



## **Nuove direttive sugli appalti pubblici: approccio concorrenziale tradizionale e nuove esigenze “spurie” del mercato pubblico**

DI PAOLO PIVA\*

SOMMARIO: 1. La nuova consultazione pubblica e la “*Call for Evidence*” nell’ambito della “*valutazione e futura revisione delle Direttive UE sugli appalti pubblici*” da parte della Commissione. – 2. Genesi storica delle Direttive sugli appalti pubblici. – 3. L’approccio tradizionale: la concorrenza come *rationale* comune al diritto *antitrust* e al diritto degli appalti pubblici. – 4. La nozione di operatore economico nelle Direttive appalti e la sua sostanziale omologabilità con la nozione d’impresa nel diritto *antitrust*. – 5. Il raggruppamento d’impresa come *single economic entity*. – 6. Le intese restrittive in sede di gara ad evidenza pubblica. – 7. *Lex specialis* e intento, *ex parte publica*, di restringere o falsare artificiosamente la concorrenza. – 8. L’abuso di posizione dominante nel contesto di procedure di appalto e il recente caso del diritto di prelazione nei partenariati pubblico-privati. – 9. L’esclusione dalla gara come sanzione pubblicistica dell’infrazione *antitrust ex parte privatorum* in sede di procedura d’appalto. – 10. Centrali di committenza e “*caveat*” nelle attuali Direttive appalti: il rischio di concentrazioni abusive. – 11. Le nuove esigenze “spurie” del mercato pubblico: la compatibilità di finalità non economiche e le clausole di bando relative al diritto ambientale, sociale e del lavoro. – 12. Alcune considerazioni finali.

### **1. La nuova consultazione pubblica e la “*Call for Evidence*” nell’ambito della “*valutazione e futura revisione delle Direttive UE sugli appalti pubblici*” da parte della Commissione.**

Com’è noto, dopo un decennio dall’entrata in vigore delle ultime Direttive appalti del 2014<sup>1</sup>, secondo una prassi invalsa da tempo, la Commissione ha deciso di rivedere il diritto degli appalti pubblici in Europa, diritto fortemente armonizzato (o, come usa dire, ad armonizzazione “massima”), che può dirsi a ragione uno dei pilastri del mercato interno.

---

\* Professore associato di diritto dell’Unione europea nell’Università di Padova.

<sup>1</sup> Il 28 marzo 2014 furono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea, L. 94/65, tre direttive che riformavano *ab imis* il settore degli appalti e delle concessioni: la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei cd. “settori ordinari”, la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. “settori speciali” (acqua, energia, trasporti, servizi postali) e la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione. Le direttive sono poi entrate in vigore il 18 aprile 2014.

L'analisi preliminare sin qui condotta dalla Commissione con l'aiuto degli *stakeholders* ha mostrato che, da più parti, si ritiene che le Direttive non abbiano migliorato significativamente la semplicità o la flessibilità procedurale: il che, per altro verso, potrebbe anche essere il frutto di un fraintendimento di fondo di questa disciplina, non comprendendosi pienamente il fatto che una certa viscosità della medesima appare in qualche modo “necessitata” dall'essere l'aggiudicazione dell'appalto pubblico pur sempre il risultato di un procedimento amministrativo.

Inoltre, la digitalizzazione degli appalti è parsa generalmente uno strumento utile alla riduzione degli oneri amministrativi, in particolare per le imprese: la c.d. digitalizzazione dell'intero ciclo del contratto d'appalto pubblico (cfr., ad esempio, artt. 19 e ss. del nuovo *Codice dei contratti* italiano, i.e. D.Lgs. n. 36/2023), ancorché auspicabile in vista della riduzione significativa di ciò che gli anglosassoni chiamano “*red-tape*”, non può giammai comportare una diminuzione della tutela giurisdizionale effettiva dei privati nei confronti della p.a. (*ad instar* di quanto previsto dall'art. 113 Cost.), specie laddove vi sia erogazione di risorsa pubblica.

Come osservato dal Consiglio di Stato, del resto, “l'utilizzo di procedure ‘robotizzate’ non può, tuttavia, essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa”, dal momento che “la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva”<sup>2</sup>.

Del resto, appare scontato che i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento su cui da sempre sono basate le Direttive appalti permangono una sorta di “*noyau dur*” del diritto degli appalti pubblici UE, ancorché si siano sollevate non poche perplessità sull'efficacia delle Direttive -allo stato- nel promuovere una concorrenza effettiva, un accesso al mercato anche in favore delle piccole e medie imprese e il raggiungimento dei c.d. obiettivi strategici, quali *inter alia* gli appalti verdi, sociali o innovativi.

In attesa di quanto proporrà come testo la Commissione nel secondo quadrimestre del 2026<sup>3</sup>, val la pena sin d'ora di cercare di comprendere il *quid proprium* del diritto degli appalti nell'ordinamento unionale, in una prospettiva storica ed attuale, diritto profondamente influenzato dal principio di concorrenza caratterizzato nella prassi operativa da una pervasività in qualche modo “*interstiziale*”.

## **2. Genesi storica delle Direttive sugli appalti pubblici.**

Si potrebbe osservare, anzitutto, che la prima forma di liberalizzazione della materia degli appalti debba leggersi, da un lato, sul piano strettamente europeo, come conseguenza dell'Unione doganale e della libera circolazione delle merci; dall'altro lato, sul versante internazionale, come accoglimento di istanze sorte nel contesto del *GATT/WTO* che, sia pure indirettamente, ha fornito agli Stati membri e alla Comunità/Unione nuove ragioni per

---

<sup>2</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 (sub 8.2).

<sup>3</sup> Paiono interessanti anche le osservazioni del Consiglio a margine della Relazione della Corte dei conti europea, «Accrescere la concorrenza leale ed efficace negli appalti pubblici di lavori, beni e servizi aggiudicati nell'UE», in *GUUE C*, C/2024/3521 del 3 giugno 2024.

consentire un più facile accesso alle commesse pubbliche da parte delle imprese, ancorché provenienti da paesi terzi<sup>4</sup>.

Non è un caso se, in dottrina, si tenda correttamente ad individuare quale antecedente storico e giuridico del regime unionale degli appalti pubblici una direttiva della Commissione del 17 dicembre 1969, la n. 70/32/CEE<sup>5</sup>, riguardante le forniture di prodotti allo Stato, agli enti territoriali e alle altre persone giuridiche di diritto pubblico<sup>6</sup>, nella quale si estendeva *sic et simpliciter* il regime di liberalizzazione alle commesse pubbliche, in precedenza escluse.

In altre parole, il diritto dell'Unione ha, sin dalla fine degli anni sessanta (ovvero, sostanzialmente con la fine del c.d. periodo transitorio, avvenuta il 31 dicembre 1969: cfr. art. 8 CEE), introdotto una normativa piuttosto dettagliata<sup>7</sup> in materia di appalti pubblici finalizzata ad ottimizzare, in termini di efficienza, le risorse pubbliche attraverso l'introduzione di elementi di concorrenza effettiva ("*workable competition*")<sup>8</sup> anche in quei settori del mercato regolamentati da discipline pubblicistiche tradizionalmente meno aperti al principio della libera concorrenza.

Sul piano internazionale, poi, taluni Stati membri del *WTO*<sup>9</sup> hanno sottoscritto, oltre ai fondamentali accordi multilaterali, alcuni importanti accordi plurilaterali, fra i quali, dev'essere menzionato, ai presenti fini, il c.d. Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP), più noto nella letteratura internazionale come *GPA (Government Procurement Agreement)*<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Sul tema, si vedano fra gli altri M. SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell'Organizzazione mondiale del commercio e nella Comunità europea*, Napoli, 2001; P. PICONE, *I pubblici appalti*, in PICONE-LIGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 267 ss., nonché H. HORN, P. MAVROIDIS, A. SAPIR, *Beyond the WTO? An Anatomy of EU and US Preferential Trade Agreements*, Bruegel Blueprint Series, Volume VII, 2009, p. 14.

<sup>5</sup> In GUCE, L. 13 del 19 gennaio 1970, p. 1, sulla quale si veda anche A. MATTERA, *Revue du Marché Unique Européen*, 4/1992, 15 ss.

<sup>6</sup> La direttiva della Commissione va ad integrare una precedente direttiva n. 66/683/CEE del 7 novembre 1966 (relativa alla soppressione di qualsiasi disparità di trattamento tra prodotti nazionali e prodotti che, ai sensi degli articoli 9 e 10 del Trattato, devono essere ammessi in libera circolazione – in GUCE n. 220 del 30 novembre 1966 pp. 3748-3750) che aveva escluso tali forniture dalla sua sfera di applicazione.

<sup>7</sup> Si tratta, di regola, di direttive sufficientemente precise, chiare e incondizionate e suscettibili di essere invocate, davanti al giudice nazionale, per ottenere la disapplicazione della norma nazionale eventualmente contrastante con la stessa: *ex multis*, cfr. le pronunce *Fratelli Costanzo* (103/88), *Metalmecchanica Fracasso* (C-27/98) e *Furlanis* (C-285/99 e C-286) e le conclusioni dell'Avvocato generale N. Wahl in *Portgas*, causa C-425/12, rese in data 18 settembre 2013. Non è casuale che fin dall'inizio, si sia discusso se fosse opportuno che la disciplina comunitaria venisse introdotta nelle forme del regolamento (dotato notoriamente di diretta applicabilità: cfr. art. 288 TFUE) piuttosto che della direttiva (cfr. L. GORMELY, in AA.VV., *Gordian Knots in European Public Procurement Law*, L. GORMLEY (eds.), *ERA Volume 24*, Colonia, 1997, 6). E ancora oggi se ne discute.

<sup>8</sup> Secondo la nota formula utilizzata dalla Corte di giustizia in *Metro Sb-Grossmaerkte GmbH Et Co. Kg Contro Commissione delle Comunità europee*, del 25 ottobre 1977, causa 26/76.

<sup>9</sup> L'Accordo, allo stato, risulta sottoscritto da 22 parti del WTO.

<sup>10</sup> Sul tema del *GPA*, entrato in vigore il 1° gennaio 1996, si veda particolarmente il contributo collettaneo B.M. HOEKMAN – P. C. MAVROIDIS (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing, The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, 1997. Si osservi che, in ambito europeo, l'Accordo venne approvato con due specifiche direttive (la 1997/52/CEE e la n. 1998/4/CEE), mentre un primo accordo in tema di appalti forniture (Tokyo 1979) fu poi approvato con decisione del Consiglio n. 271/80. Attualmente è in vigore la nuova versione riveduta del marzo 2012 (c.d. *GPA 2012* o *AAP* nell'acronimo italiano), entrata in vigore il 6 aprile 2014. Anche nelle nuove Direttive nn. 2014/23-24-25/UE si rinvencono precise disposizioni al riguardo (cfr., ad esempio, art. 25 Direttiva 2014/24/UE).

Il principio fondamentale cui è ispirato il *GPA*, com'è noto, è quello della “*most favourable treatment clause*”<sup>11</sup>, di talché – attraverso un innalzamento degli *standards* di trasparenza e concorrenzialità nell'aggiudicazione dei contratti pubblici – si mira, in buona sostanza, ad un'estensione delle regole fondamentali del *GATT-WTO* alla materia degli appalti pubblici, di per sé esclusi dall'originario Accordo generale del 1947 (e prima dalla Carta dell'Avana istitutiva dell'*ITO*)<sup>12</sup>.

Orbene, in questo contesto sopranazionale, va enfatizzato sin da subito, che il valore della concorrenza gioca un ruolo fondamentale nella posizione e comprensione della disciplina in materia di appalti posto che, nonostante l'esistenza di poche disposizioni di natura prettamente concorrenziale, la finalità principale delle medesime, come si vedrà, è innegabilmente concorrenziale: *i.e.* l'apertura dei mercati, *par condicio* ed eliminazione di ogni aspetto discriminatorio fra concorrenti, merci e servizi, aumento della trasparenza nell'aggiudicazione di contratti pubblici.

