

VADEMECUM PER LE STAZIONI APPALTANTI

INDIVIDUAZIONE DI CRITICITÀ CONCORRENZIALI NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), nella sua funzione di vigilanza sul buon funzionamento dei mercati, ha sempre prestato la massima attenzione nell'evitare che il settore degli appalti pubblici fosse inquinato dalla presenza di fenomeni anticoncorrenziali. Dall'istituzione dell'Autorità sono stati avviati più di venti procedimenti istruttori, conclusisi con la condanna di numerose imprese e l'irrogazione di sanzioni per oltre € 500 milioni.
2. Accordi anticoncorrenziali aventi ad oggetto gare per l'assegnazione di appalti pubblici costituiscono forme particolarmente offensive di infrazione delle regole della concorrenza, in primo luogo, per la loro rilevanza economica, in quanto gli appalti pubblici rappresentano una quota assai significativa del prodotto nazionale. In secondo luogo, comportando una lievitazione dei costi per lavori o forniture, essi costituiscono un danno diretto per l'intera collettività. E' anche in ragione di questo che l'attuazione di intese anticoncorrenziali in gara è assoggettata non solo a sanzioni amministrative in capo alle imprese ma anche a sanzioni penali in capo alle persone fisiche.
3. L'AGCM intende intensificare i suoi sforzi in questa area. Per farlo, necessita la piena collaborazione delle stazioni appaltanti, le quali per prime possono spesso percepire i segnali di un'alterazione del funzionamento del mercato.
4. Tali segnali non sono comunque facili da individuare e da decifrare. Con questo vademecum l'AGCM intende fornire uno strumento per le stazioni appaltanti affinché possano essere identificate (e segnalate all'AGCM a scopo informativo) quelle anomalie comportamentali che in taluni casi sono indizio della presenza di fenomeni anticoncorrenziali.
5. Nel presente *vademecum*, che tiene conto della pluriennale esperienza dell'Autorità, sono riportate le manifestazioni più tipiche dei comportamenti indicati al punto precedente. Ovviamente l'elenco non è esaustivo e va inteso soprattutto come guida all'osservazione dei fatti. Sarà cura di questa Autorità aggiornare il *vademecum* in funzione del maturare delle proprie esperienze.
6. Va preliminarmente fatto presente che i fenomeni anticoncorrenziali si presentano soprattutto in particolari contesti di mercato, che in estrema sintesi si caratterizzano nel modo seguente:
 - a) pochi concorrenti;
 - b) concorrenti caratterizzati da analoga efficienza e dimensione;
 - c) prodotti omogenei;
 - d) perdurante partecipazione alle gare delle stesse imprese;
 - e) appalto ripartito in più lotti dal valore economico simile.

Le stazioni appaltanti dovrebbero pertanto prestare una particolare attenzione ai casi in cui ricorre almeno una di queste condizioni. Si tratta di condizioni assai generali che devono essere valutate alla luce degli elementi di cui ai punti successivi. L'assenza di una di queste condizioni, o la presenza del suo contrario, non implica necessariamente l'assenza di fenomeni anticoncorrenziali.

7. I fenomeni che a volte possono risultare associati a comportamenti anticoncorrenziali sono inquadrabili nelle seguenti fattispecie:

a) Boicottaggio della gara

Il boicottaggio della gara si caratterizza per la mancata presentazione di offerte da parte di una o più imprese al fine di prolungare il contratto con il fornitore abituale o di far ripartire pro quota il lavoro o la fornitura tra tutte le imprese interessate al contratto. Le principali manifestazioni che potrebbero essere indizio di questa strategia sono le seguenti: 1) nessuna offerta presentata; 2) presentazione di un'unica offerta o di un numero di offerte comunque insufficiente per procedere all'assegnazione dell'appalto (quando la stazione appaltante stabilisce un numero minimo per la regolarità della gara); 3) presentazione di offerte tutte caratterizzate dal medesimo importo (soprattutto quando le procedure di gara fissate dalla stazione appaltante prevedono in queste circostanze l'annullamento della gara o la ripartizione dell'appalto pro quota).

b) Offerte di comodo

Le offerte di comodo (o 'di cortesia' o 'fasulle') rappresentano una pratica particolarmente diffusa di turbativa d'asta, finalizzata a conferire un'apparente regolarità concorrenziale alla gara e a celarne l'innalzamento dei prezzi di aggiudicazione. Ci si riferisce, nel dettaglio, alle offerte presentate dalle imprese non aggiudicatrici, che si caratterizzano per importi palesemente troppo elevati o comunque superiori a quanto gli stessi soggetti hanno offerto in analoghe procedure di appalto. Rientrano in questa categoria anche offerte contenenti condizioni particolari e notoriamente inaccettabili per la stazione appaltante così da determinarne l'esclusione. Una sequenza di gare in cui risulta aggiudicataria sempre la stessa impresa può, ad esempio, destare il sospetto che i concorrenti presentino offerte di comodo. Sono ugualmente da considerarsi segnali d'allarme la presentazione di offerte più elevate rispetto ai prezzi di listino.

