regole nazionali sulla concorrenza di cui agli artt. 7 e 8 dell'*ordonnance du 1er dec. 1986*.

²⁹⁸ Par. 32, C-30/87.

²⁹⁹ «Ne consegue che le pubbliche autorità, in una situazione come quella in esame, non possono adottare né mantenere in vigore “misure” in contrasto con le norme del trattato, in particolare con gli artt. 85 e 86. Di conseguenza è loro vietato aiutare le imprese concessionarie a praticare dei prezzi iniqui, imponendo prezzi del genere come clausola del contratto di concessione». Cfr. parr. 33 e 34, C-30/87.

³⁰⁰ Il servizio esterno di pompe funebri veniva qualificato per legge quale servizio pubblico e dunque secondo il Tribunale dei conflitti avente natura amministrativa (T. confl., 20 janv. 1986, *Ville de Paris c/ SA Roblot et autres*, p. 298).

Pur se nel caso di specie, il Consiglio di Stato nega la sussistenza di un abuso di posizione dominante, appare interessante notare come nel corpo delle regole giuridiche che governano l'azione amministrativa si fanno rientrare anche le regole nazionali e comunitarie sulla concorrenza³⁰¹.

Nelle conclusioni formulate dall'allora commissario del Governo, *J.-H. Sthal*, si rilevava come seppure la durata di una concessione potesse essere contestata in base ad altri parametri normativi, sussistono altre clausole che andrebbero esaminate solo sotto il profilo del diritto della concorrenza, come quelle sul piano tariffario³⁰².

Il Consiglio di Stato, condividendo tale impostazione, afferma così « *les clauses de ce contrat de concession ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8* ». In tal senso, si ammette un vaglio sulle clausole del contratto, ai sensi dell'art. 102 TFUE (ex art. 86 del Trattato di Roma), nella misura in cui l'impresa sia messa nella posizione di abusare della posizione di dominanza sul mercato comune, in ragione del diritto di esclusiva riconosciuto alla società concessionaria³⁰³.

³⁰¹ Peraltro, l'applicazione del diritto della concorrenza non precluderebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, che si rileva competente nel caso di specie. Cfr. in *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, ed. 2015, p. 679.

³⁰² Così si afferma: « *D'autres clauses ne peuvent en revanche être appréhendées que sous l'angle du droit de la concurrence. Tel serait le cas pour des clauses relatives aux prestations hors monopole. Le monopole du service extérieur des pompes funèbres ne portait en effet que sur certaines prestations, limitativement énumérées par la loi. Les autres prestations étaient libres et pouvaient être effectuées par toute entreprise. Une société concessionnaire aurait pu mettre à profit sa position exclusive sur les prestations monopolistiques pour limiter la concurrence sur le marché des prestations hors monopole* ». *J.-H. STAHL, L'application, par le juge administratif, de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, RFDA 1998, p. 1228.

³⁰³ Nella sentenza così si trova affermato: « *Cons. qu'à supposer que le contrat litigieux ait contribué, en raison du droit exclusif qu'il comporte, à assurer à la*

3.1.3 *L'Autorité de la concurrence* sulle condotte del concessionario

Recentemente, l'Autorità della concorrenza francese ha sanzionato due pratiche di abuso di posizione dominante commesse dall'impresa incaricata della gestione del servizio di pompe funebri nella provincia dell'Ain in virtù di una *délégation de service public* trentennale conclusa con il comune di Viriat³⁰⁴. Tale concessione attribuisce all'impresa la gestione dell'unico centro crematorio presente nella provincia dell'Ain. Pertanto il gestionario del servizio pubblico offre altresì alle altre imprese concorrenti di pompe funebri la possibilità di utilizzare il centro crematorio di Viriat. Infatti, a partire dal 1993, il servizio esterno di pompe funebri, può essere fornito non solo dai comuni e loro concessionari, ma anche da imprese, titolari di apposita autorizzazione³⁰⁵.

société Pompes Funèbres Générales une position dominante sur une partie substantielle du marché commun des prestations funéraires et soit susceptible d'affecter les échanges intracommunautaires, ses clauses ne seraient incompatibles avec l'article 86 du traité que si l'entreprise était amenée, par l'exercice du droit exclusif dans les conditions dans lesquelles il lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive ; ». Conseil d'Etat sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, in *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, 2015, p. 675-685

³⁰⁴ Si tratta della *Décision 17-D-13 du 27 juillet 2017 des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans le département de l'Ain*, in http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=662&id_article=3021&lang=fr

³⁰⁵ Si ricordi che in Francia, il servizio di pompe funebri si compone di un servizio interno, reso all'interno degli edifici di culto, di un servizio esterno quale servizio pubblico industriale e commerciale che comprende varie prestazioni (trasporto del corpo, etc.) e un servizio di prestazioni libere (fornitura di fiori, etc).

Le prestazioni funerarie che includono, servizi esterni, interni e liberi, formano il mercato unico della prestazione dei servizi di pompe funebri, per soddisfare la domanda delle famiglie.

Orbene il gestore viene sanzionato, in primo luogo, per aver posto in essere, tra il 2011 ed il 2016, una pratica discriminatoria tariffaria, applicando una tariffa supplementare ai concorrenti per la prestazione del servizio di cremazione, di cui l'impresa stessa era incaricata in virtù del contratto di concessione (*délégation de service public*) e che offriva anche direttamente alle famiglie.

In secondo luogo, lo stesso risulta responsabile di condotte, poste in essere tra il 2011 ed il 2013 ingeneranti confusione tra la missione di servizio pubblico di cremazione attribuitogli e l'attività di offerta di prodotti e altri servizi funerari in concorrenza con le altre imprese, ivi inclusa la cremazione, facendo credere di essere il solo in grado di fornirli.

3.2 La mancata comunicazione di informazioni. Il caso italiano del mercato del servizio di distribuzione del gas

La mancata comunicazione di informazioni può rilevare non solo ai fini della disciplina sull'accesso, ma anche ai fini *antitrust*³⁰⁶. Un rifiuto di fornire informazioni potrebbe essere valutato positivamente sotto il profilo dell'accesso, ma ciò non può garantire all'impresa che il medesimo comportamento sia immune rispetto a valutazioni circa il rispetto della normativa a tutela della concorrenza,

³⁰⁶ Generalmente la casistica a fini antitrust attiene piuttosto allo scambio di informazioni. Sulla diversità delle tutele – accesso e concorrenza - appare interessante richiamare un'ordinanza del tribunale di Venezia, ove si afferma: «*il ricorso cautelare può considerarsi ammissibile in quanto strumentale alla individuabile domanda di merito volta ad inibire in via definitiva condotte anticoncorrenziali asseritamente idonee a vanificare i vantaggi competitivo di Ryanair ed in quanto volto ad accertare in via di urgenza l'affermata utilizzabilità delle informazioni acquisibili con l'esercizio del diritto di accesso in termini anticoncorrenziali, non trattandosi quindi di sindacare, in realtà ed in sé, la tutelabilità del diritto di accesso agli atti amministrativi, questione di esclusiva competenza del Giudice Amministrativo, quanto l'esistenza di una condotta concorrenziale illecita idonea ad arrecare pregiudizio*». Trib. Venezia, sez. specializzata in materia di imprese, ordinanza del 24.2.2017.

come dimostra il recente caso nel contesto del mercato di distribuzione di gas.

Occorre premettere che in Italia, l'attività di distribuzione di gas naturale, definita dall'articolo 2, comma 1, lettera n), del Decreto Legislativo n. 164/00 (c.d. Decreto Letta), come «*il trasporto di gas naturale attraverso reti di gasdotti locali per la consegna ai clienti*», è riconosciuta quale «*servizio pubblico*».

Dal lato dell'offerta, il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale è caratterizzato da condizioni di monopolio naturale ed è svolto in monopolio legale dalle imprese di distribuzione.

L'unica forma di concorrenza possibile è dunque quella relativa alla partecipazione alle gare per l'affidamento delle concessioni venute a scadenza (c.d. concorrenza per il mercato). Ai sensi dell'articolo 15, comma 1, del citato decreto il servizio di distribuzione del gas viene affidato dagli enti locali in concessione esclusiva tramite gara, per un periodo non superiore ai dodici anni.

