

Anticorruzione e concorrenza negli appalti pubblici*

di Chiara Cassano**

24 agosto 2020

Sommario: 1. Il rapporto tra normativa anticorruzione e disciplina antitrust nel mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. – 2. La centralità dei controlli nel contrasto al fenomeno collusivo e corruttivo. – 3. Conclusioni: auspicati interventi legislativi.

1. Il rapporto tra normativa anticorruzione e disciplina antitrust nel mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture

L'attenzione generale sul tema del contrasto alla corruzione negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture è sempre più crescente nel panorama internazionale, soprattutto in ragione dell'ingente valore di mercato della contrattazione pubblica¹ e dell'impatto che la stessa presenta sullo sviluppo economico dei Paesi².

In particolare, il diffondersi della corruzione nel mercato degli appalti pubblici è causa di un grave pregiudizio al principio della libera concorrenza, che giustifica l'interesse in materia dell'ordinamento europeo, attento all'incidenza del fenomeno corruttivo sul funzionamento del mercato unico³.

L'analisi del labile confine che si instaura tra disciplina antitrust e normativa anticorruzione in materia di appalti pubblici fornisce spunti di riflessione nell'affrontare il tema delle politiche anticorruptive.

Nell'espletamento delle gare frequentemente si riscontra la compresenza di fenomeni collusivi e corruttivi⁴. Spesso, infatti, tali patologie si pongono in un rapporto

* Articolo tratto dalla relazione esposta al convegno "Modelli europei di contrasto alla corruzione: prevenzione, repressione e impatto sul sistema economico", Pisa, 4 Ottobre 2019.

** Dottoranda di ricerca in scienze giuridiche presso l'Università di Pisa, curriculum in "Amministrazione, Mercato e Giustizia penale".

¹ Cfr. G. Di Gaspare, *Appalti e criminalità organizzata*, in *Amministrazione in Cammino*, 2020, pp. 21 ss.

² Per un approfondimento sui motivi della concentrazione dei fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici si veda G. Fidone, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, fascicolo 3, 2016.

³ Cfr. M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, fascicolo 2, 2008, pp. 297 ss.

⁴ Cfr. G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 1° ed., 2003, p.185.

di funzionalità reciproca, creando spazi di sovrapposizione tra le diverse discipline⁵. Si pensi, ad esempio, ai c.d. bandi foto grafia⁶, strumento sovente impiegato dal funzionario corrotto per escludere le imprese non partecipanti a un cartello o, ancora, a quante volte, per evitare il fallimento di un patto collusivo, può essere necessario corrompere un funzionario, spesso mediante risorse derivanti da altrettante operazioni collusive. Si configura, dunque, necessaria una cooperazione sempre più organica tra AGCM, ANAC e stazioni appaltanti, già inaugurata con l'adozione da parte dell'AGCM del Vademecum alle stazioni appaltanti del 2013 e dal protocollo d'intesa tra le autorità dell'anno successivo; entrambi strumenti che svolgono un ruolo chiave nell'opera di individuazione delle principali caratteristiche pro-collusive dei mercati e di alcuni comportamenti indice di corruzione. In particolare, i procedimenti avviati dall'AGCM hanno evidenziato come le maggiori criticità riguardino, oltre al contenuto dei bandi di gara, il c.d. bid-rigging⁷ e il ricorso ai raggruppamenti temporanei d'imprese⁸, i quali, sebbene sul piano economico siano concepiti in funzione antimonopolistica, nella casistica dell'Autorità celano spesso intenti collusivi e corruttivi⁹. Tuttavia, la segnalazione all'AGCM di tali fenomeni non giustifica l'interruzione delle procedure di gara o la non assegnazione della fornitura o del lavoro. L'assenza di previsioni sanzionatorie in risposta a tali episodi indiziati, richiederebbe un intervento normativo, quanto meno al fine di implementare la tutela sul piano cautelare.

Dunque, un bilancio negativo deriva dall'impiego di questi strumenti adottati con l'intento di ponderare le opposte esigenze, da un lato, di completare la gara o l'opera e, dall'altro, di assicurare la massima deterrenza. Si tratta di criticità originate anche dalla scarsa collaborazione mostrata dalle stazioni appaltanti¹⁰: dai dati statistici emerge,

⁵ Cfr. P. Sabbatini, *La tutela della concorrenza negli appalti pubblici*, in *L'industria*, fascicolo 4, 2014.