Si aggiunga che - sul piano più strettamente europeo - la prospettiva concorrenziale può offrire i maggiori benefici nell'applicazione e interpretazione del diritto degli appalti pubblici, proprio perché, nel mercato interno privo di frontiere può ben affermarsi che si sia cercato di attuare (e la volontà del Legislatore è chiaramente in tal senso) un “*nationality-blind procurement*”<sup>13</sup>.

Si deve osservare inoltre che, a prescindere in questa sede dalla base giuridica assunta dal Legislatore europeo, queste direttive (*i.e.* quelle classiche del 2014 che dovranno a breve essere riviste<sup>14</sup>) hanno sempre segnalato la circostanza che si tratta, a rigore, non già di direttive di “armonizzazione” bensì di “coordinamento”<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Article II (scope and coverage), «*For the purposes of this Agreement, covered procurement means procurement for governmental purposes: (...) of goods, services, or any combination thereof: (i) (ii) as specified in each Party's annexes to Appendix I; and not procured with a view to commercial sale or resale, or for use in the production or supply of goods or services for commercial sale or resale; by any contractual means, including: purchase; lease; and rental or hire purchase, with or without an option to buy; for which the value, as estimated in accordance with paragraphs 6 through 8, equals or exceeds the relevant threshold specified in a Party's annexes to Appendix I, at the time of publication of a notice in accordance with Article VII; by a procuring entity; and that is not otherwise excluded from coverage in paragraph 3 or a Party's annexes to Appendix I. of any other Party offering the goods or services of any Party, treatment no less favourable than the treatment the Party, including its procuring entities (...)*».

<sup>12</sup> P. PICONE – A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 112 ss. Per una dettagliata analisi del *GPA*, si veda in particolare, S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, The Hague, 2003, nonché M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM, P. C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization, Law, Practice and Policy*, II ed., Oxford., 2006, p. 739. Si può forse ricordare che, nonostante il fallimento dell'*ITO* (*International Trade Organization*) per la mancata adesione degli Stati Uniti, i principi commerciali negoziati e contenuti nella Carta dell'Avana (in particolare, quelli relativi alla riduzione delle tariffe) furono inclusi nel *GATT* (*General Agreement on Tariffs and Trade*) del 1947, che rimase l'unico strumento internazionale di regolazione del commercio fino alla nascita della *WTO* nel 1995.

<sup>13</sup> Nel contesto del *WTO*, viceversa, la prospettiva discriminatoria basata sulla nazionalità rimane sempre ben salda ed è ciò che impedisce, secondo taluna dottrina, di apprezzare al meglio la disciplina del *GPA* sotto il profilo dell'*antitrust*: cfr. in tal senso, D. P. WOOD, *The WTO Agreement on Government Procurement: An Antitrust Perspective*, in AA.VV., *Law and Policy in Public Purchasing*, op. cit., 1997, p. 261 ss.

<sup>14</sup> Cfr. il Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities del 29 ottobre 2025.

<sup>15</sup> Segnala correttamente la circostanza anche P. TREPTE, *Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, II ed., Oxford, 2007, 32: «*The Directives do not seek to 're-invent the wheel' and, other than in their task of ensuring respect for the provisions of the Treaty applicable to procurement, the Directives take on board the existing procedures (and, by implication, the objectives which underlie them)*».

Il che, a ben vedere, è almeno in parte fuorviante, dal momento che se è vero che nel passato le direttive di materia non miravano ad una armonizzazione in senso stretto della disciplina nazionale, recando piuttosto “il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici”, vuoi nei tre settori cd. classici vuoi nei cd. settori esclusi<sup>16</sup>, successivamente, con le Direttive del 2014<sup>17</sup>, vi è stato un evidente cambio di passo.

Già nella causa C-299/08, *Commissione c. Repubblica francese*, decisa il 10 dicembre 2009<sup>18</sup>, un certo tipo di appalti di lavori, secondo la Corte, pur avendo una qualche affinità con la figura del dialogo competitivo, sembrano avere, per loro natura, oggetti diversi (...) e pertanto non sono compatibili con il diritto comunitario degli appalti. Secondo la Corte, in altre parole, “se è vero che la direttiva 2004/18 non è intesa a stabilire un’armonizzazione completa del regime degli appalti pubblici negli Stati membri, è anche vero che le procedure di aggiudicazione degli appalti che gli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare sono elencate tassativamente all’art. 28 di tale direttiva” (punto 28).

L’effetto di armonizzazione, insomma, è assai pervasivo al punto che la Corte di giustizia è arrivata finanche a ritenere, a certe condizioni, applicabili le norme delle Direttive nel c.d. “sotto-soglia”, contrariamente, in apparenza, ad una espressa volontà del Legislatore europeo in senso contrario.

Nella nota sentenza *SECAP* del 2008, invero, la Corte ha precisato che «l’applicazione agli appalti che presentano un interesse transfrontaliero certo della regola dell’esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse può configurare una discriminazione indiretta, danneggiando in pratica gli operatori degli altri Stati membri che, essendo dotati di strutture dei costi diverse, potendo beneficiare di economie di scala rilevanti o desiderando ridurre al minimo i propri margini di profitto al fine di inserirsi più efficacemente nel mercato di riferimento, sarebbero in grado di presentare un’offerta competitiva e nel contempo seria e affidabile, della quale l’amministrazione aggiudicatrice non potrebbe tuttavia tenere conto a causa della suddetta normativa» (punto 26).

Si assiste, dunque, anche per la materia degli appalti pubblici a fenomeni di “*cross-fertilisation*”, nel senso che il diritto dell’Unione diviene applicabile anche laddove di per sé non sarebbe previsto per una sorta di mutua (e spontanea) influenza reciproca degli ordinamenti degli Stati membri e di quello unionale<sup>19</sup>.

### **3. L’approccio tradizionale: la concorrenza come *rationale* comune al diritto *antitrust* e al diritto degli appalti pubblici.**

In via di prima approssimazione, si può osservare che, mentre il diritto dell’Unione della concorrenza si occupa eminentemente di beni e servizi privati offerti sul mercato da imprese liberamente concorrenti fra di loro, senza che rilevi in alcun modo lo *status* giuridico

---

<sup>16</sup> Il considerando n. 3 della Direttiva n. 2004/18/CE chiariva ad esempio che siffatte «disposizioni di coordinamento dovrebbero rispettare, nella misura del possibile, le procedure e le prassi in vigore in ciascuno Stato membro».

<sup>17</sup> Precisamente, la Direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, la 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e, infine, la 2014/25/UE sugli appalti nei cosiddetti “settori speciali”.

<sup>18</sup> Relativa ai cd. appalti di definizione e di esecuzione di cui agli artt. 73 e 74 IV del *Code* francese nella versione del 2006.

<sup>19</sup> V., in tal senso, tra le molte, *Memoria srl c. Comune di Padova* del 14 novembre 2018, in C-342/17, e il richiamo all’art. 53 L. 234/2012.

dell'impresa (cfr. *Höfner/Macrotron*<sup>20</sup> e art. 106, comma 1, TFUE), il diritto unionale degli appalti pubblici mira piuttosto a disciplinare, pubblicisticamente (*i.e.* nel procedimento di scelta del contraente), il comportamento di Amministrazioni che aggiudicano un contratto “pubblico” (in un contesto di monopsonio) in funzione dell'acquisto di beni e servizi da operatori economici privati per la creazione di beni/servizi “pubblici”<sup>21</sup>, direttamente o indirettamente, a favore della collettività.

Una prima linea di demarcazione fra le due discipline, dunque, sta nel tipo o forma di mercato oggetto delle stesse: generale e (quanto meno giuridicamente) ad accesso “libero” (o *barrier-free*), quello dell'*antitrust*, amministrativisticamente regolamentato e “condizionato” al possesso da parte degli operatori privati di precisi requisiti, tecnico-finanziari e professionali soggettivi, quello degli appalti pubblici.

In tale prospettiva, nel diritto dell'Unione europea degli appalti, almeno in certo tipo di mercati regolamentati (es. servizi sanitari, sociali e culturali<sup>22</sup>), vi è la tendenza a ritenere che il diritto di concorrenza sia suscettibile di applicazione al contratto d'appalto pubblico solo parzialmente o in forma attenuata, posto che l'Amministrazione aggiudicatrice difetterebbe, *in thesi*, di quella natura imprenditoriale necessaria per essere destinataria dei divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. Al riguardo, è significativo il caso *Fenin*<sup>23</sup>, in buona parte discutibile nel suo *rationale*, in cui la Corte di giustizia ha confermato che «non si deve separare l'attività di acquisto del prodotto dall'utilizzo successivo che ne è fatto, e che il carattere economico o non economico dell'utilizzo successivo del prodotto acquistato determina necessariamente il carattere dell'attività di acquisto».

Come ampiamente noto dal punto di vista dell'*antitrust* dell'Unione, l'applicazione degli articoli 101-102 TFUE dipende dalla cosiddetta regola *de minimis*, secondo la quale la collusione tra imprese e gli abusi di posizione dominante sono rilevanti solo e nella misura in cui occorrono in una parte sostanziale del mercato interno<sup>24</sup>.

Analogamente, leggiamo nelle Direttive appalti che «per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure

---

<sup>20</sup> Corte giust., 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.

<sup>21</sup> Per usare una terminologia cara a J. E. STIGLITZ, in *Public Goods In Open Economies With Heterogeneous Individuals*, Working Paper n. 802 National Bureau Of Economic Research Working Paper Series, 1981, p. 27.

<sup>22</sup> Le stesse Direttive appalti consentono per questo tipo di servizi un regime c.d. “alleggerito” (cfr. considerando n. 118 della Direttiva n. 24) presentando un interesse a livello transfrontaliero solo a partire (attualmente) dalla soglia di 750.000 Euro.

<sup>23</sup> La lettura data dal Tribunale (T-309/99) in merito al comportamento di un'autorità sanitaria che acquista beni e servizi dalle imprese è stata confermata successivamente, dalla Grande Sezione della Corte, in C-205/03P, *Fenin C/ Commissione*. Sul tema, si veda T. K. HERVEY, *If Only IT Were So Simple: Public Health Services and EU Law*, in M. CREMONA (ed.), AA.VV., *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, 2011, p. 179 ss.

<sup>24</sup> V. la Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (c.d. Comunicazione «*de minimis*»), 2014/C 291/01.

nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza»(cons. n. 1 Dir. 2014/24/UE<sup>25</sup>)<sup>26</sup>.

Si deve osservare, ancora, che le norme *antitrust* si indirizzano alle imprese (anzi, originariamente potevano dirsi le uniche norme del Trattato ad avere come destinatari i privati) in un contesto di sostanziale libertà di mercato, ancorché spesso caratterizzato da significative asimmetrie informative; le norme sugli appalti pubblici, invece, contenute in Direttive, si indirizzano ad amministrazioni o organismi di diritto pubblico che devono rispettare alcuni principi fondamentali (trasparenza e *par condicio, in primis*) per consentire un confronto concorrenziale degli operatori privati su un piano di parità in vista dell'aggiudicazione del contratto (che è una risorsa pubblica).

Pur tuttavia, nonostante le evidenti e plurime differenze che si possono individuare fra le due discipline, la matrice essenzialmente concorrenziale delle medesime non legittima solo, astrattamente, uno studio per così dire “contrastivo” delle discipline, ma ne impone una prospettiva in qualche modo unitaria<sup>27</sup>.