Si tratta di un mercato di dimensione geografica locale, coincidente con l'area comunale di attribuzione di ciascuna concessione ed in relazione alla quale è svolta la gara per l'affidamento del servizio. Nei circa 6.500 mercati locali della distribuzione di gas sono presenti 248 operatori di distribuzione monopolisti nei territori comunali in concessione.

3.2.1 L'AGCM ed il TAR Lazio sul comportamento reticente del concessionario

Nel 2012, l'AGCM sanziona – con provvedimento confermato recentemente dal Tar Lazio³⁰⁷–, il comportamento di un'azienda pubblica, concessionaria del servizio di distribuzione del gas nel territorio del Comune di Prato, posto in essere in vigenza della concessione, tuttavia prossima a scadere e che dunque l'ente locale intendeva mettere a gara.

La società, concessionaria in esclusiva del servizio da oltre trentacinque anni, detiene una posizione di monopolio legale duratura ed è pertanto soggetta al principio della “speciale responsabilità” che le impone particolari obblighi di diligenza.

Oggetto del procedimento, avviato dall'Autorità, è il comportamento della concessionaria consistito nei dinieghi prima e poi ritardi nella comunicazione delle informazioni richieste dal Comune di Prato, necessarie ai fini della predisposizione del bando di gara e della presentazione di offerte competitive da parte dei concorrenti.

Tale comportamento è stato ritenuto restrittivo della concorrenza in quanto, volto ad ostacolare lo svolgimento della gara per l'affidamento del servizio nell'ambito di un nuovo rapporto concessorio. Si configura così quale abuso di posizione dominante di natura escludente, volto ad ostacolare *la concorrenza per il mercato* della distribuzione del gas, derivante dal rifiuto e ritardo a fornire informazioni³⁰⁸ – non motivato da giustificazioni oggettive – acquisite in virtù di una posizione di monopolio.

³⁰⁷ Si rinvia a AGCM, provvedimento del 25.1.2012 n. 23243 e a TAR Lazio, sez. I, 1.8.2017, n. 9141.

³⁰⁸ Il comportamento del gestore è consistito, prima nel rifiuto di fornire le informazioni, motivando tale rifiuto in modo pretestuoso, poi nella trasmissione

Il danno concorrenziale che ne deriva consiste nel fatto che il Comune abbia dovuto posticipare l'indizione e la realizzazione della gara, ovvero diversamente, in assenza di tali informazioni, sarebbe stato costretto ad indire una procedura di gara falsata in cui lo stesso *incumbent* avrebbe goduto di un indubbio vantaggio competitivo.

3.3 La clausola di estensione di un accordo quadro. La rimessione alla Corte di Giustizia

Nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala e maggiori garanzie nello svolgimento delle gare da parte di soggetti più esperti; sicché dalle centrali di committenza lo strumento degli accordi quadro è stato ampiamente utilizzato ed è parso una tecnica di aggiudicazione efficiente³⁰⁹.

Tuttavia, più volte è stato sottolineato il rischio di ricorrere a tali accordi in modo improprio o, il rischio, in buona sostanza, che tali accordi limitino o distorcano la concorrenza. Invero, da un lato la previsione di un oggetto troppo ampio potrebbe creare, soprattutto in alcuni mercati, una ingiustificata barriera all'accesso nei confronti di imprese medio-piccole; dall'altro, la concentrazione del potere di gestire il mercato in capo ad alcuni soggetti, può concretamente portare a porre in essere comportamenti che rivelino abusi di posizioni di dominanza.

delle stesse con significativo ritardo e solo a seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato in materia di accesso agli atti.

³⁰⁹ RACCA G., CAVALLO PERIN R., ALBANO G.L., *Competition in the execution phase of public procurement in Public Contract Law Journal*, vol. 41 n. 1, 2011; R. CANAVAN, *Public procurement and frameworks* in Research handbook on EU public procurement law, C. BOVIS, Elgar, 2016, p. 149 e ss.

L'accordo quadro consiste in un'operazione contrattuale duplice: vi è dapprima l'accordo quadro propriamente detto, che fissa le condizioni di successivi contratti – accordi esecutivi – ancora da concludere tra single Amministrazioni acquirenti ed il soggetto aggiudicatario della gara; seguono poi i singoli accordi esecutivi dell'accordo fondamentale.

La peculiarità della figura, contemplata tanto dalle direttive 2004 che da quelle 2014, sta anzitutto nel fatto che gli operatori economici parte dell'accordo quadro sono scelti, ordinariamente, mediante pubblica gara, mentre una gara non è necessaria per concludere gli accordi esecutivi dell'accordo quadro con l'operatore economico parte contraente dello stesso accordo quadro. Inoltre, l'accordo quadro individua sempre le persone dei contraenti, ma solo “*se del caso*” le quantità dell'oggetto contrattuale (art. 32 dir. 18/2004/CE e art. 33, comma 1, dir. 24/2014/UE). Ciò all'evidenza consente che i contratti esecutivi dell'accordo abbiano un contenuto che non si ritrova già all'origine nell'accordo a monte.

In tal senso, posto che il contratto a monte non predetermina *in toto* il contenuto di quello a valle e che l'incremento delle prestazioni si colloca a valle, occorrerebbe verificare che i comportamenti in concreto tenuti dalle parti, non creino distorsioni alla concorrenza.

Tale riflessione nasce da una recente rimessione alla Corte di Giustizia, su cui ancora non si è pronunciata, relativa all'interpretazione della norma europea laddove si limita a statuire che l'accordo quadro indica «*se del caso*» le quantità delle prestazioni richieste³¹⁰.

³¹⁰Cons. St., sez. VI, 11.4.2017, n. 1690: «*il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale solleva questione di pregiudizialità invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sui seguenti quesiti:*

La fattispecie concreta oggetto della controversia attiene ad un accordo quadro concluso da un'azienda socio sanitaria territoriale (ASST) che aggiudica ad un RTI un appalto di servizi di sanificazione ambientale, raccolta e smaltimento rifiuti, prevedendo nel capitolato una clausola rubricata «*Estensione del contratto*», con lo scopo di attuare un'aggregazione della domanda, come auspicata dai recenti interventi del legislatore nazionale (art. 1, comma 449, l. 296/2006; art. 1, commi 3 e 12, d.l. 95/2012).

Detta clausola contiene l'elenco delle aziende beneficiarie della stessa e permette di chiedere ai soggetti aggiudicatari dell'accordo quadro di estendere l'appalto; dando luogo ad un *rapporto contrattuale autonomo* distinto da quello oggetto di aggiudicazione.

La clausola individua la durata dell'estensione, pari alla residua durata del periodo contrattuale di cui alla gara originaria; consente a ciascuna azienda una sola adesione «*alle medesime condizioni dell'aggiudicazione in argomento*» e precisa che l'aggiudicatario non ha l'obbligo di accettare la richiesta di estensione.

(1) se gli articoli 2 comma 5 e 32 della direttiva 2004/18/UE e l'articolo 33 della direttiva 2014/24/UE possano essere interpretati nel senso di consentire la stipulazione di un accordo quadro in cui:

un'amministrazione aggiudicatrice agisca per essa stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici specificamente indicate, le quali però non partecipino direttamente alla sottoscrizione dell'accordo quadro stesso;

non sia determinata la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici non firmatarie all'atto della conclusione da parte loro degli accordi successivi previsti dall'accordo quadro medesimo;

(2) nel caso in cui la risposta al quesito (1) fosse negativa, se gli articoli 2 comma 5 e 32 della direttiva 2004/18/UE e l'articolo 33 della direttiva 2014/24/UE possano essere interpretati nel senso di consentire la stipulazione di un accordo quadro in cui:

un'amministrazione aggiudicatrice agisca per essa stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici specificamente indicate, le quali però non partecipino direttamente alla sottoscrizione dell'accordo quadro stesso;

la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici non firmatarie all'atto della conclusione da parte loro degli accordi successivi previsti dall'accordo quadro medesimo sia determinata mediante il riferimento al loro ordinario fabbisogno».