⁶ In questi casi l'elaborazione di un atto amministrativo generale cela un provvedimento *ad personam* dal carattere occulto. A titolo esemplificativo, quali indici sintomatici della presenza di bandi fotografia si possono indicare: la loro scadenza in un periodo festivo ovvero la fissazione di termini eccessivamente ravvicinati o ancora la presenza di requisiti di estremo dettaglio. Tale pratica importa una palese violazione sia delle norme a tutela del mercato e della concorrenza sia del *favor participationis* ed anche dell'imparzialità amministrativa e del buon andamento.

⁷ L'espressione bid-rigging indica l'alleanza occulta di più imprese, altrimenti in concorrenza, per aumentare il prezzo o diminuire la qualità di beni o servizi oggetto di gara. Per maggiori approfondimenti cfr. OECD (2009), *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, su <http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>.

⁸ Cfr. pareri AS251 del 7 febbraio 2003 e AS449 del 21 febbraio 2008, nei quali l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto legittimo che le stazioni appaltanti, "pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in raggruppamenti temporanei di imprese da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara".

⁹ Cfr. linee guida dell'OECD per ridurre i rischi collusivi nelle gare di appalto (OECD, 2009, p. 8); AGCM, AS 880, 2011; ANAC *Comunicato Presidente*, 3 settembre 2014.

¹⁰ Tale fenomeno si registra anche nel settore penale, nel quale il perseguimento del reato di corruzione difficilmente avviene a seguito di denunce. Gran parte dei procedimenti per corruzione origina, infatti, da intercettazioni disposte per altri reati o dall'analisi di flussi finanziari illegali ricostruiti nell'ambito di altri procedimenti.

infatti, un insufficiente numero di segnalazioni inoltrate all'AGCM, che evidenziano la sterile potenzialità preventiva soprattutto dello strumento del Vademecum.

Una soluzione prospettata consiste nell'avvio *ex officio* di istruttorie da parte dell'Antitrust, là dove sia alto il sospetto che si siano verificati fatti collusivi. A tal fine, potrebbe essere opportuno promuovere l'utilizzo di test diagnostici collegati ad ampi *data base* contenenti le principali informazioni sulle gare di appalto, in grado di segnalare tale eventualità. Tuttavia, questa operazione ad oggi incontra un limite nella frequente indisponibilità di banche dati esaustive sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo. Si osservino i dati raccolti nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici e gestiti dall'Osservatorio dei contratti pubblici: tali strumenti informatici, concepiti esclusivamente nell'ottica anticorruptiva e non anche anticollusiva, ostacolano le potenzialità che la tutela antitrust può offrire nel contrasto al fenomeno corruttivo, escludendo informazioni che possono rivelarsi essenziali a tal fine. Si pensi, ad esempio, a quanta importanza può assumere la conoscenza dei nominativi e degli importi offerti delle imprese non aggiudicatarie al fine di consentire l'emersione di cartelli fonti di episodi corruttivi. Occorre, quindi, implementare il sistema di allerta che vede protagoniste le autorità e le stazioni appaltanti, attraverso la raccolta di informazioni quanto più complete, in modo da apportare vistosi benefici al settore degli appalti pubblici sia in termini di tutela antitrust che di politiche anticorruptive.

2. La centralità dei controlli nel contrasto al fenomeno collusivo e corruttivo

Analoghe conclusioni possono ripetersi con riferimento all'esercizio dell'attività di controllo, la quale svolge un ruolo essenziale nel contrasto al fenomeno corruttivo e collusivo nel mercato delle commesse pubbliche.

La disciplina dei controlli, infatti, richiedere urgenti interventi di riforma che siano diretti a superare la scarsità di informazioni a disposizione del controllore e l'inefficacia dei poteri dello stesso nel caso di contratti complessi. Pertanto, sarebbe opportuno concentrarsi sulla promozione di strumenti che rendessero non solo possibili ma anche funzionali i controlli. Si pensi, in particolare, alla promozione del dialogo competitivo o delle negoziazioni competitive che consentono all'amministrazione di accrescere e di migliorare *in itinere* le proprie conoscenze. Inoltre, importanti benefici in termini di efficacia potrebbero derivare dall'impiego delle nuove tecnologie e degli strumenti di automazione che, aumentando la trasparenza nelle procedure di gara, contribuirebbero ad implementare l'efficienza dei controlli¹¹. In particolare, l'impiego degli algoritmi e la disponibilità di una quantità ingente di dati consentono a tali strumenti di assumere un ruolo chiave nella tutela preventiva dei rischi corruttivi.