In altre parole, in uno studio sistematico del diritto della concorrenza dell'Unione europea, a rigore, gli appalti pubblici non dovrebbero rimanere arbitrariamente esclusi, dal momento che, così facendo, si espungerebbe una disciplina che non soltanto risponde ad un identico approccio in termini di “*economic analysis of law*”, ma ne costituisce una vera e propria “*species*”<sup>28</sup>.

Basterebbe osservare che, nelle Direttive del 2014 (le nn. 23, 24 e 25)<sup>29</sup>, le ultime di una lunga serie, peraltro, oggi, in via di ripensamento da parte della Commissione<sup>30</sup>, si chiarisce già dal primo considerando che «l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli

---

<sup>25</sup> Per comodità, nell'effettuare un riferimento alle Direttive si rinvierà, per lo più, alla Dir. 24/2014/UE (che ha sostituito le tre Direttive classiche) il cui testo, peraltro, è centrale nella comprensione degli istituti del diritto degli appalti dell'Unione (salve, ovviamente, le peculiarità delle concessioni e dei servizi a rete di cui alle Direttive nn. 23 e 25 del 2014).

<sup>26</sup> Per i contratti sotto soglia, si veda tuttavia la pronuncia *Secap* (C-147/06) – già richiamata – e la nozione, ivi elaborata, di “interesse transfrontaliero certo”.

<sup>27</sup> Come si esprime al riguardo A. SÀNCHEZ GRAELLS, «*the time is ripe for a more detailed joint study of competition and public procurement*», in *Public procurement and the EU Competition rules*, Oxford-Portland, 2011, p. 6. Del resto, molte recenti pronunce della Corte che hanno ritenuto incompatibili disposizioni italiane in tema di appalto [ad es., *Tedeschi Srl* - C-402/18 del 27 novembre 2019 - sul limite del 20% in tema di subappalto, o ancora in tema di possesso in via maggioritaria dei requisiti da parte della capogruppo - *Caruter Srl*, C-642/20 sentenza 28 aprile 2022] sono basate sostanzialmente sull'argomento della massima apertura alla concorrenza del contratto d'appalto pubblico.

<sup>28</sup> In questa stessa prospettiva, si vedano tra gli altri, CH. CABANES – B. NEVEU, *Droit de la concurrence dans les contrats publics*, Parigi, 2008.

<sup>29</sup> La Direttiva 2014/23/UE riguarda le concessioni, mentre la Direttiva 2014/24/UE, si applica agli appalti tradizionali di cui alle tre Direttive classiche; infine, la Direttiva 2014/25/UE regola gli appalti nei settori speciali (a rete) come acqua, energia, trasporti. Si tratta di direttive – come già osservato – sufficientemente precise, chiare e incondizionate e suscettibili di essere invocate, davanti al giudice nazionale, per ottenere la disapplicazione della norma nazionale eventualmente contrastante con la stessa.

<sup>30</sup> La Commissione ha aperto il c.d. *consultation period* (13 December 2024 - 07 March 2025) per la valutazione delle tre Direttive già menzionate, in vista dell'approvazione delle nuove *in subiecta materia*.

appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza» (cons. n. 1 Direttiva n. 2014/24/UE).

Pertanto, le norme sugli appalti pubblici dell'UE hanno come base giuridica la competenza in tema di mercato interno (cfr. artt. 2-6 TFUE), essendo richiamati in particolare l'art. 53, paragrafo 1, l'art. 62 e l'art. 114 del TFUE<sup>31</sup>: va da sé che queste Direttive sono espressione di una competenza concorrente dell'UE, stante la loro immediata collocazione nel contesto del mercato interno: quattro libertà, *antitrust*, aiuti di stato, discipline di normalizzazione, discipline giuslavoristiche *etc.*

Di qui una sostanziale coincidenza con il principio di concorrenza che ispira le Direttive, posto che, anche nel noto Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, si rinviene che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata»<sup>32</sup>.

E la giurisprudenza della Corte appare assolutamente pacifica al riguardo: si vuole evitare qualunque effetto di “scompartimentazione” (o isolamento) del mercato interno, come viene così espressamente definito nella giurisprudenza della Corte (cfr. il caso *Torfaen*)<sup>33</sup>, effetto che naturalmente produce *ex se* un effetto anticoncorrenziale sulle merci o servizi provenienti da altri Stati membri.

In effetti, afferma la Corte, se è vero che l'art. 34 (con l'art. 35) e gli artt. 101-102 TFUE hanno finalità e delimitazioni applicative diverse, pur tuttavia queste differenze «nulla mutano quanto al fatto che i due articoli (come altri) perseguono lo stesso scopo fondamentale così come enunciato agli artt. 2 e 3 del trattato CEE [oggi, art. 3 TUE], vale a dire l'instaurazione ed il mantenimento di un mercato comune (ed il ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri). A tal fine, essi vietano (fra l'altro) rispettivamente i provvedimenti nazionali e gli accordi fra imprese che sono responsabili, nel commercio interstatale, della scompartimentazione del mercato comune in mercati nazionali distinti» (*ibidem*).

D'altro canto, la contiguità della disciplina degli appalti con le esigenze proprie del mercato interno e di libera circolazione e, quindi, con la libera concorrenza, è agevolmente individuabile anche nel precedente sulla legge italiana sul mezzogiorno (l. n. 64/86) che riservava una quota di appalti di forniture alle imprese collocate nel mezzogiorno.

La Corte ha chiarito che «l'art. 30 del trattato [art. 34 TFUE] va interpretato nel senso che si oppone ad una normativa nazionale la quale riserva alle imprese ubicate in determinate regioni del territorio nazionale una percentuale degli appalti pubblici di forniture»<sup>34</sup>.

Inoltre, l'art. 18 della medesima Direttiva 2014/24/UE, che reca “*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*”, stabilisce significativamente che «la concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione

---

<sup>31</sup> Per una interessante valutazione sistematica e comparatistica del sistema UE degli appalti, si veda C. HARLOW – R. RAWLINGS, *The Pathways Model and Steering: Public Procurement*, ch. 6 in C. HARLOW – R. RAWLINGS, *Process and Procedure in Eu Administration*, Oxford and Portland, 2014, p. 142 ss.

<sup>32</sup> Cfr. J.C. PIRIS, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010, pp. 371-372.

<sup>33</sup> In particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale Van Gerven, 29 giugno 1989, C-145/88, *Torfaen Borough Council c. B & Q pic*, ECLI:EU:C:1989:279.

<sup>34</sup> Corte giust., 20 marzo 1990, causa C-21/88, *Du Pont De Nemours italiana SpA c. Unità sanitaria locale, n. di Carrara*, punto 18.

della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

In tal senso è evidente che, sia pure eccezionalmente, l'Amministrazione aggiudicatrice potrebbe, essa stessa, realizzare violazioni degli artt. 102, 106, 107-108 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4.3 TUE, secondo un risalente ma ancora valido filone giurisprudenziale<sup>35</sup>.

#### **4. La nozione di operatore economico nelle Direttive appalti e la sua sostanziale omologabilità con la nozione d'impresa nel diritto *antitrust*.**

L'art. 2 della Direttiva n. 2014/24/UE, al n. 10, definisce l'«operatore economico» come una persona fisica o giuridica o un *ente pubblico* o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

La vicinanza linguistica e semantica della nozione di “operatore economico” di cui alle Direttive appalti con quella di “impresa” ai sensi dell'*antitrust* unionale appare evidente: è ben noto, del resto, che il diritto dell'Unione europea della concorrenza (artt. 101-109 TFUE) prescinde dalla forma giuridica quanto alla nozione di impresa, essendo stato definito tale «un ufficio pubblico per l'occupazione che svolge attività di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza comunitarie dato che nel contesto del diritto della concorrenza questa qualifica si applica a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento» (cfr., *ex multis*, sentenza *Höfner c. Macrotron* del 23 aprile 1991, nonché artt. 106 e 345 TFUE)<sup>36</sup>.

Anche in materia del trasporto pubblico, disciplinato dal Regolamento n. 1370/2007, che pure contiene norme in tema di appalti (cfr. art. 5)<sup>37</sup>, l'art. 2, lett. d), definisce operatore di servizio pubblico un'impresa o un gruppo di imprese di diritto pubblico o privato che fornisce servizi di trasporto pubblico di passeggeri o qualsiasi ente pubblico che presta servizi di trasporto pubblico di passeggeri.

In linea con l'approccio sostanzialista nella definizione di impresa, la Corte ha affermato, nella sentenza 18 dicembre 2014<sup>38</sup>, che la direttiva 92/50/CEE del Consiglio, in materia di appalti pubblici di servizi, osta a una normativa nazionale che escluda un'azienda ospedaliera pubblica dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, a causa della

---

<sup>35</sup> Secondo costante giurisprudenza della Corte «se è pur vero che gli articoli 101 TFUE e 102 TFUE riguardano esclusivamente la condotta delle imprese e non disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, resta il fatto che tali articoli, letti in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, che instaura un dovere di collaborazione tra l'Unione europea e gli Stati membri, obbligano questi ultimi a non adottare o a non mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (v. sentenze del 5 dicembre 2006, *Cipolla*, punto 46, nonché del 10 luglio 2010, *Sbarigia*, punto 31)»: punto 37, sentenza 12 dicembre 2013, *Ministero dello Sviluppo economico e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture contro SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA*.

<sup>36</sup> Su questa linea, anche la sentenza 18 dicembre 1986, *Villa Banfi c/ Regione Toscana*, C-312/85 in ordine alla possibilità che una società di capitali possa essere qualificata come imprenditore agricolo a titolo principale.

<sup>37</sup> Si veda l'ordinanza del Consiglio di Stato di rinvio ex art. 267 TFUE sul punto datata 31 gennaio 2025.

<sup>38</sup> Corte giust., 18 dicembre 2014, causa C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze contro Data Medical Service Srl*, ECLI:EU:C:2014:2466.

sua natura di ente pubblico economico, se e nei limiti in cui tale azienda è autorizzata a operare sul mercato conformemente ai suoi obiettivi istituzionali e statutari.

Quanto poi alla questione del finanziamento dell'impresa, si è affermato (*ibidem*) che i principi generali di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità di cui alle Direttive devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consenta a un'azienda ospedaliera pubblica, partecipante a una gara d'appalto, di presentare un'offerta alla quale non è possibile fare concorrenza, grazie ai finanziamenti pubblici di cui essa beneficia, precisando, tuttavia, che, nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione l'esistenza di un finanziamento pubblico all'impresa, con facoltà - se del caso - di respingere tale offerta.

L'Avvocato generale Jacobs, a margine del servizio pubblico di ambulanza nella causa *Ambulanz Glöckner* del 17 maggio 2001, in causa C-475/99, ha ritenuto essere «necessario un approccio differenziato. Risulta da una consolidata giurisprudenza che gli enti pubblici impegnati in attività economiche possono essere considerati imprese. D'altro canto, attività svolte nell'esercizio di poteri pubblici sono sottratte all'applicazione delle regole di concorrenza. Inoltre, la nozione di "impresa" è un concetto relativo, nel senso che un dato ente potrebbe essere considerato come impresa per una parte delle sue attività, lasciando il resto al di fuori delle regole di concorrenza».

Si aggiunga inoltre che la giurisprudenza della Corte richiede che un organo dello Stato con poteri regolamentari su un dato mercato debba essere indipendente da qualunque impresa che operi su detto mercato.

Da siffatta giurisprudenza pare ricavarsi, tuttavia, che l'eventuale attività regolamentare di tali autorità non debba tanto essere considerata come un'attività economica, quanto piuttosto che l'eventuale conflitto di interessi è incompatibile con il Trattato<sup>39</sup>.