Ciò premesso, avendo un'altra ASST esercitato effettivamente tale facoltà di adesione e avendo concluso il contratto senza procedere ad altra gara, rispetto a quella esperita in origine, tanto il gestore uscente che l'AGCM (ex art. 21bis della L. 287/90), hanno promosso ricorso per presunta violazione delle norme europee e nazionali sulla concorrenza.

Orbene il Tar, ha ritenuto tale clausola legittima tenuto conto che, secondo lo schema generale dell'accordo quadro «*la fissazione anticipata delle "quantità previste" per tutti gli appalti da aggiudicare è richiesta solo "se del caso" (v. art. 3 comma 13 del Dlgs. 163/2006; art. 33 par. 1 della Dir. 2014/24/UE; art. 3 comma 1-iii del Dlgs. 50/2016), ossia quando sussista un interesse pubblico in questo senso*»; nonché appare rispondente ad un interesse pubblico attuale. Infatti, la rinegoziazione, ovvero l'adesione ad un contratto già stipulato, deve essere considerata, nel caso di specie, preferibile all'indizione di una nuova gara³¹¹.

Il Consiglio di Stato, pur sembrando ritenere necessario, ai fini della validità dell'accordo quadro, che la clausola di estensione in esso contenuta sia determinata sia sotto l'aspetto soggettivo, sia sotto l'aspetto oggettivo (*i.e.* previsione del *valore economico*, anche nei termini di un importo massimo), richiamando la giurisprudenza nazionale precedente, rileva come ciò determini un'interpretazione restrittiva dell'inciso «*se del caso*» e rimette così la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Tuttavia, il diritto *antitrust* sarebbe potuto essere d'aiuto nella risoluzione, in concreto, del problema e nell'applicazione della norma, tenuto conto che nello stesso art. 32 della direttiva 2004/18/CE, nonché al considerando 61 della direttiva 2014/34/UE, si afferma che

³¹¹ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 7.11.2016, n. 1449.

l'accordo quadro non deve essere utilizzato in modo abusivo o da distorcere la concorrenza³¹².

In tal senso, sarebbe stato utile verificare se la fattispecie comportasse effetti sul mercato distorsivi della concorrenza. Da un lato, si sarebbe potuto controllare se la stazione appaltante fosse ricorsa impropriamente allo strumento al fine di ostacolare la concorrenza, accertando ciò sempre secondo parametri oggettivi; dall'altro, se il contraente avesse, con la stipula (facoltativa) del contratto, abusato di una qualche posizione di dominanza sul mercato di riferimento.

4. Divieto di aiuti di Stato e normativa su appalti e concessioni

Nel presente paragrafo ci si interroga sulla possibile intersezione tra la normativa in tema di aiuti di stato, che si fa rientrare nel capitolo delle regole a tutela della concorrenza, pur essendovi dedicata, nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, una sezione separata, e la normativa di diritto derivato su appalti e concessioni³¹³.

Tale intersezione viene, in particolare, esaminata nel contesto della stipula del contratto o dell'esecuzione del rapporto. La scelta si basa sulla considerazione che la violazione del divieto di aiuto di stato può emergere anche in fase esecutiva, a fronte di situazioni definibili

³¹² Secondo il considerando 61, dir. 2014/24/UE: “*Non si dovrebbe ricorrere ad accordi quadro in modo improprio o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza*”. Ai sensi dell'art. 32, comma 2, dir. 2004/18/CE: «*Le amministrazioni aggiudicatrici non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza*».

³¹³ In dottrina, si veda: R. NOGUELLOU, *Contrats publics et aides d'Etat*, in *L'identité du droit de l'Union Européenne*. Mélanges Cl. Blumann, Bruylant, 2015, pp. 448 e ss.; M. KEKELEKIS, K. NESLEIN, *Public procurement and State aid*, in *Research handbook on EU public procurement law*, C. BOVIS, Elgar, 2016; R. KOVAR, *Les achats publics et l'interdiction des aides d'Etat*, in *Contrats Marchés publics*, 2004, étude n. 8.

come “anomale”, pur se ampiamente riconducibili alla fase di gara³¹⁴. Inoltre, deriva dal rilievo che gli aiuti considerati quali “aiuti esistenti” sono anche quelli che al momento della loro attuazione non costituiscono aiuti, ma lo sono diventati successivamente a causa dell'evoluzione del mercato e senza aver subito modifiche da parte dello Stato membro³¹⁵ oppure a fronte di modifiche/misure statali riconosciute nel corso del rapporto.

Orbene, l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE stabilisce che, «[s]alvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

Secondo una costante giurisprudenza la qualificazione di aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE richiede che sussistano tutti i presupposti previsti da tale disposizione.

In primo luogo, è necessario che si tratti di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri. In terzo luogo, tale intervento deve concedere un vantaggio al suo beneficiario favorendo talune imprese o talune produzioni. In quarto luogo, esso deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza³¹⁶.

³¹⁴ Tuttavia, il divieto potrebbe anche essere valutato soffermandosi esclusivamente sulla fase di gara. Ponendosi in tale diversa prospettiva, si evidenzia il tema delle offerte anormalmente basse a causa di un elemento integrante un aiuto di stato. Cfr. Corte di giustizia UE, sez. V, 18 dicembre 2014, causa C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Service Srl.

³¹⁵ Cfr Reg. n. 659/1999, art. 1(b), (v)

³¹⁶ Al riguardo, si rinvia alla sentenza della Corte del 24 luglio 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Racc. pag. I-7747, punti 74 e 75, e alla sentenza del Tribunale del 22 febbraio 2006, Le Levant 001 e a./Commissione, T-34/02, Racc. pag. II-267, punto 110

In tal senso, la normativa di cui all'art. 107 (1) TFEU non sembra prendere in considerazione l'elemento intenzionale dello Stato e la norma viene applicata secondo criteri di accertamento, oggettivi. Gli interventi statali possono assumere forme diverse e sono analizzati in funzione dei loro effetti, anche potenziali³¹⁷.

L'interrogativo che quindi ci si pone è se, per mezzo del contratto di appalto ovvero di concessione, la stazione appaltante possa illegittimamente riconoscere un aiuto di stato al contraente o se il rispetto (almeno formale) della normativa sugli appalti/concessioni escluda in radice tale evenienza. Sotto tale profilo, ci si sofferma soprattutto sul terzo requisito previsto dall'art. 107 TFUE ovvero sul possibile riconoscimento di un vantaggio selettivo all'aggiudicatario, anche a seguito dell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, nelle forme tanto di un corrispettivo "eccessivo" in sede di appalto, che, in corso di gestione della concessione, di un contributo "non dovuto".

4.1 La connessione tra la normativa su aiuti di Stato e i servizi di interesse economico generale (SIEG)

Il possibile collegamento della normativa sugli aiuti di stato con quella su appalti e concessioni, sembra potersi rinvenire con riguardo, ad una *species* di quest'ultima. Si tratta, in particolare, delle concessioni che riconoscono un diritto di esclusiva per un servizio di interesse economico generale (SIEG), contemplate dal paragrafo 2

³¹⁷ In tal senso: «*La Commissione non è tenuta a dimostrare un'incidenza effettiva degli aiuti sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, ma deve solamente esaminare se i detti aiuti siano idonei a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza*». CGUE, Sentenza del 15. 12. 2005, CAUSA C-148/04, *Unicredito Italiano SpA*, punto 54; Sentenza 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Italia/Commissione*, Racc. pag. I-3679, punto 44cfr. sentenza della Corte del 2-7-1974 — CAUSA 173-73, p. 27; sentenza della Corte de 13. 2. 2003 — CAUSA C-409/00, p. 46.

dell'art. 106 TFUE. Invero, pur se a rigore tali concessioni sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/23/UE (art. 4), ma non della direttiva 2014/25/UE, appare primario considerare che tutti questi settori – *aiuti di stato, SIEG e appalti* – hanno un punto di partenza comune: contengono le nozioni di autorità pubblica e di prestazioni dietro “corrispettivo”, implicando la circostanza che lo Stato instaura rapporti con diversi tipi di organismi/imprese³¹⁸.