¹¹ Per un approfondimento in materia si veda G. N. Kouziokas, *The application of artificial intelligence in public administration for forecasting high crime risk transportation areas in urban environment*, in *Transportation Research Procedia*, 24, 2017.

Tuttavia, permangono molte criticità che rischiano di vanificare l'impiego di tali innovazioni nell'espletamento di controlli efficaci e ineludibili, quali le questioni etiche sottese all'uso dell'intelligenza artificiale, il *vulnus* alla riservatezza connesso alla gestione dei dati ma, soprattutto, grossi quesiti sorgono con riferimento a chi debba stabilire e vigilare sulla correttezza degli algoritmi impiegati a tal fine¹². È, dunque, necessario che il legislatore si ponga alla guida della trasformazione digitale sfruttandone le potenzialità ma, al contempo, limitando i rischi che l'utilizzo di tali strumenti può comportare.

E il potenziamento dell'attività di controllo si mostra essenziale non solo in sede di scelta del contraente ma anche nella fase esecutiva del contratto di appalto, rispetto alla quale emergono ancora numerose criticità, specie in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti. Maggiore attenzione, dunque, deve essere riposta alla fase successiva all'aggiudicazione, per non rischiare di frustrare totalmente la rigida disciplina dettata per la gara. Certamente qualche rimedio è già stato previsto, in particolare disciplinando le offerte anormalmente basse e prevedendo la trasmissione ad ANAC delle varianti in aumento. Ma ciò non è risultato sufficiente. La normativa sull'esecuzione non appare ancora ispirata al principio di efficienza che, invece, ha orientato il legislatore nel disciplinare la fase di aggiudicazione. E questo, forse, è da imputarsi alla scelta dell'ordinamento interno di rimettere la disciplina della fase esecutiva esclusivamente alle norme del codice civile che vede come unica protagonista la stazione appaltante, la quale, tramite l'istituto del collaudo, limita la propria verifica alla conformità tra il realizzato e il pattuito, senza alcun vaglio dal punto di vista della tutela anticorruptiva.

Sicuramente l'esecuzione necessita di interventi normativi che introducano controlli autoritativi e uniscano, senza soluzione di continuità, tale fase a quella antecedente disciplinata dal Codice degli appalti pubblici sul fronte della prevenzione della corruzione.

3. Conclusioni: auspicati interventi legislativi

A conclusione di questa breve disamina è, tuttavia, necessario sottolineare che la lotta alla corruzione attraverso lo strumento della concorrenza è funzionale solo qualora quest'ultima non venga tutelata come principio fine a se stesso, quanto, piuttosto, come mezzo per raggiungere l'efficienza, ovvero la selezione dell'offerta migliore (il c.d. *best value*). E per raggiungere tale fine, c'è da chiedersi sino a che punto la prevenzione della corruzione e la tutela della concorrenza possano legittimare l'amministrazione ad ingerirsi in questioni organizzative interne all'azienda. Emerge, così, la conferma di come la prevenzione della corruzione non riguardi solo l'organizzazione

¹² Cfr. Tar Lazio, sentenza n. 3769 del 2017.

dell'amministrazione pubblica ma, al contrario, coinvolga direttamente chi intenda partecipare alle gare pubbliche.

Pertanto, è proprio tenendo conto di queste peculiarità che il legislatore dovrà orientarsi nel varare le necessarie riforme del settore in esame, implementando la diffusione e l'efficacia degli strumenti offerti dalle nuove tecnologie insieme ai meccanismi di controllo e di sanzione, anche (e soprattutto) di tipo cautelare, in modo da superare gli scarsi risultati attualmente registrati in materia dall'applicazione dei soli strumenti pattizi, rafforzando la cornice di sicurezza nel mercato degli appalti pubblici.