### **5. Il raggruppamento d'impresa come *single economic entity*.**

Com'è noto, sin dai tempi di *Centrafarm/Sterling*<sup>40</sup>, la Corte di giustizia ha affermato che «l'art. 85 del trattato [art. 101 TFUE] non colpisce accordi o pratiche concordate fra imprese appartenenti allo stesso gruppo, come società madre ed affiliata, qualora esse costituiscano un'unità economica nell'ambito della quale l'affiliata non dispone di effettiva autonomia nella determinazione del proprio comportamento sul mercato, e gli accordi o pratiche di cui trattasi abbiano semplicemente lo scopo di effettuare una ripartizione di compiti all'interno del gruppo».

La conseguenza, sul piano dell'applicazione dell'art. 101, n. 1 TFUE è che, stante il divieto di collusione fra almeno due soggetti economicamente indipendenti, si deve ritenere che «l'art. 85, n. 1, del Trattato [art. 101 TFUE] riguarda unicamente i rapporti tra entità economiche in grado di entrare in concorrenza l'una nei confronti dell'altra con esclusione degli accordi e delle pratiche concordate tra imprese appartenenti ad uno stesso gruppo che costituiscano una unità economica»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. l'art. 24 della Direttiva 2014/24/UE sulla nozione di conflitto di interessi. Si veda al riguardo anche la sentenza del 1° luglio 2008, C-49/07, *Motoe*, ECLI: ECLI:EU:C:2008:376.

<sup>40</sup> Corte giust., 31 ottobre 1974, C-15/74, *Centrafarm c. Sterling*, ECLI:EU:C:1974:114.

<sup>41</sup> Corte giust., del 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P., *Viho Europe BV*, ECLI: ECLI:EU:C:1996:405.

La nota regola *antitrust* trasposta nel diritto degli appalti pubblici è finanche intuitiva: è un gruppo economico unitario il «... raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi» (art. 2, n. 10, Dir. n. 2014/24/UE).

In altre parole, la cooperazione di concorrenti all'interno di uno stesso gruppo economico è consentita, evidentemente, perché si tratta della stessa unità economica: come ha chiarito la Corte già nella causa *Hydrotherm/Andreoli*<sup>42</sup>, «nel diritto della concorrenza, il termine 'impresa' deve essere inteso come designazione di un'unità economica ai fini dell'oggetto dell'accordo in questione anche se, in diritto, tale unità economica è costituita da più persone, fisiche o giuridiche» (punto 12).

Quindi vi può essere un'impresa come “*single economic entity*” anche dal punto di vista del singolo contratto, esattamente secondo quanto avviene nel contesto dell'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Per converso, l'Amministrazione aggiudicatrice non può escludere un operatore per presunta mancanza di qualificazione se fa parte di un gruppo economico composto da altri operatori che invece sono in possesso della qualificazione richiesta, perché, nell'ambito della procedura di aggiudicazione, il raggruppamento dev'essere apprezzato, per l'appunto, come un'entità economica unitaria.

La soluzione coerente della Corte per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione non solleva particolari dubbi: «la direttiva 71/305, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretata nel senso che essa consente, ai fini della valutazione dei criteri che un imprenditore deve soddisfare in sede di esame di una domanda di iscrizione della persona giuridica dominante di un raggruppamento, di prendere in considerazione le società appartenenti a tale raggruppamento, a condizione che la persona giuridica in questione dimostri di disporre effettivamente dei mezzi di tali società necessari per la realizzazione dei lavori»<sup>43</sup>.

E nella causa *Holst Italia*<sup>44</sup>, la Corte ha chiarito lo stesso concetto per quanto concerne la direttiva sui servizi pubblici (50/92).

In definitiva, nel caso di un appalto pubblico aggiudicato da un'Amministrazione aggiudicatrice, la disciplina delle Direttive sui raggruppamenti economici, da un lato, consente una forma di collaborazione nel contratto aggiudicato che si presume “legittima” ai fini dell'applicazione del divieto di cui all'art.101.1 TFUE (e ciò ancorché risulti composto da imprese ipoteticamente concorrenti sul mercato generale); dall'altro, il medesimo RTI costituisce un'unità economica d'impresa e dovrà essere trattato coerentemente in sede di valutazione dei requisiti di partecipazione alla gara.

Tanto peraltro consente, in un'ottica per così dire di “*concorrenza effettiva*”, l'accesso a commesse importanti anche alle PMI in favore delle quali esistono precise indicazioni nelle Direttive appalti UE: fra le molte, val la pena di ricordare l'art. 46, Dir. 2014/24/UE, sulla suddivisione degli appalti in lotti<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Corte giust., 12 luglio 1984, causa 170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c. ditta Compact*.

<sup>43</sup> Corte giust., 14 aprile 1994, C-389/92, *Ballast*, ECLI: ECLI:EU:C:1994:133.

<sup>44</sup> Causa C-197/98, decisa il 2 dicembre 1999.

<sup>45</sup> Approccio, peraltro, notoriamente esistente anche in *antitrust*: si veda, fra l'altro, il *Final Report* della Commissione sugli *Specialisation Agreements and SMEs*, pubblicato nel 2022, reperibile in <http://www.europa.eu>.

In definitiva, il *rationale* concorrenziale – che potremmo rendere con “*the more you increase competition the more you will obtain better goods and services*” – sotteso alla disciplina unionale degli appalti pubblici è così pervasivo e connaturato alla stessa che, senza alcun dubbio, merita condivisione qualunque tentativo dottrinale di porre la giusta enfasi sul bene giuridico della concorrenza.

Come osserva autorevole dottrina, «*a general principle of competition could properly be developed to support this latter objective of removing restrictions on participations*»<sup>46</sup>.

E ancora: «*legal research conducted at the crossroads of competition and public procurement law can help gain a better understanding of both field of regulation and practice, and can contribute to the development of a more consistent system of EU economic law*»<sup>47</sup>.

Questa conclusione è rafforzata oggi dalle nuove disposizioni in tema di esclusione per avere il candidato posto in essere pratiche anticoncorrenziali (cfr. art. 57, 4, lett. d, Dir. 2014/24/UE).

In concreto, la *ratio* concorrenziale può e deve illuminare l'interpretazione di molte delle disposizioni che si rinvencono nella disciplina degli appalti pubblici, spesse volte frutto di fraintendimenti da parte degli interpreti e della giurisprudenza.

## **6. Le intese restrittive in sede di gara ad evidenza pubblica.**

Se la partecipazione alla gara in forma di raggruppamento di operatori o imprese normalmente concorrenti è ammessa, non è consentito invece che questi soggetti, dimenticandosi di essere un gruppo economicamente unitario (in termini di *Andrioli/Hydroterm*), perseguano -in un contesto di procedura di aggiudicazione d'appalto- interessi propri colludenti in contrasto con l'art. 101, n. 1 TFUE, con quello di altri membri del raggruppamento o con altri partecipanti alla procedura.

Analogamente, il singolo operatore economico non può colludere con altri partecipanti alla gara per evitare l'incertezza del mercato.

Il *bid-rigging* in letteratura è sempre stato oggetto di attenzione da parte della dottrina, posto che, nei c.d. *bidding markets*, «*companies compete for specific contracts*» (non necessariamente pubblici)<sup>48</sup>.

Non è un caso se, a livello internazionale, si trovino agevolmente raccomandazioni volte a creare un ambiente di maggior consapevolezza sul rischio di collusione nel contesto degli appalti pubblici: l'OECD, ad esempio, con la sua *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* del 2023<sup>49</sup>, mira ad allertare i governi sul rischio effettivo di *bid-rigging* nel contesto degli appalti pubblici e in particolare “*in pre-tender market research activities*”.

Il che ci riporta puntualmente alla previsione contenuta nelle Direttive in tema di consultazioni preliminari di mercato (art. 40, Direttiva 2014/24/UE): viene così precisato che, «prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi»,

<sup>46</sup> S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit., Oxford., p. 432.

<sup>47</sup> A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public procurement and the EU Competition rules*, op. cit., 2011, p. 6.

<sup>48</sup> Così FAULL e NIPKAY, *The EC Competition Law*, II ed., Oxford, 2007, p. 82.

<sup>49</sup> Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, rinvenibile in OECD/LEGAL/0396 <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>.

ad esempio sollecitando o accettando consulenze «a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza».

Nel passato, tuttavia, la Corte ha avuto modo di precisare, nella sentenza *Fabricom SA* del 3 marzo 2005<sup>50</sup>, che la prima direttiva ricorsi (la n. 89/665) osta a che l'autorità aggiudicatrice possa negare, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte di un'impresa vincolata ad una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in merito dall'autorità aggiudicatrice, affermi di non beneficiare per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni di concorrenza.

E' stato ricordato in dottrina che «*detecting a bid rigging may a be a difficult endeavour*»: e pur tuttavia, le autorità nazionali di concorrenza hanno individuato alcuni “*patterns*” che i *bid ringers* generalmente seguono e che costituiscono indizi: ad esempio, in presenza di un «*obvious pattern of rotation of successful bidders*», oppure in presenza di «*an unusually high margin between the winning and the unsuccessful bids*» o, infine, «*when all bid prices drop when a potential new bidder who is not a member of the cartel comes on the scene*»<sup>51</sup>.

In effetti, la fattispecie criminosa della turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p., in molte delle sue manifestazioni concrete<sup>52</sup>, prima ancora di essere un reato, integra la violazione dell'art. 101 TFUE<sup>53</sup>.

È significativo comunque che la Corte di giustizia, in un'ottica di consentire una “concorrenza effettiva” o “*workable competition*”<sup>54</sup>, abbia precisato che non è possibile escludere automaticamente un concorrente che si trovi in una situazione di controllo e/o collegamento negoziale.

Secondo la Corte, infatti, l'esclusione automatica di candidati o di offerenti che si trovino in una tale situazione con altri candidati o offerenti eccede quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi e, pertanto, per garantire l'applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell'obbligo di trasparenza. Una siffatta esclusione automatica costituisce, infatti, una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento. Essa esclude in tal modo la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte ed è quindi in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto<sup>55</sup>.

La conseguenza dell'illecito concorrenziale, naturalmente, è che non solo il comportamento illecito sarà sanzionabile dall'Autorità di concorrenza, ma anche che

---

<sup>50</sup> Resa nelle cause riunite C-21/03 e C-34/03.

<sup>51</sup> I. LIANOS – V. KORAH e P. SICILIANI, *Competition law, Analysis, cases and materials*, Oxford, I ed., 2019, pp. 711-712.

<sup>52</sup> Quanto meno laddove l'art. 353, 1° comma, fa riferimento a «collusioni o altri mezzi fraudolenti».

<sup>53</sup> Cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, M. GUSTAFFSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 805 ss.

<sup>54</sup> Sentenza *Sintesi Spa* del 7 ottobre 2004, C-247/02, in cui la Corte ha fatto uso della stessa terminologia riservata notoriamente all'*antitrust*: cfr. Corte giust., del 25 ottobre 1977, causa C-26/76, *Metro I*, ECLI:EU:C:1977:167.

<sup>55</sup> Si veda, tuttavia, la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 1956/2024, che non pare confrontarsi adeguatamente con un tale orientamento.

l'Amministrazione aggiudicatrice potrà procedere all'esclusione dalla gara, in presenza di prove sufficientemente certe della collusione.

Ed invero, in virtù dell'art. 57 (“*motivi di esclusione*”), n. 4 (Direttiva n. 24) le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) «se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza».

Si deve, infine, concludere ricordando che, anche in sede di appalto pubblico, esiste la possibilità di “*self-cleaning*”: ai sensi dell'art. 57, n. 6 della Direttiva n. 2014/24/UE, «un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 [*i.e.* cause di esclusione obbligatorie e facoltative] può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto»<sup>56</sup>.

### **7. *Lex specialis* e intento, *ex parte publica*, di restringere o falsare artificiosamente la concorrenza.**

Le scelte della stazione appaltante in tema di criteri di aggiudicazione, com'è noto, sono inevitabilmente contrassegnate da discrezionalità, tecnica ed amministrativa ad un tempo, vuoi nella fase dell'individuazione dei criteri a monte della gara vuoi nella fase applicativa in sede di concreta aggiudicazione del contratto.