Ciò premesso, nel contesto dei SIEG, il problema che è stato più volte esaminato, alla luce della normativa europea sugli aiuti di Stato, è quello della natura delle sovvenzioni pubbliche concesse per compensare i costi sostenuti dalle imprese beneficiarie per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico nella prestazione di servizi di interesse economico generale, se dunque tali sovvenzioni siano soggette al divieto di cui all'art.107 par. 1 TFUE ovvero conferiscano un vantaggio selettivo al beneficiario delle stesse, incompatibile ai sensi di tale norma³¹⁹.

Tale problema si è posto durante la fase di esecuzione del contratto, allorché la Commissione, anche su denuncia da parte di una concorrente, ha avviato procedimenti di indagine formale volti a qualificare o meno la misura quale aiuto di Stato ex art. 107, par.1 TFUE.

In generale, si è ritenuto che ove la misura rappresenti la controprestazione diretta della prestazione effettuata dall'impresa beneficiaria per assolvere gli obblighi di servizio pubblico, mancando un qualsiasi vantaggio finanziario in grado di collocarla in una

³¹⁸In tal senso, si vedano le conclusioni dell'avv. generale Sharpston, del 22 giugno 2017 nella causa C-413/15, che richiama i tre settori al fine di individuare i criteri per tracciare la linea di demarcazione tra «lo Stato e le sue emanazioni» e le «parti private».

³¹⁹ In particolare si rimanda alla giurisprudenza Ferring, del 22 novembre 2011, C-53/00, e a quella Altmark, del 24 luglio 2003, C-282/00

posizione concorrenziale più favorevole, l'intervento non potrebbe essere qualificato ai sensi del 107, TFUE.

Conformemente, affinché tale compensazione si sottragga alla qualifica di aiuto di Stato, occorre verificare il rispetto delle condizioni fissate - come noto - nella sentenza *Altmark*, pietra miliare in materia, che appare opportuno ricordare.

In primo luogo, l'impresa deve essere destinataria di obblighi di servizio pubblico definiti in maniera chiara. Ciò implica che l'obbligo sia necessario e proporzionato ad un bisogno reale di servizio pubblico, derivante dall'insufficienza del servizio in una situazione di libera concorrenza³²⁰.

In secondo luogo, devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione.

In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti, nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento.

Infine, «quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire

³²⁰ Nella decisione della Commissione C(2013) 1926, in tal senso si afferma: «La Commissione ritiene pertanto, per analogia con la sentenza *Analir*, che il perimetro del servizio pubblico, quale definito da un contratto di servizio pubblico, debba essere necessario e proporzionato a un bisogno reale di servizio pubblico, dimostrato dall'insufficienza di servizi di trasporto regolari in una situazione di libera concorrenza». DECISIONE DELLA COMMISSIONE del 2 maggio 2013 relativa all'aiuto di stato SA.22843 (2012/C) (ex 2012/NN) cui la Francia ha dato esecuzione in favore della Société Nationale Corse Méditerranée e della Compagnie Méridionale de Navigation (2013/435/UE), par. (136).

tali servizi al costo minore per la collettività»³²¹, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi ammessi che un'impresa media, gestita in modo efficiente, avrebbe dovuto sopportare per adempiere gli obblighi di servizio pubblico.

Tali criteri sono stati precisati dalla giurisprudenza successiva.

In particolare, se da un lato la previsione di una procedura ad evidenza pubblica sembra escludere la possibilità che venga attribuito un aiuto di stato, ciò non toglie che, nel caso concreto, anche in presenza di gare pubbliche possano verificarsi delle “anomalie” e dunque esser concesso un aiuto incompatibile (vedi infra)³²².

Inoltre, una recente giurisprudenza europea, in un caso relativo alla concessione di finanziamenti ad un'impresa pubblica danese, la TV2, incaricata del servizio di interesse economico generale di radiodiffusione, ha rilevato come l'esame dei criteri *Altmark* si pone a monte dell'accertamento e pertanto un aiuto astrattamente incompatibile, può in concreto essere necessario per il compimento della missione conferita all'operatore, ex art. 106, paragrafo 2, TFUE.

La Corte ha così affermato che nell'esame a valle sulla *necessarietà* dell'aiuto ex art. 106, par. 2 TFUE, non «*occorre più applicare le condizioni imposte dalla giurisprudenza Altmark*»³²³.

In tal modo, la Corte ha operato - questa volta esplicitamente - il collegamento tra le due norme, l'art. 107 TFUE e l'art.106, par. 2, TFUE, ovvero tra le due materie.

³²¹ CGUE, 24 luglio 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, p. 93.

³²² Anche in dottrina si è affermato che il rispetto delle regole ad evidenza pubblica non esclude la possibile violazione della normativa in materia di Aiuti di Stato. Si veda, VERRIER O. *Droit des aides d'Etat et droit de la commande publique: une compatibilité discutée*, AJ Collectivités territoriales 2017, p. 248.

³²³ CGUE, sentenza della Corte (Prima Sezione), 8 marzo 2017, C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK Ltd, TV2/Danmark A/S*, p. 35.

4.2 Il “corrispettivo” del contratto di appalto/concessione

Ciò premesso, sulla natura delle sovvenzioni pubbliche concesse per l'assolvimento di servizi di interesse economico generale, ci si chiede se, più in generale, il corrispettivo pattuito in un contratto di appalto pubblico (o il contributo della concessione, ove previsto) di lavori, servizi o forniture, possa, in parte, celare un aiuto di stato. Ciò anche indipendentemente da una specifica volontà anticoncorrenziale dell'amministrazione aggiudicatrice.

Seguendo l'impostazione elaborata nell'ambito dei SIEG, quando lo Stato o altra amministrazione aggiudicatrice acquista, lavori, servizi o forniture, si dovrebbe configurare un aiuto nella misura in cui il prezzo pagato superi quello di mercato³²⁴.

Pertanto, il fatto che le parti si obbligano a compiere prestazioni reciproche - e dunque che si ricada nella nozione di corrispettivo, più che di mera sovvenzione -, non può portare all'esclusione *a priori* dalla nozione di aiuto³²⁵.

Occorre altresì precisare che, come da giurisprudenza costante, l'entità relativamente esigua di un aiuto o le dimensioni relativamente modeste dell'impresa beneficiaria non escludono *a priori* l'eventualità

³²⁴ In tal senso, si vedano le conclusioni formulate dall'AG Jacobs, nella causa C-126/01 e presentate il 30 aprile 2002, punto 122. L'avvocato generale così afferma: “qualora lo Stato o suoi organismi acquistino beni (ad esempio computer) o servizi (ad esempio servizi di pulizia dei locali) sul mercato, sussisterà aiuto di Stato solo se e nella misura in cui la remunerazione corrisposta ecceda quella adeguata. Anche in questo caso non vi sono ragioni evidenti per cui l'analisi debba essere diversa nell'ipotesi in cui lo Stato acquisti servizi che debbono essere forniti alla collettività (ad esempio servizi di smaltimento dei rifiuti)”.

³²⁵ Così per esempio, nel causa T-14/96 si afferma: «Anche se, per il governo spagnolo, l'aiuto finanziario concesso alla Ferries Golfo de Vizcaya costituiva il corrispettivo dei biglietti di viaggio acquistati dalle autorità regionali, la Commissione ha accertato che l'accordo del 1992 conteneva elementi di aiuto statale, poiché le condizioni pattuite per tale operazione non corrispondevano a quelle di una normale operazione commerciale”. SENTENZA DEL TRIBUNALE (Prima Sezione ampliata) 28 gennaio 1999, T-14/96, BAI v. Commissione, p.72.

che la misura rientri nella nozione di aiuto e che vengano influenzati gli scambi tra Stati membri³²⁶.

Orbene, la problematica che si pone è se l'esame sulla possibile sussistenza di un aiuto sia in radice da escludersi, trattandosi di un corrispettivo riconosciuto ad un contraente individuato all'esito di una gara pubblica³²⁷.

A ben vedere, nella stessa sentenza *Altmark*, la Corte di giustizia, ha aggiunto un carattere alla procedura di appalto pubblico, al fine di escludere la qualifica di aiuto alla misura statale, ovvero quello di consentire di «*selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività*»; carattere, la cui sussistenza dovrebbe essere in concreto sempre verificata.