c) Subappalti o ATI (Associazione Temporanea d'Imprese)

I subappalti e le Associazioni Temporanee di Imprese (ATI) sono strumenti previsti dalla normativa vigente, in quanto permettono di ampliare il novero dei soggetti che possono partecipare a meccanismi di gara: essi consentono infatti il superamento di limiti dimensionali e di specializzazione delle imprese più piccole. Questi strumenti si possono prestare, tuttavia, ad un uso distorto dal momento che sono anche idonei a favorire la spartizione del mercato o addirittura della singola commessa. Un indizio di tale meccanismo spartitorio può essere rinvenuto laddove imprese, singolarmente in grado di partecipare a una gara, scelgono di astenersi in vista di un successivo subappalto o optano per la costituzione di un'ATI. L'evidenza della possibilità di partecipazione autonoma ad una gara può essere tratta dalla storia delle precedenti aggiudicazioni. L'attenzione degli enti appaltanti si dovrebbe rivolgere soprattutto ai casi di ATI o subappalto perfezionati da imprese accomunate dalla medesima attività prevalente. Particolarmente sospetti sono i casi nei quali un'impresa decide inizialmente di partecipare ad una gara, ritirando l'offerta in un secondo momento, per poi risultare beneficiaria di un subappalto relativo alla medesima gara. Infine, nei casi di aggiudicazione basata sull'offerta economicamente più vantaggiosa, l'ATI (tra i maggiori operatori) può essere anche il frutto di una strategia escludente, tesa ad impedire a imprese minori di raggiungere il necessario punteggio qualitativo.

d) Rotazione delle offerte e ripartizione del mercato

Anche l'analisi dei soli *pattern* di vittoria può segnalare la presenza di un cartello. Certamente se esso riguarda una pluralità di gare bandite da differenti stazioni appaltanti, una sola di queste non ha spesso gli elementi sufficienti per rendersi conto di un *pattern* sospetto. Al contrario, quando la pratica spartitoria interessa uno specifico committente, quest'ultimo avrà ben più indizi per riconoscere regolarità sospette nella successione temporale delle imprese aggiudicatarie o nella ripartizione in lotti delle vincite. Si noti che le richiamate regolarità potrebbero riguardare non solo il numero di aggiudicazioni ma anche la somma dei relativi importi. Esse inoltre potrebbero essere associate a particolari caratteristiche dell'appalto o delle aziende che pongono in essere comportamenti anticoncorrenziali.

e) Segnali di allarme nelle modalità di partecipazione all'asta

Può accadere che gli aderenti ad un cartello presentino le domande di partecipazione all'asta con modalità tali da tradire la comune formulazione. E' questo il caso di: 1) comuni errori di battitura; 2) stessa grafia; 3) riferimento a domande di altri partecipanti alla medesima gara; 4) analoghe stime o errori di calcolo; 5) consegna contemporanea, da parte di un soggetto, di più offerte per conto di differenti partecipanti alla medesima procedura di gara.

8. Si invitano le stazioni appaltanti, nei casi in cui si imbattono in qualcuno dei descritti fenomeni, ad informare l'Autorità. Si fa presente che tali segnalazioni possono anche riguardare una pluralità di gare della medesima tipologia. In questa prima fase si invitano le stazioni appaltanti a segnalare i casi sospetti relativi alle sole gare sopra la soglia comunitaria.
9. Si sottolinea che le regolarità indicate nei punti precedenti potrebbero essere associate anche a comportamenti genuinamente concorrenziali. Pertanto le relative segnalazioni non devono essere assolutamente intese come manifestazioni di una raggiunta consapevolezza, da parte della stazione appaltante, dell'esistenza di criticità concorrenziali nell'ambito di una propria procedura di gara. Tali segnalazioni pertanto non giustificano in alcun modo l'interruzione della procedura né, tanto meno, la rinuncia ad assegnare la commessa all'aggiudicatario. Sulla base della segnalazione inviata da una stazione appaltante, l'AGCM, dopo i necessari controlli e tenuto conto di altre analoghe segnalazioni, può raggiungere il convincimento che vi siano elementi sufficienti per l'avvio di un procedimento istruttorio. Ma sarà solo al termine di questo procedimento che potrà essere accertata l'effettiva presenza di una condotta lesiva del diritto antitrust. L'AGCM terrà costantemente informata la stazione segnalante sugli sviluppi della vicenda.
10. Qualora l'AGCM pervenga all'accertamento di un'infrazione, la stazione appaltante potrà procedere alla richiesta degli eventuali danni (conseguenti la pratica anticoncorrenziale) laddove l'appalto fosse già stato assegnato.
11. Ulteriori utili indicazioni per l'individuazione di casi sospetti in violazione del diritto antitrust possono essere tratte dal documento a cura dell'OECD "*Linee guida per la lotta contro le turbative d'asta negli appalti pubblici*" scaricabile al seguente link:

<http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/44162111.pdf>.