Si può, tuttavia, osservare come le caratteristiche dell'oggetto del contratto e la valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza (“*workable competition*”) costituiscono punti di riferimento fondamentali di ogni procedura di aggiudicazione, tali in qualche modo da costituire anche un vincolo alla discrezionalità *ex parte publica*, vuoi nella scelta dei requisiti di partecipazione, vuoi del criterio di aggiudicazione, cui le stazioni appaltanti devono soggiacere, vuoi infine nella concreta individuazione dell'offerta migliore.

Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto (art. 58, n. 3, Dir. 2014/24/UE): quanto al fatturato, tuttavia, le Direttive opportunamente precisano che il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono possedere non può superare il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture<sup>57</sup>.

In generale, poi, per quanto concerne la scelta del criterio di aggiudicazione, *i.e.* dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione, si può affermare che, nel

---

<sup>56</sup> Cfr. R. CARANTA – S. RICETTO, *On Self-cleaning*, in AA.VV., *Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*, M. BURGI, M. TRYBUS, S. TREUMER (eds.), Copenhagen, 2016, p. 275 ss.

<sup>57</sup> La dottrina ci ricorda che, nel caso di servizi ad alta intensità di manodopera, l'Ad. Pl. n. 8 del 21 maggio 2019 ha affermato esservi l'obbligo di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, IV ed., Milano, 2024, p. 113, nota 39. Sul tema dei criteri di aggiudicazione, in una prospettiva storico-sistematica, cfr. P. PIVA, *Criteri di aggiudicazione*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), AA.VV. *I Contratti pubblici di lavori, Servizi e Forniture*, Milano 2014, Tomo I, p. 779 ss.

caso in cui sia possibile ed opportuno che il candidato od offerente partecipi, in sede di offerta, al processo ideativo del servizio o della fornitura, vi sarebbe una sorta di doverosità, per la stazione appaltante, di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che consente di apprezzare al meglio l'apporto qualitativo del concorrente.

Del resto, le Direttive del 2014, in tema di criteri di aggiudicazione, stabiliscono in generale che «le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa: quest'ultima è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione» (art. 67 Dir. 2014/24/UE).

Val la pena di ricordare ancora che, allorquando nel passato era possibile ricorrere al criterio del prezzo più basso o a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Corte aveva concluso che l'allora art. 30, n. 1 della Direttiva 93/37/CEE (appalti di lavori pubblici), dovesse essere interpretato nel senso di ostare ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso (sentenza *Sintesi Spa* del 7 dicembre 2004)<sup>58</sup>.

Analogamente, gli appalti relativi ai servizi socio - sanitari e educativi e, più in generale, ai servizi sociali, particolarmente in considerazione della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale paiono *naturaliter* predicare la scelta a favore del criterio di cui all'art. 108 del nuovo *Codice contratti*.

Più in generale, poi, tutti i servizi di tipo tecnologico, la cui specificità e complessità richiede, nell'*id quod plerumque accidit*, la valutazione di aspetti qualitativi ed innovativi, si impone la scelta del criterio di cui all'art. 108 richiamato.

Il tema delle cd. specifiche tecniche, poi, è particolarmente importante nel diritto dell'Unione europea degli appalti, posto che si tratta di un aspetto che, lasciato alla discrezionalità del legislatore nazionale, finirebbe non solo con il rendere incoerente l'intero sistema europeo di armonizzazione e normalizzazione, ma finanche di reintrodurre degli ostacoli alla libera circolazione di merci che è notoriamente una delle libertà fondamentali dei Trattati originari (cfr. oggi artt. 26 ss. TFUE)<sup>59</sup>.

Non è un caso se le Direttive precisino, pur non essendovene bisogno, che «le specifiche tecniche dovrebbero essere redatte in modo da evitare di restringere artificialmente la

---

<sup>58</sup> In causa C-247/02.

<sup>59</sup> Il tema, *à vrai dire*, è risalente ed era già presente nelle prime Direttive degli anni 70', al punto che anche il legislatore italiano, nella L. 584/77, aveva previsto, *sub* art. 7, che «è vietato, a meno che ciò non sia giustificato dal particolare oggetto dell'appalto, introdurre nelle clausole contrattuali prescrizioni che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza oppure procedimenti particolari che abbiano l'effetto di favorire determinate imprese, o di eliminarne altre o che indichino marche, brevetti o tipi o un'origine o una produzione determinata. Indicazioni del genere, accompagnate dalla menzione "o equivalente", sono ammesse allorché non sia possibile una descrizione dello oggetto dell'appalto mediante prescrizioni sufficientemente precise e comprensibili». Non a caso il testo WTO del GPA del 2012 stabilisce, a proposito di tali specifiche tecniche, che «*a procuring entity shall not seek or accept, in a manner that would have the effect of precluding competition, advice that may be used in the preparation or adoption of any technical specification for a specific procurement from a person that may have a commercial interest in the procurement*» (Article 10, n. 4). Sul tema si veda pure P. VAN DEN BOSCHE - D. PRÉVOST, *Essentials of WTO*, Cambridge, 2021.

concorrenza mediante requisiti che favoriscono uno specifico operatore economico in quanto rispecchiano le principali caratteristiche delle forniture, dei servizi o dei lavori da esso abitualmente offerti» (cons. n. 74, Dir. 2014/24/UE)<sup>60</sup>.

L'importanza della disciplina è persino scontata nella parte in cui prevede che a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti (art. 42, n. 4, Dir. 2014/24/UE).

Eccezionalmente, quando la descrizione della specifica tecnica potrebbe non essere sufficientemente precisa, «siffatta menzione o un siffatto riferimento sono accompagnati dall'espressione “o equivalente”» (*ibidem*).

Coerentemente, il nuovo *Codice contratti* pare imporre adeguatamente il rispetto di siffatta disciplina allorquando, all'Allegato II.5 - specifiche tecniche ed etichettature (articolo 70, comma 3) – riprende il contenuto dell'art. 42 della Direttiva 2014/24/UE.

In particolare, va ricordato che tali caratteristiche possono riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del suo ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi<sup>61</sup>.

D'altra parte, la Corte di giustizia ha a più riprese ricordato che «l'art. 28 del trattato CE [art. 34 TFUE] osta a che un'amministrazione aggiudicatrice inserisca nel capitolato di oneri relativo ad un appalto pubblico di lavori che non supera il valore limite previsto dalla direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993 n. 93/37/Cee che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, una clausola che prescrive, per l'esecuzione dell'appalto, l'impiego di un prodotto di una determinata marca qualora tale clausola non sia accompagnata dalla menzione “o equivalente”»<sup>62</sup>.

In altre parole, il diritto dell'Unione in materia di specifiche tecniche è a tal punto inderogabile da costituire una sorta di *noyau dur* di applicazione necessaria, finanche per gli appalti sotto soglia.

La Corte giustizia UE, nella pronuncia del 10 maggio 2012<sup>63</sup>, ha avuto modo di ribadire la gravità di violazioni *eiusdem generis*, in un caso di eco-etichettatura.

Com'era stato puntualmente segnalato dall'Avvocato generale Kokott, «l'amministrazione aggiudicatrice non può esigere che i prodotti che devono esserle forniti si fregino di un concreto marchio di qualità, bensì deve ammettere anche altri marchi di qualità, nonché prodotti sprovvisti di qualsiasi marchio, sempreché le loro caratteristiche ambientali e

---

<sup>60</sup> Con riferimento agli appalti di servizi si vedano gli artt. 20-23 della Direttiva 2014/24/UE.

<sup>61</sup> Cfr., sotto l'aspetto definitorio, quanto osservato da S. DETTORI, *Commento sub art. 68*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, L.R. PERFETTI (a cura di), Milano, 2013, p. 983 s.

<sup>62</sup> Corte giust., sez II, 3 dicembre 2001, causa C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard c. Spottrup Boligselskab*, ECLI:EU:C:2001:654.

<sup>63</sup> Corte giust., del 10 maggio 2012, causa C-368/10, *Comm. europea c. Regno Paesi Bassi*, ECLI:EU:C:2012:284.

le condizioni alle quali essi sono realizzati e commercializzati siano equivalenti ai requisiti posti dall'amministrazione aggiudicatrice» (punto 151 conclusioni).

E la Corte ha ribadito, laddove ve ne fosse bisogno, che «ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/18, che stabilisce i principi di aggiudicazione degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza. Tali principi rivestono un'importanza determinante per quanto riguarda le specifiche tecniche, in considerazione dei rischi di discriminazione connessi sia alla scelta di queste ultime, sia al modo in cui sono formulate. Infatti l'articolo 23, paragrafi 2 e 3, lettera b), e l'ultima frase del 29° considerando della direttiva 2004/18 sottolineano che le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, che esse devono essere sufficientemente precise da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicarlo, e che devono essere chiaramente indicate, affinché tutti gli offerenti siano al corrente degli aspetti coperti dai requisiti fissati dall'amministrazione aggiudicatrice. È segnatamente alla luce di tali considerazioni che occorre interpretare l'articolo 23, paragrafo 6, della direttiva 2004/18» (punto 62).

Analogamente, il Consiglio di Stato, in relazione al *Codice* del 2006 ha affermato che «l'art. 68, co. 13, del d.lgs. n. 163 del 2006 consente, sia pur in via eccezionale, il riferimento o la menzione nella *lex specialis* di gara a marchio, brevetto, tipo, origine, produzione specifica a condizione che siano accompagnati dall'espressione 'o equivalenti'; condizione, questa, nel caso in esame da ritenersi rispettata attraverso le predette possibilità alternative di offerte di prodotti "equivalenti"»<sup>64</sup>.

#### **8. L'abuso di posizione dominante nel contesto di procedure di appalto e il recente caso del diritto di prelazione nei partenariati pubblico-privati.**

Anche l'art. 102 TFUE è suscettibile di ordinaria applicazione nel contesto delle procedure di appalto pubblico, specie in tema di aggiudicazione di concessioni con riferimento a soggetti economici forti che assumono la qualifica di *incumbent*.

Il Tar Lazio, ad esempio, nella pronuncia n. 8752/13, ha ritenuto che Italgas, stante la sicura posizione dominante (*n.d.r.*: Italgas svolgeva in Italia il servizio per la distribuzione del gas in centinaia di Comuni), aveva l'obbligo di comunicare, nel contesto di un servizio pubblico locale, le informazioni essenziali di cui, in quanto precedente concessionario, era in possesso. In altre parole, Italgas avrebbe abusato della propria posizione di *incumbent*, da un canto, per ritardare i termini per l'effettiva indizione della gara e, dall'altro, per limitare le informazioni su impianti, costo e potenziale redditività del servizio, così da distogliere i possibili concorrenti nella successiva gara per l'assegnazione del servizio, oltre a garantirsi rispetto a quelli una posizione di vantaggio.

Una più recente pronuncia del Consiglio di Stato ha confermato (parzialmente quanto alla sanzione comminata dall'AGCM) un analogo accertamento dell'Autorità nei confronti di un concessionario del trasporto pubblico osservando che un concessionario in esclusiva è in grado di condizionare – mediante una condotta dilatoria e inottemperante ai diversi obblighi imposti

---

<sup>64</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8543.

– l’avvio della procedura di gara e, prima ancora, la possibilità per l’Amministrazione di compiere scelte adeguate in ordine alla struttura e alle caratteristiche della gara che aveva intenzione di bandire<sup>65</sup>.