E' anche vero che, tendenzialmente, una procedura di gara, espletata nel rispetto della normativa appalti/concessioni, dovrebbe condurre alla scelta dell'offerta di mercato migliore per l'assolvimento dello specifico compito.

In tal senso, le ipotesi in cui la normativa sul divieto di aiuti di Stato verrebbe in rilievo, dovrebbero essere residuali e si disvelerebbero proprio in fase esecutiva del rapporto, a fronte dell'emergere di vari elementi in connessione tra loro *rectius* indizi di prova.

Si tratterebbe di ipotesi in cui, seppure all'esito di una gara, il valore del contratto supera il suo “*valore di mercato*” o l'equo

³²⁶ Tra le tante, sentenza della Corte del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, punto 81; sentenze della Corte 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio/Commissione*, Racc. pag. I-959, punto 43, e 14 settembre 1994, cause riunite C-278/92, C-279/92 e C-280/92, *Spagna/Commissione*, Racc. pag. I-4103, punti 40-42, e del Tribunale 30 aprile 1998, causa T-214/95, *Vlaams Gewest/Commissione*, Racc. pag. II-717, punto 48.

³²⁷ In dottrina si è affermato che il rispetto delle regole ad evidenza pubblica non esclude la possibile violazione della normativa in materia di Aiuti di Stato. Così, VERRIER O. *Droit des aides d'Etat et droit de la commande publique: une compatibilité discutée*, AJ Collectivités territoriales 2017, p. 248.

corrispettivo per l'appalto da eseguire, conferendo un vantaggio competitivo all'aggiudicatario che si vede attribuita la fornitura di beni, lavori o servizi a condizioni preferenziali.

Ai fini dell'individuazione di un «valore approssimativo di mercato», le altre offerte presentate nell'ambito della gara di appalto costituiscono generalmente un valido parametro di riferimento.

Ed infatti, in giurisprudenza, pur se nel contesto della vendita di bene pubblico mediante gara, si afferma che *«è incontestabile che le offerte validamente ed effettivamente sottoposte nell'ambito della gara di appalto bandita in vista della privatizzazione di una determinata impresa costituiscono, in linea di principio, un valore approssimativo del prezzo di mercato»*³²⁸.

Pertanto, il valore di mercato di un appalto/concessione dovrebbe generalmente desumersi dall'offerta che, soddisfacendo i bisogni dell'amministrazione aggiudicatrice, apporti un minor costo per la collettività, così come previsto dalla quarta condizione della sentenza *Altmark*.

Così, simmetricamente, nel caso della vendita di un bene pubblico, ove l'amministrazione ricorra ad una gara *«è dato pertanto presumere che il prezzo di mercato corrisponde all'offerta più elevata, fermo restando che deve dimostrarsi, in primo luogo, che tale offerta ha valore di impegno e che essa è credibile e, in secondo luogo, che non è giustificata la presa in considerazione di fattori economici diversi dal prezzo come i rischi fuori bilancio esistenti tra le offerte»*³²⁹.

In linea con tale impostazione è stato anche evidenziato, pur se con riguardo all'affidamento di servizi di interesse economico

³²⁸ Tribunale I grado UE, sez. VI, 28/02/2012, n. 268.

³²⁹ Tribunale I grado UE, sez. VI, 28/02/2012, n. 268.

generale, come «*La procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara non può garantire che detta procedura determini la selezione di un offerente in grado di fornire i servizi in questione al costo minore per la comunità*»³³⁰.

A ben vedere, anche ricorrendo ad una procedura negoziata con pubblicazione di bando possono verificarsi delle “anomalie”. In un caso recentemente analizzato dal Tribunale dell’UE, relativo ad una gara per alcuni servizi di trasporto marittimo effettuati tra Marsiglia e la Corsica, svolta con procedura negoziata, previa pubblicazione di bando, a cui hanno partecipato solo due operatori, tra cui il raggruppamento SNCM aggiudicatario, il Tribunale ha ritenuto che «*Force est de constater qu’il ressort d’un faisceau d’indices convergents que la procédure d’appel d’offres suivie en l’espèce n’a manifestement pas entraîné une concurrence réelle et ouverte suffisante permettant de sélectionner le candidat capable de fournir les services de transport maritime en cause au moindre coût pour la collectivité*»³³¹. La Commissione Europea aveva tra l’altro rilevato che: la procedura di gara negoziata previa pubblicazione di bando riconosce all’amministrazione un largo margine di apprezzamento; che l’unica offerta concorrente non era stata valutata *nel merito* ovvero sulla base dei criteri di aggiudicazione; che due offerte non erano sufficienti a garantire una concorrenza effettiva; che il raggruppamento aggiudicatario godeva di un vantaggio concorrenziale importante essendo un operatore storico³³².

³³⁰ Comunicazione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, C 2011 (9404), punto 66.

³³¹ Tribunal UE (sixième chambre), 1er mars 2017, T- 366/13, punto 240

³³² Decisione della Commissione Europea 2013/435/UE del 2 maggio 2013 sull’aiuto di stato SA.22843 (2012/C) (ex 2012/NN), JO 2013, L 220, p.20.

Ulteriore anomalia potrebbe venire in rilievo proprio a fronte di interventi effettuati in fase esecutiva che modifichino l'equilibrio economico del contratto, in specie di concessione.

Come precedentemente messo in luce, la concessione si caratterizza per l'attribuzione di un "rischio operativo" – rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato dal lato della domanda e dell'offerta – in capo al concessionario, che non può essere traslato sull'Amministrazione. Pertanto, un eventuale contributo riconosciuto in corso di gestione, volto a riequilibrare il Piano economico finanziario (PEF), per motivi sopraggiunti che rientrano in tale "rischio", possono configurarsi come una misura di aiuto che falsa la concorrenza. Così come, sempre in questa ipotesi, un eventuale allungamento della concessione, potrebbe comportare un abuso di posizione di dominanza³³³.

In conclusione, appare ragionevole ritenere che una misura di aiuto possa essere riconosciuta anche a seguito dell'espletamento di una gara pubblica.

L'elemento d'aiuto può essere valutato a partire dal prezzo di mercato che è esso stesso, in linea di principio, funzione delle offerte concretamente presentate nell'ambito della gara. Nella fase di accertamento sulla sussistenza o meno di un aiuto, appare importante l'analisi dei motivi per i quali le altre offerte, ove presentate, non sono state prese in considerazione dall'amministrazione. Ciò soprattutto ove l'amministrazione aggiudicatrice abbia goduto di un margine di apprezzamento maggiore, per il ricorso a procedure negoziate.

Altresì, soprattutto nell'ambito delle concessioni, riequilibri del PEF in fase esecutiva, grazie a *contributi* pubblici, devono essere attentamente esaminati; non dovendo snaturare la natura del contratto

³³³ Si rinvia al cap. II, par. 4.3.

quando i motivi sopraggiunti rientrano invero nell'ambito del rischio operativo addossato al concessionario.

Come per l'accertamento degli altri divieti posti dal legislatore europeo a tutela della concorrenza (i.e. divieto di intese restrittive della concorrenza, divieto di abuso di posizione dominante), una misura di aiuto unica, può in realtà essere costituita dalla combinazione di elementi che connessi tra loro, "*per quanto riguarda la loro cronologia, il loro scopo e la situazione dell'impresa al momento di tali interventi, in modo tanto stretto da renderne impossibile la dissociazione*"³³⁴ rivelano gli effetti anticoncorrenziali della misura statale.

5. Riflessioni conclusive

Il diritto *antitrust*, *rectius* gli artt. 101, 102, 107, TFUE, qui sinteticamente esaminati in ipotesi peculiari, ovvero nei casi di interazione con fattispecie relative al diritto degli appalti e delle concessioni in senso ampio, volendo così includere anche le concessioni di servizi di interesse economico generale, postula divieti di vario tipo di falsare il gioco della concorrenza.

Tali divieti, quali espressione del principio di concorrenza nel mercato, sono *in primis* applicabili agli operatori che si relazionano con le amministrazioni aggiudicatrici, partecipando alla gara e nello svolgimento della specifica missione loro affidata. Ma, a ben vedere, il divieto di falsare la concorrenza si applica alle stesse amministrazioni, come dimostra l'art. 18 della direttiva 2014/24/UE³³⁵, nonché l'art. 107 TFUE e l'art. 106, par. 1 TFUE.

³³⁴ Sentenza della Corte (prima sezione) del 4 giugno 2015, C-15/14 P, MOL/Commissione, Punto 97.

³³⁵ Si rinvia al cap.1.

In astratto, pertanto, ciascun soggetto, che opera nel mercato interno, e che pone in essere *scambi*, anche per ragioni di interesse pubblico, acquistando o vendendo prestazioni, opere o forniture, ovvero dandole in gestione, potrebbe porre in essere comportamenti contrari al principio di concorrenza.

Tuttavia, la valutazione di tale contrarietà non potrebbe essere fatta in astratto; il diritto che tutela la concorrenza, attenendo al mercato, di per sé dinamico, richiede accertamenti in concreto, che, nei limiti della disponibilità delle prove, coprano tutte le circostanze del caso di specie, prediligendo analisi di tipo economico. Invero, rispetto agli altri principi tutelati nel mercato interno, discendenti dalle libertà fondamentali, quello di concorrenza è quello maggiormente volto a garantire una cd. efficienza economica, mezzo per il benessere comune.

La casistica, riportata al fine di mettere in luce ipotesi di interazione tra le materie, ha mostrato come, quanto al versante delle intese, non è detto che la sovrapposizione sia immediata, almeno su un piano cronologico. 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 molte volte 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 gestire *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. L'analisi attenta dei rischi e delle ragioni del riequilibrio economico del contratto appare pertanto un momento di estrema importanza.

Eventuali violazioni della normativa europea (e nazionale) a tutela della concorrenza, in presenza di contratti pubblici di appalto o concessione di servizi/opere/forniture, si riassumono pertanto in ipotesi – che dovrebbero essere residuali – in cui, il contratto è espediente (anche non volontario), occasione o mezzo, attraverso il quale la concorrenza nel mercato viene falsata.

Il principio di concorrenza, che anima in modo univoco le varie norme richiamate nel presente studio, impone accertamenti delle stesse di tipo oggettivo, oltre che analisi economiche che possono essere di vario tipo, al fine di verificare l'impatto attuale o potenziale dei comportamenti degli operatori sul mercato che ne squilibrino eventualmente il *gioco*.

CONCLUSIONI

Lo studio sull'esecuzione degli appalti e delle concessioni si è presentato necessariamente come studio della disciplina europea e, di riflesso, di quella nazionale, stante l'oramai consolidato *principio di primazia* dell'ordinamento europeo.

La disciplina europea sull'esecuzione del contratto, che si presenta comune, tanto per gli appalti che per le concessioni, è il frutto dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che sono stati cristallizzati nelle norme esaminate. Tali principi, sono stati formulati proprio a fronte di controversie sorte negli Stati membri sulla corretta applicazione delle precedenti Direttive 2004, per lo più rimesse dai giudici nazionali.

Nella convinzione che i *principi per l'aggiudicazione* di appalti e concessioni siano a ben vedere *principi della disciplina eurolunitaria* di appalti e concessioni, ci si è soffermati sulla trasparenza, concorrenza, proporzionalità, buona fede e particolare attenzione è stata posta sulla concorrenza. Nell'ottica di garantire una certa coerenza a livello sistematico, è stato distinto il principio di concorrenza da quello di trasparenza-parità di trattamento, nel senso che entrambi hanno una loro autonomia, pur interagendo ed essendo l'uno a supporto dell'altro nel mercato degli appalti.

Prodotto di tali principi, sono le norme su subappalto, modifiche del contratto, durata e scioglimento del vincolo che sono contemplate nelle Direttive 2014, proprio nel capo innovativo dedicato all'*esecuzione del contratto*.

Le norme europee sono state raffrontate con le corrispondenti norme nazionali ovvero con le norme italiane e francesi, essendo l'Italia e la Francia i Paesi membri prescelti per quest'analisi europeista e comparatista. Invero, le norme europee vivono negli

ordinamenti nazionali, dove vengono recepite, applicate e invocate davanti a Corti nazionali ed europee.

Queste norme sono state trasposte, in modo pressoché pedissequo, negli ordinamenti italiano e francese, mostrando una convergenza – in diritto o quantomeno *di fatto* – tra gli stessi.

Dove le divergenze *de iure* sembrano più evidenti, come nella disciplina della risoluzione/*résiliation* del rapporto contrattuale, essendo la materia nell'ordinamento italiano profondamente influenzata anche dalla dogmatica civilistica, l'ordinamento europeo ha prodotto una riconciliazione *de facto* nella disciplina degli istituti.

Semberebbe che solo sulla disciplina del subappalto restino talune divergenze della normativa italiana rispetto a quella europea e francese, che potrebbero derivare da esigenze del tutto specifiche e peculiari dell'Italia.

L'analisi non si è limitata però a dette norme settoriali.

Sulla base del principio di concorrenza, altre norme europee relative al corretto funzionamento del mercato interno sono state contemplate nella disciplina *esterna* del rapporto contrattuale. L'analisi si è spostata sulle regole di concorrenza di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e, in particolare, sul divieto di intese restrittive della concorrenza (101 TFUE), sul divieto di abuso di posizione dominante (102 TFUE), sul divieto di aiuti di Stato (107 TFUE).

Attraverso la casistica riportata, si è voluto dimostrare come i due settori – appalti e concessioni (in senso ampio) e concorrenza – possano interagire nella disciplina del rapporto tra amministrazione e parti private, queste ultime intese sia come offerenti che come contraente.

Il rispetto della normativa di diritto derivato non escluderebbe *a priori* il venir in essere di illeciti *antitrust*, tanto da parte delle

imprese, che dell'amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore, per esempio, attraverso il riconoscimento di aiuti di Stato vietati.

Il rilievo della normativa *antitrust* in fase esecutiva è derivato dalla constatazione che gli illeciti antitrust si presentano spesso come *illeciti lungo-latenti e complessi*, ovvero risultanti dalla combinazione di vari elementi tra loro collegati; sicché la qualifica di illecito emergerebbe molte volte in pendenza del rapporto contrattuale. Con ciò, non si è inteso escludere la pertinenza di tali norme, con riguardo alla fase di gara, proprio per la fonte comune delle normative sugli appalti e sulla concorrenza, che risiede nel principio di concorrenza governante tanto la fase di gara che l'esecuzione.

Entrambi i diritti, in conclusione, sono stati compresi nel sistema delle fonti esterne ai contratti di appalto e di concessione. Lo studio, contemplando anche le regole della concorrenza, si è posto dunque “in prospettiva”, nell'ottica di un percorso volto alla definizione della disciplina *eurounitaria* di questi contratti.

Il processo di integrazione del *mercato interno* e di sviluppo della disciplina su appalti e concessioni, fermo il ruolo centrale della Corte di Giustizia, la cui pietra miliare è il *mercato interno*³³⁶, è il frutto delle esigenze e delle istanze sorte negli Stati membri. Da ciò il ruolo centrale degli stessi Stati innanzitutto come *ascoltatori e osservatori* del mercato, per permetterne un sano sviluppo in coerenza con le regole fondamentali del Trattato.

³³⁶ SZPUNAR M., Premesse a European Judicial Systems as a Challenge for Democracy, KUZELEWSKA E., KLOZA D., KRASNICKA I., STRZYCZKOWSKI F., (eds.), Intersentia, 2015, pag. V

BIBLIOGRAFIA

AA. VV. *EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?*, K. WAUTERS, Y. MARIQUE (eds.), Larcier, 2016

AA. VV. *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, S. DE LA ROSA (sous la direction), *Société de législation comparée*, 2014

AA. VV. *Research handbook on EU public procurement law*, C. BOVIS, Elgar, 2016

AA. VV. *Contrats publics et aides d'Etat*, Mélanges Cl. Blumann, Bruylant, 2015, p. 447

AA. VV. *Droit comparé des Contrats Publics*, R. NOGUELLOU, U. STELKENS (Sous la direction de), Bruylant, 2010

AA. VV. *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, F. MELLERAY (sous la direction), Bruylant, 2007

AA. VV. *L'identité du droit de l'Union Européenne. Mélanges Cl. Blumann*, Bruylant, 2015

AA. VV. *European Public Procurement, Legislative history of the "Classic" Directive 2004/18/EC*, J.M. HEBLY (edited by), Kluwer law international, 2007

AA. VV. *The economics of public procurement*, G. PIGA, K. V. THAI (Edited by), Palgrave Macmillan, 2007

AA. VV. *Self-cleaning in Public Procurement Law*, H. PUNDER, H.J. PRIEB, S. ARROWSMITH (edited by), Carl Heymanns Verlag, 2009

AA. VV. *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, KUZELEWSKA E., KLOZA D., KRASNICKA I., STRZYCZKOWSKI F., (eds.), Intersentia, 2015

AA. VV. *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, 2015

AA. VV. *Annuaire de Droit de l'Union Européenne 2012*, C. BLUMANN - F. PICOD (eds), Paris, Editions Panthéon Assas, 2014.