Si tratta, tuttavia, di pronunciamenti in buona parte discutibili, astratti e finanche non agevolmente riconducibili nel solco di quella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ai c.d. *non pricing abuses*<sup>66</sup> (quale ad esempio la c.d. *vexatious litigation*), atteso che le Autorità di regolazione dei servizi pubblici sono per legge titolari di poteri azionabili davanti al Giudice amministrativo per costringere gli *incumbent* (o gestori uscenti del servizio pubblico) a consegnare ogni documentazione asseritamente necessaria o essenziale (spesso, peraltro, doverosamente già in proprio possesso); senza dire, che una volta scaduta la concessione, pare assai arduo affermare la permanenza di un significativo *market power* in capo al gestore uscente idoneo ad impedire una concorrenza effettiva sul mercato, *condicio sine qua non* per ogni corretto accertamento di violazione dell’art. 102 TFUE. Di talché, al riguardo, le sanzioni dell’AGCM paiono spesso caratterizzate da arbitrarità.

Anche in tema di ricorso all’*in-house providing*, che oggi, dopo l’introduzione dell’art. 7 del nuovo *Codice contratti* (D.lgs. n. 36/2023), parrebbe diventato un’opzione del tutto “discrezionale”, la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l’esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può e non deve essere illimitata (cfr. *infra*, sentenza CGUE, *Irgita*)<sup>67</sup>, dovendosi *inter alia* evitare forme di abuso di posizione dominante e rispettare i principi fondamentali del Trattato.

Così avverrebbe, ad esempio, se l’Amministrazione procedente in favore dell’*in-house* fosse perfettamente consapevole di non avere mezzi e risorse per soddisfare adeguatamente il servizio pubblico oggetto dell’operazione interna (nell’ottica di *Höfner Macrotron*, per intenderci) e, ciononostante, decida di attribuire il servizio ad una propria controllata, abilitandola magari a fare ricorso a forme di *joint-venture* o PPP in un’ottica di “parziale” esternalizzazione del servizio.

È stato condivisibilmente osservato dall’Avvocato generale Sanchez-Bordona, nelle conclusioni del 13 settembre 2018, a margine di un’aggiudicazione diretta di appalti pubblici di servizi di trasporto di passeggeri mediante autobus, che «l’amministrazione aggiudicatrice può utilizzare gli enti strumentali, entro i limiti descritti in precedenza, per l’affidamento di taluni compiti che, in linea di principio, dovrebbero essere oggetto di un appalto pubblico, ma che vi si sottraggono. (...) Tuttavia, quando gli enti strumentali, a loro volta, sono privi dei mezzi sufficienti per soddisfare – di per sé – i compiti loro affidati dall’amministrazione aggiudicatrice e si vedono costretti a ricorrere a terzi per ottenere detti mezzi, le ragioni che giustificano la deroga *in house* svaniscono e ciò che emerge è, in realtà, una forma dissimulata di subappalto pubblico, con cui l’amministrazione aggiudicatrice acquista beni e servizi da

---

<sup>65</sup> Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2024 n. 5664.

<sup>66</sup> Cfr. i casi *ITT Promedia*, T-111/96, 17 luglio 1998; *Astrazeneca* del 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, nonché la più recente sentenza della Corte del 30 gennaio 2020, *Generics (UK) Ltd e altri contro Competition and Markets Authority*. Cfr. sul tema R. WHISH-D. BAILEY, *Competition law*, 10th ed., Oxford, 2021, p. 715 ss.

<sup>67</sup> Corte giust., 3 ottobre 2019, C- 285/18, *Irgita*, ECLI:EU:C:2019:829; si veda altresì Corte giust., 6 febbraio 2020, C-89/19, *Rieco Spa c/ Comune di Lanciano*, ECLI: ECLI:EU:C:2020:87. Sul tema dell’*in-house providing*, si rinvia a S. FANTINI- H SIMONETTI, *Le basi, op. cit.*, 2024, p. 68 ss.

terzi, attraverso un intermediario (l'ente strumentale), sottraendosi alle direttive che dovrebbero disciplinarne l'aggiudicazione»<sup>68</sup>.

Del resto, ancorché la Direttiva n. 2014/23/UE riconosca il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione, la Corte ha chiarito, nella sentenza *Irgita* già richiamata, che la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata, dovendo, invece, essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente, della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza (sentenza *Irgita*, punto 48).

Principi che, ancora una volta, devono essere intesi - *d'emblée* - come espressione del principio della concorrenza, pervasivo e trasversale in tutto il Trattato.

A ciò, nel contesto delle Direttive di materia, si aggiunga la sussistenza di un preciso obbligo delle Stazioni appaltanti di verificare la ricorrenza di effettive violazioni *antitrust* ai fini dell'esclusione dalla gara, sussistenti talora nella stessa disciplina nazionale (*ad instar* di quanto impone la Corte nel caso *CIF* del 9 settembre 2003<sup>69</sup>).

In tal senso, si può ricordare la recente pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Urban Vision c/Comune di Milano*<sup>70</sup>: in essa la Corte, valutando la compatibilità del diritto di prelazione previsto dal *Codice contratti* italiano in capo al promotore di un *project financing* in un contesto di concessioni (Direttiva 2014/23/UE) ha osservato puntualmente che «il diritto di prelazione di cui gode il promotore ha per effetto che i prezzi proposti prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte non determinano direttamente e definitivamente la graduatoria degli offerenti. Consentendo al promotore di allinearsi alle condizioni offerte dall'aggiudicatario iniziale, che si è rivelato il meno costoso, il diritto di prelazione consente al promotore, in violazione del principio della parità di trattamento, di ottimizzare la propria offerta al fine di affrontare meglio le offerte dei suoi concorrenti nella procedura di concessione di cui trattasi. Ne consegue che il fatto di presentare l'offerta economicamente più vantaggiosa non garantisce l'aggiudicazione della gara» (punto 43).

Anche questo pronunciamento appare in linea con una risalente giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di compatibilità della c.d. *English clause* con l'art. 102 TFUE: in virtù di una tale clausola i clienti potevano far valere di fronte al produttore offerte più vantaggiose ricevute dalla concorrenza, con la conseguenza che, se il produttore non avesse allineato i suoi prezzi, il cliente sarebbe stato svincolato, in quella determinata trattativa, dall'obbligo di approvvigionamento esclusivo (*Hoffmann- La Roche*, C-85/76, del 13 febbraio 1979).

---

<sup>68</sup> Cause riunite C-266/17 e C-267/17, *Rhein-Sieg- Kreis/Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH*, nota 33 delle conclusioni.

<sup>69</sup> Sentenza *CIF* (Consorzio italiano fiammiferi), 9 settembre 2003, causa C-198/01, in cui la Corte ha ricordato che «in presenza di comportamenti d'impresie in contrasto con l'art. 81, n. 1, CE, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, un'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza cui sia stato affidato il compito, in particolare, di vigilare sul rispetto dell'art. 81 CE: – ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale (...)».

<sup>70</sup> Corte giust., 5 febbraio 2026, C-810/24, *Urban Vision c/Comune di Milano*, ECLI: ECLI:EU:C:2026:69.

E' evidente in altri termini che, non diversamente da quel tipo di abuso di posizione dominante indotto dalla richiamata "*Clausola Inglese*", anche il promotore di un *project*, se dovesse ritenersi applicabile l'art. 183 del D.lgs. n. 50/2016 (oggi, art. 193 del D.lgs. n. 36/2023), si troverebbe surrettiziamente protetto da una disciplina che gli consente di abusare della propria posizione dominante rispetto alla Stazione appaltante e i propri concorrenti nella gara ad evidenza pubblica, accettando *ad libitum* il contratto, in contrasto con il principio di libera concorrenza e *par condicio*.

### **9. L'esclusione dalla gara come sanzione pubblicistica dell'infrazione *antitrust ex parte privatorum* in sede di procedura d'appalto.**

Il nuovo *Codice dei contratti* precisa utilmente che il grave illecito professionale (art. 98) è una causa di esclusione non automatica ai sensi dell'art. 95. lett. e)<sup>71</sup>.

Ai sensi dell'art. 98, comma 3, l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:

a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto.

Infine, ai sensi dell'art. 96, comma 10, le cause di esclusione di cui all'articolo 95 rilevano: (...) *omissis c*) nel caso di cui all'articolo 95, comma 1, lettera e), salvo che ricorra la condotta di cui al comma 3, lettera b), dell'articolo 98, per tre anni decorrenti rispettivamente: (...) *omissis 2*) dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore nel caso in cui la situazione escludente discenda da tale atto.

In definitiva, il nuovo Codice ha ricondotto la rilevanza dell'illecito concorrenziale ai fini di una partecipazione alla gara per un intero triennio a partire dal provvedimento irrogativo della sanzione.

In un recente caso d'appalto aggiudicato dalla Commissione UE, la Corte si è pronunciata in relazione ad un accordo consortile fra diverse società al fine della partecipazione all'aggiudicazione di lavori di ammodernamento di opere, affermando l'obbligo di adottare decisioni di esclusione o di imposizione di sanzioni finanziarie nel rispetto dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24, quale norma fondamentale nella materia.

Secondo la Corte, questa disposizione impone, al fine di rispettare le caratteristiche essenziali del motivo di esclusione facoltativo e il principio di proporzionalità, che un regime nazionale di trasposizione di tale Direttiva debba essere strutturato in modo tale da far sì che, prima dell'inserimento nell'elenco dei fornitori inaffidabili di un operatore economico membro di un raggruppamento cui era stato aggiudicato un contratto d'appalto poi risolto, debba esservi una valutazione *in concreto* di tutti gli elementi pertinenti forniti da tale operatore per dimostrare che il suo inserimento nell'elenco stesso era ingiustificato alla luce del suo comportamento individuale.

In altre parole, per la Corte, non si può ammettere che un operatore economico, in caso di risoluzione del contratto a causa di significative o persistenti carenze nell'ambito

---

<sup>71</sup> Ove si legge «che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi».

dell'esecuzione di quest'ultimo, venga automaticamente qualificato come inaffidabile e sia oggetto di un'esclusione temporanea senza che il suo comportamento sia stato preliminarmente valutato, in modo concreto e individualizzato, alla luce di tutti gli elementi pertinenti della fattispecie<sup>72</sup>.

Risulta, quindi, da un'applicazione per analogia della giurisprudenza della Corte relativa alla direttiva 2014/24 che «l'ordinatore responsabile è tenuto a valutare il comportamento della persona chiamata in causa in modo concreto e individualizzato quando attua l'articolo 136, paragrafo 1, lettera e), del regolamento finanziario 2018».

Sono naturalmente ammesse forme di *self-cleaning*, ai sensi dell'art. 57, n. 6 (Dir. 2014/24/UE) come già illustrato (v. *supra sub 4*)<sup>73</sup>.

In definitiva, come appare corretto e finanche intuitivo, una decisione d'esclusione e il conseguente inserimento dell'operatore economico in un elenco fra gli appaltatori inaffidabili non può essere assunta se non dopo un serio e attento contraddittorio.

#### **10. Centrali di committenza e “caveat” nelle Direttive appalti: il rischio di concentrazioni abusive.**

Com'è noto, le centrali di committenza sono una nuova forma di procedimento per l'aggiudicazione degli appalti introdotto con le Direttive del 2004.

Già nel considerando n. 15 della Direttiva 2004/18/CE, si precisava che “in alcuni Stati si sono sviluppate tecniche di centralizzazione delle committenze (...). Tali tecniche consentono, dato il volume degli acquisti, un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica (...), di talché “occorre altresì fissare le condizioni in base alle quali, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza possono essere considerate come aventi rispettato le disposizioni della presente direttiva” (*ibidem*).

Pur tuttavia, è soltanto con le Direttive del 2014 che il Legislatore europeo ha avuto piena consapevolezza dei rischi connessi concorrenziali in relazione alle centrali di committenza: «l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI» (Direttiva 24/2014/UE, cons. n. 59).

Le nuove Direttive sono assai più analitiche nel precisare le due forme di operatività delle centrali di committenza, ovvero, sostanzialmente come grossisti (comprando, immagazzinando e rivendendo) ovvero, diversamente, come intermediari (i.e. aggiudicando appalti, gestendo sistemi dinamici di acquisizione e/o concludendo accordi quadro ad uso delle amministrazioni aggiudicatrici), con istruzioni più o meno particolareggiate e con diverse forme di responsabilità (cfr. in particolare art. 37 della Direttiva 2014/24/UE).

In altre parole, vi è la piena consapevolezza dei rischi concorrenziali connessi a queste forme di aggiudicazione, al punto che, al di là delle problematiche di diritto costituzionale e amministrativo che tali discipline naturalmente sollevano, si deve dubitare della legittimità

---

<sup>72</sup> Corte giust., 26 gennaio 2023, causa C-682/21, *HSC Baltic e a.*, ECLI:EU:C:2023:48.

<sup>73</sup> Sul tema, si vedano le pagine di S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Le basi*, op. cit., p. 122 ss.

comunitaria del tentativo piuttosto spinto in Italia di indurre le amministrazioni ad una forte concentrazione delle procedure di aggiudicazione.

### **11. Le nuove esigenze “spurie”<sup>74</sup> del mercato pubblico: la compatibilità di finalità non economiche e le clausole di bando relative al diritto ambientale, sociale e del lavoro.**

Negli ultimi tre decenni, le legislazioni nazionali sembrano aver fatta propria l’idea che l’aggiudicazione degli appalti pubblici possa, in qualche modo, servire anche finalità diverse da quelle più strettamente economico-concorrenziali connesse con il contratto di lavori, forniture e servizi in concreto aggiudicato.

Il che, di per sé, per le ragioni che si possono anche agevolmente intuire, non è necessariamente incompatibile con il diritto dell’Unione in generale, né con il sistema degli appalti pubblici così come regolamentati dalle Direttive, in particolare<sup>75</sup>.

Fin dalla prima pronuncia che si è occupata del tema, tuttavia, è apparso chiaro che la Corte sarebbe stata piuttosto restia a lasciare mano libera agli Stati membri, posto che un eccessivo margine d’azione avrebbe sicuramente condotto ad esiti arbitrari, privando sostanzialmente le Direttive del settore del loro “*effet utile*” in quanto norme comuni direttamente efficaci<sup>76</sup>.

Ed invero, nella risalente pronuncia *Beentjes*<sup>77</sup>, in cui si discuteva *inter alia* della condizione relativa all’impiego di disoccupati stabili, la Corte, pur non optando per la sua irrimediabile incompatibilità, ha affermato che «si deve constatare anzitutto che una siffatta condizione non ha alcun rapporto né con l’accertamento dell’idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né con i criteri di aggiudicazione dell’appalto di cui all’ art. 29 della direttiva» (punto 28).

Inoltre, siffatta condizione «potrebbe in particolare violare il divieto di discriminazione basato sulla nazionalità sancito dall’art. 7, n. 2 del Trattato, qualora risultasse che una

---

<sup>74</sup> L’aggettivo “spurio” naturalmente si riferisce ad una tradizione in qualche modo “purista” del diritto degli appalti o, più correttamente, del diritto *antitrust* in cui si tendeva a preferire l’idea che l’impresa più efficiente dovesse sempre prevalere su quella meno efficiente in senso paretiano, secondo l’insegnamento della Scuola neoclassica di Chicago (Posner e Coase in particolare). Oggi, anche nel diritto *antitrust* europeo di cui agli artt. 101-102 TFUE si discute in modo non più così sorprendente di eccezioni *Wouters* (causa C-309/99) e *Albany* (causa C-67/97) quali forme di restrizioni (deontologiche, sportive, ambientali o giuslavoristiche *etc.* di natura pubblicistica), ovvero “*ancillary restraints*” non ricadenti propriamente nell’art. 101.1 e suscettibili, talora, di valere come “*efficiency defence under Article 101.3*”. Si vedano al riguardo le osservazioni di G. MONTI, in *EC Competition Law*, Cambridge, 1997, pp. 87-88, in cui l’A. invoca la necessità di una «*redefinition of the relationship between the economic and political aims of competition policy*» in funzione di quelle che possono definirsi come «*normative foundations of EU competition law*». Si vedano altresì le recenti *Revised Horizontal Agreements Guidelines* del 2023 (C-2023 3445 final ANNEX) a proposito dei c.d. “*Sustainability Agreements*”.

<sup>75</sup> Sul tema, si veda anche M. SALERNO, *Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa tra discrezionalità delle amministrazioni e principi comunitari*, in G.A. BENACCHIO – M. COZZIO (a cura di), AA.VV., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, p. 351 ss. Anche sul piano dell’*antitrust* generale, si parla naturalmente di obiettivi non economici: sul tema si veda il recente contributo di M. CAMPO COMBA, *Non-economic Objectives Under 101 TFUE: Recent Trends*, in L. CALZOLARI, A. MIGLIO, C. CELLERINO, F. CROCI, J. ALBERTI (eds.), AA.VV., *Public and Private enforcement of EU competition law in the age of big data*, Torino, 2024, p. 56 ss.

<sup>76</sup> Sul tema del dibattito fra approccio cd. *ordo-liberale* e approccio neo-classico nel diritto degli appalti, cfr. CH. BOVIS, *Public Procurement, and the Internal Market of the 21st Century; Economic Exercises versus Public Policy*, in *EU Law for the 21st Century: Rethinking the New Legal Order*, capitolo 17, nonché CH. BOVIS, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, Oxford, 2006, p. 177 ss.

<sup>77</sup> Corte giust., 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjes*, ECLI: ECLI:EU:C:1988:422.

condizione del genere può essere soddisfatta soltanto dagli offerenti dello Stato in questione o può essere più difficilmente soddisfatta da offerenti di altri Stati membri. Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, se l'imposizione di una siffatta condizione abbia o meno, direttamente o indirettamente, effetti discriminatori».

Dopo circa un decennio, la Corte è ritornata ad occuparsi del tema delle cd. esigenze sociali in *Nord -Pas- de Calais*<sup>78</sup>.

La Commissione aveva aperto il procedimento di infrazione nei confronti della Francia perché, avendo presentato esplicitamente come criterio di aggiudicazione, in un certo numero di bandi di gara, una condizione relativa all'occupazione, condizione connessa ad un'azione locale di lotta contro la disoccupazione, le autorità francesi avrebbero violato l'art. 30 della direttiva 93/37, secondo cui i criteri di aggiudicazione dovrebbero fondarsi sul prezzo più basso ovvero sull'offerta economicamente più vantaggiosa.

Richiamando il proprio precedente *Beentjes*, la Corte rammenta che la detta disposizione non esclude tutte le possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di ricorrere ad un criterio come la condizione connessa alla lotta contro la disoccupazione ammesso che una siffatta condizione rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, ed in particolare il principio di non discriminazione, come esso deriva dalle disposizioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Inoltre, secondo la Corte, «la sua applicazione deve aver luogo nel rispetto di tutte le norme procedurali della detta direttiva ed in particolare delle disposizioni di questa in materia di pubblicità (v., in questo senso, con riferimento alla direttiva 71/305, la sentenza *Beentjes*, citata, punto 31). Ne consegue che un criterio di aggiudicazione connesso alla lotta contro la disoccupazione deve essere espressamente menzionato nel bando di gara affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere l'esistenza di una siffatta condizione (v., in tal senso, la sentenza *Beentjes*, citata, punto 36)».

Nel caso concreto, la censura della Commissione relativa al criterio supplementare di aggiudicazione connesso alla lotta contro la disoccupazione venne respinto, sia perché la Commissione non era riuscita a dimostrare il carattere discriminatorio sia perché siffatto criterio secondario era stato ben pubblicizzato dal primo atto della procedura.

La Corte è ritornata ad occuparsi della problematica in altri due altri casi interessanti: *Concordia Bus* del 17 settembre 2002<sup>79</sup> e *Commissione europea c. Regno Paesi Bassi* del 10 maggio 2012<sup>80</sup>.

Nel primo, il giudice del rinvio chiedeva in buona sostanza se un Comune (in concreto, quello di Helsinki) che assegni un appalto di servizi di trasporto di autobus sia legittimato a tenere conto di considerazioni ecologiche relative al materiale proposto (autobus alimentati a gas), in considerazione del fatto che l'offerta della Concordia (seconda classificata, la cui proposta economica era meno cara) sarebbe stata superiore a quella della HKL (aggiudicataria) laddove i punti assegnati in base ai criteri ambientali non potessero essere aggiudicati alla seconda.

---

<sup>78</sup> Corte giust., 26 settembre 2000, causa C-225/98, *Nord -Pas- de Calais*, ECLI:EU:C:2000:494.

<sup>79</sup> In causa C-513/99.

<sup>80</sup> In causa C-368/10.

La Corte, pur muovendo dall'assunto che il principio della parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici (che mirano in particolare a favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva), osserva tuttavia che «nel caso di specie, (...) i criteri di attribuzione di cui trattasi nella causa principale erano oggettivi e indistintamente applicabili a tutte le offerte. Inoltre, i detti criteri erano direttamente collegati al materiale offerto ed erano inseriti in un sistema di attribuzione di punti. Infine, nell'ambito di tale sistema, punti supplementari potevano essere accordati in base ad altri criteri collegati al materiale, quali l'impiego di autobus ribassati, il numero di posti a sedere e di strapuntini, nonché la vetustà degli autobus».

I giudici di Lussemburgo quindi concludono «nel senso che il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione criteri collegati alla tutela dell'ambiente, come quelli di cui trattasi nella causa principale, per il solo fatto che la propria azienda di trasporti dell'amministrazione aggiudicatrice rientra fra le rare imprese che hanno la possibilità di offrire un materiale che soddisfi i detti criteri».

Val la pena apprezzare, ai presenti fini, anche le peculiarità del caso *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, in causa C-368/10, deciso il 10/05/2012.

La provincia olandese Noord-Holland aveva pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* un bando di gara per la fornitura e la gestione di macchine automatiche per il caffè a decorrere dal 1° gennaio 2009.

Aspetto importante del contratto era, come puntualmente preannunciato nel bando, l'intenzione della provincia Noord-Holland di aumentare l'impiego di prodotti biologici e del commercio equo e solidale nelle macchine automatiche per il caffè.

La Corte, pur ammettendo -ancora una volta- la legittimità dell'utilizzo di un criterio di natura ambientale, persino in materia di specifiche tecniche<sup>81</sup>, ha tuttavia rilevato che la procedura era sostanzialmente incompatibile per una serie di ragioni che qui di seguito vengono partitamente riportate.

Da un lato, infatti, la provincia Noord-Holland aveva stabilito una specifica tecnica incompatibile con l'art. 23, paragrafo 6, della direttiva 2004/18/CE [cfr. oggi art. 42, Dir. 24/2014/UE], nella misura in cui si imponeva che taluni prodotti da fornire presentassero un'eco-etichettatura determinata, invece di utilizzare specifiche dettagliate.

Inoltre, i criteri di aggiudicazione apparivano incompatibili con la direttiva, a causa dell'attribuzione di un certo punteggio in presenza di determinati marchi di qualità, senza peraltro indicare i criteri sottesi a tali marchi di qualità, né aver autorizzato che fosse fornita con ogni mezzo appropriato la prova che un prodotto soddisfaceva tali criteri sottesi.

Infine, si era stabilito un livello minimo di capacità tecnica non autorizzato dalla direttiva stessa imponendo, a titolo di requisiti d'idoneità, la condizione secondo la quale gli offerenti avrebbero dovuto soddisfare «i criteri di sostenibilità degli acquisti e di responsabilità sociale delle imprese»: le ditte inoltre avrebbero dovuto indicare, in sede di offerta, come venivano rispettati siffatti criteri contribuendo «al miglioramento della sostenibilità del mercato del caffè e ad una produzione del caffè responsabile sotto il profilo ambientale, sociale ed economico», e ciò in palese contrasto con il principio di trasparenza.