AA. VV. *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, R. CARANTA, G. EDELSTAM, M. TRYBUS (Eds), Bruylant, 2013

AA. VV. *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR, D. RITLENG, (sous la direction), Presses Universitaires de Strasbourg - P.U.S., 2007

AA. VV. *Diritto amministrativo*, SCOCA F.G. (a cura di), Torino, 2014

AA. VV. *Istituzioni di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), Giuffrè, 2015

AA. VV. *Research Handbook on EU Administrative Law*, C. HARLOW, P. LEINO, G. DELLA CANANEA, Elgar, 2017

AA. VV. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, M. LONG, P. WEIL, 21e éd. 30 août 2017

S. ARROWSMITH, *The law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, London: Sweet&Maxwell, 2014

C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford, 2016

J.-F. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2017

A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999

C. M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 3, *Il contratto*, Giuffrè, 2 ed., 2015

S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, Groupe Moniteur, 2017

S. BRACONNIER, *Droit public de l'économie*, PUF, 2015

V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 3 ed., 2017

M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati, globalizzazione*, Il Mulino, 2008

M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996

LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, 2002

CHAVAROCLETTE-BOUFFERET S., *L'interprétation des directives de l'Union sur les marchés publics par la Cour de justice*, Thèse de Paris, 2013

- CHAPUS R., *Droit Administratif général*, Montchrestien, tome 1, 15 éd., 2001
- E. COMBE, *La politique de la concurrence*, La Découverte, 2016
- P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2015
- DELAUNAY B., *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015
- GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, LGDJ, 2001
- HOEPFFNER H., *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique*, Société de législation comparée, 2014
- HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016
- FRIER P.-L., PETIT J., *Droit Administratif*, 10 ed., LGDJ, 2015-2016
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, 1977
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2000
- LETEMENDIA M.A., *Retrait et Abrogation des actes administratifs individuels en droit communautaire et en droit anglais*, 1987, Université de Bruxelles
- LEBRETON G. *Droit administratif général*, 8 ed. Dalloz, 2015
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano 2014
- A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa Univ. Press, 2012
- J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, 2011
- A. SANCHEZ-GRAELLS, *Public procurement and the EU competition rules*, Hart Publishing, 2 ed., 2015
- A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, ed. XV, 1989
- B. SEILLER, *Droit Administratif*, Flammarion, 2016
- S. NICISNKI, *Droit public des affaires*, LGDJ 2016
- S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005;

- B. PLESSIX, *Droit Administratif général*, LexisNexis, 2016
- G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, 1945, p. 391
- RICHER L., LICHERE F., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10 ed., 2016
- RICHER L., *L'Europe des marchés*, LGDJ 2009
- ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, 2011
- A. SANCHEZ-GRAELLS, *Public procurement and the EU competition rules*, 2 ed., Hart Publishing, 2015
- TRUCHET D. *Droit Administratif*, 6 ed., PUF, 2015
- UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, Lexis Nexis, 2017
- VOGEL L., *Traité de droit économique, t. 1 droit de la concurrence. Droit européen et français*, Bruylant, 2015
- VOGEL L., *European competition law*, Bruylant 2015
- WALINE J., *Droit Administratif*, 26 ed., Dalloz, 2016

Articoli

- S. ARROWSMITH, *The purpose of the EU procurement directives: Ends, means, and the implications for national regulatory space for commercial and horizontal procurement policies*, (2011-2012) in Cambridge Yearbook of European legal studies, pp. 1-47
- AUBY J.B., *Le droit administratif français vu du droit comparé* in AJDA, 2013, p. 407
- D. LINOTTE, *Le droit public de la concurrence* in l'Actualité juridique - Droit administratif, 1984, p 60 ;
- M. BASEX, *Le droit public de la concurrence*, RFDA 1998, p. 781
- BERNITZ U., *La notion de droit du marché*, RTD com. 1971 p.1
- J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive or special rights under article 106TFUE: An overview of EU and national case law*, e-Competitions n. 44436, www.concurrences.com, 2017
- CLARICH M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in Dir. Amm., fasc.01-02, 2016, p. 71

DEVES C., *Attention à la durée de la concession de service public* in *Juris tourisme* 2017, n°193, p.16

R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2016, pag. 1107

G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2015, pag. 101

L. GIAMPAOLINO, *Vecchi problemi e nuovi scenari: le «varianti», il «subappalto», le «misure di prevenzione antimafia», dopo il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito nella legge 11 agosto 2014 n. 114 e alla vigilia del recepimento della direttive nn. 22, 23 e 24 del 2014*, in *giustamm. n. 12/2014*.

GLAMOUR, *Droit de la concurrence*, in *J-CL. Collectivités territoriales*, fasc. 724-10 e 724-20

H. HOPFFNER, *La modification des contrats*, *RFDA* 2016, p.280

R. KOVAR, *Les achats publics et l'interdiction des aides d'Etat*, in *Contrats Marchés publics*, 2004, étude n. 8

W. KOLASKY, "What is competition? A comparison of US and European perspectives", *Antitrust Bulletin* (2004) Spring-summer issue, p. 29

R. KOVAR, *La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, IV/1

R. KOVAR, *Droit de la concurrence - Les acheteurs institutionnels et le droit communautaire de la concurrence* – in *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2007, étude 1

P. KUNZLIK, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in *Cambridge Yearbook of European legal studies*, 2013 pp. 283-356

F. LINDITCH, *Des avenants... aux « modifications des marchés en cours d'exécution » Commentaire du projet de Code des marchés publics*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 47, 23 Novembre 2015, 2341

LOPILATO V., *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. Amm.* 2006, n.9

G. MARCHEGANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Lock Ness*, in *giustamm. n.10-2015*

MELLERAY F., *Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel* in AJDA, 2006, p. 637

L. MICONI, *Le modifiche del contratto e le varianti in corso d'opera nel d.lgs. 50/2016 tra vecchie e nuove criticità*, in giustamm. n. 3/2017

NOGUELLOU R., *Les nouvelles directives et l'exécution des contrats*, in AJDA, 2014,

R. NOGUELLOU, *L'exécution des contrats de concession*, in AJDA 2016 p.1008

R. NOGUELLOU, *Contrats publics et aides d'Etat*, in *L'Identité du droit de l'Union Européenne, Mélanges Cl. Blumann*, Bruylant, 2015, p. 447

P. PEYRET, J. PENTECOSTE (sous la direction de S. BRACONNIER), *Les avenants de régularisation*, in *Contrats et Marchés Publics*, Avril 2016, p. 59

N. PAOLOANTONIO, *Varianti e sospensioni*, in giustamm. n.1-2006

A. SANCHEZ-GRAELLS., *Assessing the Public Administration's Intention in EU Economic Law: Chasing Ghosts or Dressing windows?* in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 18 (2016), pp. 93-121

SANCHEZ-GRAELLS A., *Ski Tax: Joint bidding in procurement as price-fixing?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017

RACCA G., CAVALLO PERIN R., ALBANO G.L., *Competition in the execution phase of public procurement* in *Public Contract Law Journal*, vol. 41 n. 1, 2011

RICHER L. *La concurrence concurrencée: à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014*, *Contrats et Marchés publics* n. 2 Février 2015, étude 2

RITTER C., *Joint tendering under EU competition law*, in *Concurrences* n. 2/2017 pp. 60-69