---

<sup>81</sup> Al punto 61 della pronuncia, si rinvia che «le specifiche tecniche possono essere formulate in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali».

Restano da ricordare le due celebri *Comunicazioni* rese dalla Commissione *in subiecta materia*.

La prima *Comunicazione Interpretativa*<sup>82</sup> datata 4 luglio 2001 ha ad oggetto “*il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*”.

In essa, la Commissione è assai precisa e puntuale nel ribadire che, come appare anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, l’obiettivo precipuo delle direttive sugli appalti pubblici è quello di evitare il rischio che, in sede di aggiudicazione, venga riservata a priori la preferenza ad offerenti o candidati nazionali o, ancora, che considerazioni diverse da quelle economiche possano interferire in modo decisivo nelle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici: di qui la delicatezza del tema.

Le stesse considerazioni economiche, del resto, possono ben ricomprendere anche aspetti attinenti alla protezione dell’ambiente, ad esempio, il consumo di energia di un prodotto, di cui oggi si tiene correttamente conto attraverso il riferimento al ciclo vita del prodotto.

A questo riguardo, poi, anche il richiamo da parte della Commissione della tematica delle c.d. esternalità appare interessante: si tratta, in effetti, di danni o vantaggi il cui costo non è sostenuto, in condizioni normali di mercato, dal responsabile del danno o dal fruitore del vantaggio e anche di questi ultimi, per l’appunto, si potrebbe ragionevolmente tenere conto nell’aggiudicazione dell’appalto in base all’offerta economicamente più vantaggiosa.

Dunque, la Commissione, pur in assenza all’epoca di riferimenti precisi nelle Direttive, concludeva nel senso che gli elementi ambientali possono legittimamente permettere di individuare l’offerta economicamente più vantaggiosa qualora tali elementi comportino un vantaggio economico per l’ente aggiudicatore, attribuibile al prodotto o al servizio oggetto dell’appalto e si tratti di criteri indistintamente applicabili e non discriminatori.

Analogamente, la *Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*<sup>83</sup> precisa che è soprattutto nella fase di esecuzione (cfr. tuttavia le pronunce *Beentjes* e *Nord-Pas-de-Calais* già richiamate), ovvero «*successivamente all’aggiudicazione*», che un appalto pubblico può costituire uno strumento con cui le Amministrazioni aggiudicatrici incoraggiano il perseguimento di obiettivi sociali compatibili con il diritto comunitario.

Siffatte clausole possono ricomprendere misure a favore di alcune categorie di persone e azioni positive per l’occupazione: in generale, osserva la Commissione, «qualsiasi amministrazione aggiudicatrice è libera, nel definire i prodotti o i servizi che intende acquistare, di scegliere di acquistare beni, servizi o opere che rispondano alle proprie esigenze in materia sociale, compresa la considerazione di varianti, a condizione che tale scelta non dia luogo a restrizioni di accesso all’appalto in questione, a danno degli offerenti di altri Stati membri».

Questa impostazione è stata infine fatta propria dal Legislatore unionale, con le Direttive del 2014: ed invero, a tenore dell’art. 70 (“*Condizioni di esecuzione dell’appalto*”), è oggi previsto che «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all’esecuzione dell’appalto, purché collegate all’oggetto dell’appalto e indicate nell’avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Queste condizioni possono comprendere

---

<sup>82</sup> COM(2001) 274 definitivo - Bruxelles, 4 luglio 2001.

<sup>83</sup> Documento del 15 ottobre 2001 COM(2001) 566 definitivo.

considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione»<sup>84</sup>.

Va, infine, segnalato che il considerando n. 91 della Direttiva 2014/24/UE prevede opportunamente che l'articolo 11 TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile<sup>85</sup>.

Le Direttive, pertanto, chiariscono in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possano contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo.

E' evidente, comunque, che il ricorso a questi criteri non potrà che avvenire, ragionevolmente, avendo sempre a mente l'oggetto specifico del contratto (i criteri non economici devono essere in altri termini "*contract specific*")<sup>86</sup>, senza arrecare discriminazione di sorta, in forma trasparente e soprattutto cercando di evitare che l'interferenza di siffatti criteri abbia l'effetto in concreto di impedire la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di prezzo/qualità di cui agli artt. 67 e 68 della Direttiva 24/2014/UE.

In altre parole, e sia pure avendo riguardo ad una nozione ampia del principio di concorrenza, l'inserzione di criteri non economici non può essere tale da distorcere l'effettivo gioco della stessa e la ricerca del *best value for money*<sup>87</sup>.

## 12. Alcune considerazioni finali.

Un'analisi approfondita del diritto degli appalti europeo non può che far emergere una valenza immediatamente concorrenziale del medesimo, al punto che ci si può legittimamente interrogare (come si faceva fino a qualche tempo fa)<sup>88</sup> sull'opportunità dell'introduzione di elementi tecnicamente "spuri" (rispetto all'originaria matrice economica della disciplina) ed espressione di politiche pubbliche, che rischiano in qualche modo di falsare o distorcere il gioco della concorrenza fra partecipanti all'aggiudicazione del contratto pubblico.

Non è un caso se la Corte di giustizia abbia già precisato<sup>89</sup>, quanto ad esempio all'obbligo imposto da una stazione appaltante di impiego di disoccupati stabili, che una siffatta condizione, non avendo alcun rapporto né con l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né con i criteri di aggiudicazione dell'appalto potrebbe violare il divieto di discriminazione basato sulla nazionalità, laddove risultasse che

---

<sup>84</sup> Si veda anche la recente Comunicazione della Commissione «Acquisti sociali — Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)» (2021/C 237/01).

<sup>85</sup> Si veda, sul tema, D.C. DRAGOS-B. NEAMTU, *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, in F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER (eds.), *AA.VV. Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, 2014, p. 301 ss.

<sup>86</sup> P. TREPTE, *Public Procurement in the EU*, II ed., Oxford, 2007, p. 78.

<sup>87</sup> Come osserva correttamente S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londra, 2005, «*in considering whether any social policies are justified under the EC Treaty, it is necessary, as mentioned above, to consider whether the policies can be promoted through means other than procurement that are less restrictive of trade*», 1264.

<sup>88</sup> Come ricorda l'AG Kokott, nelle conclusioni del 15 dicembre 2011, «il perseguimento di obiettivi di politica ambientale e sociale è stato a lungo considerato, nel diritto in materia di appalti pubblici, un tabù, il che si è manifestato non da ultimo nell'impiego dello slogan "obiettivi estranei alla prestazione"»: punto 36, in C-368/10, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*.

<sup>89</sup> Il punto è stato codificato nelle Direttive del 2014 con la giusta enfasi per la fase dell'esecuzione dell'appalto: cfr. cons. n. 36-37 e 99.

una condizione del genere può essere soddisfatta soltanto dagli offerenti dello Stato in questione o può essere più difficilmente soddisfatta da offerenti di altri Stati membri (punto 28 della sentenza *Beentijes* già richiamata).

In attesa delle nuove Direttive, dunque, la speranza è che la Commissione non avalli l'eccessivo zelo delle amministrazioni pubbliche nel promuovere politiche “locali” *eiusdem generis*.

Il rischio è che si finisca con il far prevalere logiche che, per quanto apprezzabili nel loro intento, costituiscono a ben vedere un intralcio al prevalere di veritieri criteri concorrenziali (snaturando peraltro il senso della gara o competizione fra imprese), discriminando altresì fra operatori economici interni e degli altri Stati membri.

Ciò spiega, ad esempio, perché l'art. 18, comma 2, della Direttiva 2014/24/UE stabilisce opportunamente che gli Stati membri devono «adottare misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X».

Così pure l'art. 70 (*Condizioni di esecuzione dell'appalto*) della Direttiva consente alle amministrazioni aggiudicatrici di «esigere condizioni particolari *in merito all'esecuzione dell'appalto*, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione».

Il che ci fa comprendere, per altro verso, come questi obiettivi non economici paiano piuttosto legati alla fase dell'esecuzione dell'appalto che destinati, in via generale, a servire come criteri (magari discriminatori) nella selezione dei partecipanti e di aggiudicazione di cui agli artt. 56 e ss. della Direttiva<sup>90</sup>.

Non può, del resto, sottacersi che la Corte ha spesso affermato con vigore la necessità del rispetto del principio concorrenziale in relazione, fra l'altro, al tema del subappalto (*Tedeschi*, del 26 settembre 2019)<sup>91</sup> o delle “prestazioni maggioritarie” in seno ad un raggruppamento di imprese (*Caruter*, del 28 aprile 2022)<sup>92</sup> o, infine, recentemente,

---

<sup>90</sup> In dottrina, si rinvia opportunamente che «*deeming Article 18(2) a general principle of public procurement is highly controversial. Several authors disagree with such an approach. Arrowsmith argues that Article 18(2) has stronger similarities to a rule concerned with one specific subject than to a broad relevance for interpreting the directives. Caution is also urged by Sanchez-Graells, who states that Article 18(2) can hardly be seen as creating an obligation on its own*» R. CARANTA-A. SANCHEZ GRAELLS, *European public procurement (Commentary on Directive 2014/24/EU)*, Cheltenham, 2021, p. 205. Il che, per altro profilo, ci deve mettere in guardia dal ricondurre *tout court* i c.d. CAM (criteri ambientali minimi di cui all'art. 57 del nuovo *Codice contratti*, D.Lgs. n. 36/2023) all'art. 18.2, trattandosi assai più verosimilmente di specifiche tecniche di cui all'Allegato VII della Direttiva (cfr. anche artt. 42 e 43) utilizzabili in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 108, *Codice*).

<sup>91</sup> In causa C-402/18, in cui la Corte ha precisato *inter alia* che la disciplina italiana limitativa del subappalto ha un effetto dissuasivo che «*contrastava con l'obiettivo, ricordato al punto 39 della presente sentenza e perseguito dalle direttive in materia, dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile e, in particolare, dell'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici*».

<sup>92</sup> In causa C-642/20, in cui la Corte si esprime in termini di «*concorrenza più ampia possibile*» e «*di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese*» (cons. 42).

dell'inaccettabile diritto di prelazione in favore del promotore di finanza pubblica (*Urban Vision*, del 5 febbraio 2026)<sup>93</sup> nel diritto italiano.

La Corte, del resto, ha sempre ricordato, già a margine della prima Direttiva lavori (71/305/CEE), che «se è pur vero che la direttiva non fa espressa menzione del principio di parità di trattamento degli offerenti, resta nondimeno il fatto che l'obbligo del rispetto di tale principio risponde all'essenza stessa della direttiva che, a termini del suo nono 'considerando', mira in particolare allo sviluppo di una *concorrenza effettiva* nel settore degli appalti pubblici e che, al titolo IV, enuncia i criteri di selezione e di aggiudicazione degli appalti diretti a garantire tale concorrenza» (punto 33 sentenza 22 giugno 1993, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca*, in causa C-243/89, Ponte sullo Storebælt)<sup>94</sup>.

Il principio di concorrenza, in altre parole, va salvaguardato in modo serio ed effettivo e le nuove Direttive non dovrebbero comportare (sperabilmente) eccessi di digitalizzazione o di IA o, ancora, proliferazione di obblighi socio-ambientali privi di connessione certa con l'oggetto del contratto, rischiando così di trasformare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici in vere e proprie misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative.

---

<sup>93</sup> In causa C-810/24, in cui la Corte ha ricordato significativamente che «il diritto di prelazione può produrre effetti non favorevoli alla concorrenza, bensì, al contrario, anticoncorrenziali».

<sup>94</sup> R. CARANTA-A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, 2021, pp. 196-197.