L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.02-03, 2015, pag. 291

A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.2, 2015, pag. 691

P. TERNEYRE, *La durée des contrats*, in *RFDA*, 2016, p. 276

M. UBAUD-BERGERON, *Clauses léonines, contrat de concession et droit de l'Union*, in *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2016, comm. 81

B. VILA, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, L'Harmattan, 2016,

W. ZIMMER, *Un an de droit de l'Union européenne de la commande publique*, in *Contrats et Marchés publics*, n. 6, Juin 2015, chron. 5

M. WAELBROECK, *La place de la concurrence dans le Traite de Lisbonne*, in *Mélanges en hommages à Georges Vandersanden*, Bruylant, 2008

OECD, *Recommendation on fighting bid rigging in public procurement*, C(2012)115, 17 July 2012, available 1 February 2016

COM (2017) 142, Proposta direttiva 22.3.2017 che dota le autorità garanti di maggior poteri a tutela norme concorrenza

RACCOMANDAZIONE (UE) 2017/1805 della Commissione del 3 ottobre 2017 relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici *Costruire un'architettura per la professionalizzazione degli appalti pubblici*

SENTENZE

T.A.R. Salerno (Campania) sez. I, 12 luglio 2017 n. 1156

T.A.R. Roma (Lazio) sez. III 04 maggio 2017 n. 5285

T.A.R. Roma (Lazio) sez. II 05 aprile 2017 n. 4243

T.A.R. Venezia (Veneto) sez. I 08 marzo 2017 n. 235

T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 09/05/2017, n. 5573

TAR, Lazio, sez. I, del 25.7.2016 n. 8506

TAR Lazio, Roma, sez. II, 13.7.2017, n. 3574

Tribunale Bari sez. IV 02 marzo 2017 n. 1124

T.A.R. Brescia (Lombardia) sez. II 29 dicembre 2016 n. 1790

T.A.R. Toscana, Firenze, Sezione I, 12 settembre 2017, n. 1071
TAR Toscana, 11.11.2010 n. 6579;
TAR Toscana 27.01.2011 n.154;
TAR Toscana, Firenze, sez. I, 13.01.2014 n. 41;
TAR Friuli n. 658/2013
Cons. St. sez. V, 3.1.2006, n. 16
Cons. St. sez. V, 7.9.2011, n.5032;
Cons. St. sez. V, 14.10.2013 n. 4999
Consiglio di Stato, sez. V, 1 ottobre 2015, n.4585;
Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374;
Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437;
Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4752
Consiglio di Stato, sez. V, 20.11.2015, n. 5299
Consiglio di Stato sez. V, 13 febbraio 2017 n. 607
Consiglio di Stato, sez. V, del 26.6.2017, n. 3110
Consiglio di Stato comm. spec., 30/03/2017, n. 782
Consiglio di Stato, sez. VI, del 21.6.2017 n. 3016
Cons. St. sez. III, 2802/2013;
Cons. St., sez.V, 4.01.2011 n.11
Consiglio di Stato, sez. VI, del 20.2.2017, n. 740
Cons. St., sez. III, 10.11.2016, n. 5026
Cons. St III, sentenza del 22.3.17, n. 1310
Cons. St. Ad. Plen. 3.06.2011 n.10
Cons. St., sez. V, 4.01.2011, n.11;
Cons. St., Ad. Plen., 3.06.2011, n.10;
Cons. St., sez. V, 7.09.2011, n. 5032;
Cons. St. sez. VI, 20.03.2012 n.1574;
Cons. St. sez.V, 5.12.2013 n. 5786;
Cons. St., sez.V, 14.10.2013 n. 4999;
Cons. St. sez. III, 23.05.2013 n. 2802;

Cass. sez. I, 27.09.2006 n. 21019;
Cass. sez. Un., 30.12.2011 n.30167;
Cassazione civile, sez. I, 13/04/2017, n. 9570
Cassazione civile, sez. I, 12/12/2016, n. 25408
Cass.civ. SS.UU., 5.10.2015, n. 19785
TA Clermond-Ferrand, 3 déc. 2016, n° 1601999
TA Bordeaux, 19 déc. 2012, n° 1105079, Rouveyre;
CAA Bordeaux, 17 juin 2014, n° 13BX00564, Rouveyre;
CE, 11 mai 2016, n° 383768 et n° 383769, Rouveyre
C.E., avis 8 juin 2000
CE, 3 nov. 1997, n° 169907, Société Million et Marais
CE, 7 mai 2013, n° 365043, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne.
CE, 4 févr. 2009, Communauté urbaine d'Arras, req. n° 312411 ;
CE, 15 déc. 2008, Communauté interco. des villes solidaires, req. n° 312350.
CE 11 août 2009, Sté Maison Comba, no 303517: Lebon T. 833
CE, Assemblée, 28/12/2009, 304802, Commune de Beziers
CE sect. 26 mars 1999, Soc. Hertz France, 202260
CE 2 avril 1971 Tlatli Salah Eddine
CE, Assemble, 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne c/Bonhomme
CE, 23 décembre 2016, Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier, n°s 392815, 392819, B
CE Sect 26 juin 1959, *Syndicat général des ingenieurs-conseils in Les grands arrêts*, 1993, p. 561
C.E., 7 mai 2013 - 7ème et 2ème sous-sections réunies, 365043 - in Rec., 2013, I
CE 21 novembre 1934, in Rec. 1934

Cour Administrative d'Appel de Nantes, Formation de chambres réunies A, 11/04/2014, 12NT00053

Cour de cassation, chambre commerciale, 21 juin 2017, N° de pourvoi: 15-25941

TC 2 mars 1987, Soc d'aménagement et de développement de Briacon-Montgenèvre

CGUE, sentenza del 30-4-1974, Causa 155-73, *Sacchi*, punto 17

CGUE, Quinta Sezione, SENTENZA 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa Srl*

CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione), 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki*.

CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione), 29 marzo 2012, causa C-599/10, *SAG ELV Slovensko e altri*

CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Sesta Sezione), 7 dicembre 2000 CAUSA C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*

CGUE SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione) 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*

CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione), 13 aprile 2010, C-91/08, *Wall AG*

CGUE, Sentenza della Corte (Sesta Sezione) sentenza 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P

CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione), 12 marzo 2015, C-538/13, *eVigilo*

CGUE, 6 *Persidera SpA*, par. 46

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione), 28 gennaio 2016, C-375/14, *Rosanna Laezza*

CGUE, sentenza del 13. 2. 1979 — causa 85/76, *Hoffmann-La Roche / Commissione*

CGUE, Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 7 ottobre 2004, C-247/02, *Sintesi SpA v. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*

Corte di Giustizia, sez. I, sentenza del 2 aprile 2009, C-202/07 P, *France Télécom SA/ Commissione*

CGUE, SENTENZA DELLA CORTE (Decima Sezione), 22 ottobre 2015, C-425/14, Impresa Edilux Srl, punto 39

CGUE, Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 10 ottobre 2013, Causa C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA,

CGUE, sentenza della corte (Terza Sezione), 14 luglio 2016, C-406/14, Wrocław – Miasto na prawach powiatu

CGUE, V sez., 5 aprile 2017, C-298/15

CGUE, sentenza della corte (Quarta Sezione), 26 luglio 2017, C-112/16, Persidera SpA

CEDU, sentenza del 27 settembre 2011, n. 43509/08, *Menarini Diagnostics*

CGUE, sentenza della corte (Grande Sezione) 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel Corporation Inc.*

CGUE, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172,

CONCLUSIONI dell'A.G. C. STIX-HACKL, 1 luglio 2004, causa C-247/02

CONCLUSIONI dell'A.G. N. WAHL, del 20 ottobre 2016, causa C-413/14 P

CONCLUSIONI dell'A.G. N. WAHL, del 27 marzo 2014, Causa C-67/13 P

CONCLUSIONI dell'A. G. JACOBS, 30 aprile 2002, causa C-126/01

CONCLUSIONI dell'A.G. SHARPSTON, 22 giugno 2017, causa C-413/15

CONCLUSIONI dell'A.G. Wall AG del 27 ottobre 2009, causa
C-91/08,

CONCLUSIONI dell'A.G. V. TRSTENJAK del 14 aprile 2010, causa
C-271/08