

FRANCESCO DIMICHINA
Dottorando in scienze giuridiche, curriculum "amministrazione, mercato e giustizia penale"
presso l'Università di Pisa
francesco.dimichina@phd.unipi.it

ALCUNE RIFLESSIONI SULLA TUTELA DELLA CONCORRENZA NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOME REMARKS ON THE PROTECTION OF COMPETITION IN THE NEW PUBLIC CONTRACTS CODE

«Bisogna che lo confessi: credo poco alle leggi. Se troppo dure, si trasgrediscono, e con ragione. Se troppo complicate, l'ingegnosità umana riesce facilmente a insinuarsi entro le maglie di questa massa fragile, che striscia sul fondo. [...] E tuttavia, da questo cumulo di innovazioni pericolose e di consuetudini antiquate emerge qua e là, come in medicina, qualche formula utile. I filosofi greci ci hanno insegnato a conoscere un po' meglio la natura umana; i nostri migliori giuristi da qualche generazione rivolgono le loro cure nella direzione del senso comune. Ho posto in atto anch'io talune di quelle riforme parziali che sono le sole durevoli. [...] Mi proposi d'eliminare cautamente le leggi superflue e di promulgare con fermezza un piccolo numero, di saggi decreti. Sembrava giunta l'ora di riesaminare, nell'interesse dell'umanità, tutte le prescrizioni antiche».

MARGUERITE YOURCENAR, *Memorie di Adriano*, trad. it. a cura di L. Storoni Mazzolani, Torino, 2013, 107.

SINTESI

A livello europeo è tuttora dibattuta l'esistenza di un vero e proprio principio di concorrenza, sia con riguardo al diritto primario in genere sia, nello specifico, con riferimento alle direttive in materia di contratti pubblici. Nonostante ciò, il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 36, richiama espressamente il principio di con-

correnza all'art. 1. Scopo dello scritto è dunque quello di verificare la concreta portata del "principio" in parola nel nuovo Codice, in particolare al cospetto del preminente principio del risultato.

ABSTRACT

At the European level, the existence of a genuine principle of competition is still debated, both at the level of primary law in general and at the level of public procurement Directives in particular. Nevertheless, the new Italian Procurement Code, the legislative decree No. 36 of 10 March 2023, expressly refers to the principle of competition in Article 1. The purpose of this paper is therefore to verify the concrete impact of the "principle" of competition in the new Italian Procurement Code, particularly in the light of the leading principle of the outcome.

PAROLE CHIAVE: contratti pubblici – concorrenza – principi – regole – risultato – rotazione

KEYWORDS: public procurement – competition – principle – rules – outcome – alternation

INDICE: 1. Premessa – 2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici – 3. La concorrenza nella disciplina europea dei contratti pubblici – 4. (segue..) e nel nuovo Codice italiano: da principio a valore strumentale? – 5. Il principio di rotazione in materia di appalti sotto-soglia quale caso paradigmatico – 6. Conclusioni

1. Premessa

Si ritiene che costituisca un aspetto precipuo dei sistemi tradizionalmente definiti di *common law* quello per cui le decisioni giudiziarie sono basate oltre che sui precedenti, anche sul modo in cui i giudici leggono i mutamenti sociali, legati come sono ad una determinata società in cui vivono, così da poter decidere quando è opportuno invertire la rotta a cospetto di quella che si reputava essere una data norma vigente. Anzi, questa possibilità di continuo assestamento costituirebbe la «*bellezza caratteristica del common law*»¹. Viceversa, negli ordina-

1 F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, I ed., trad. it. a cura di Giovanni Battista Ratti, Roma, Carrocci, p. 165. Non è questa la sede per addentrarsi nel dibattito riportato da Schauer circa la giustificazione dei mutamenti giurisprudenziali nel *common law*. Come riconosce l'Autore, casi clamorosi di mutamento giurisprudenziale, negli Stati Uniti, sono stati letti da Dworkin come decisioni basate su principi più ampi e preesistenti rispetto alle norme giuridiche richiamate nei precedenti sovvertiti (ivi, 163). Chi scrive non intende sostenere che nei sistemi cd. di *common law* non

menti cd. di *civil law* si avverte da sempre l'insofferenza per la crescente congerie normativa frutto di angherie e ingiustizie, considerato che «*in ogni tempo l'abbondanza di leggi non assicura affatto né un equilibrato sistema di diritto, né l'integrità delle istituzioni politiche, né un buon antidoto alle ingiustizie*»². Pertanto oggi, che il numero delle leggi è sempre più vasto³, in quest'ultimo tipo di sistemi assumono ancora più importanza i principi che consentono di introdurre uniformità lì dove c'è difformità, sotto il profilo tanto esegetico quanto applicativo e di *law making*⁴.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, tuttavia, almeno sino all'emanazione del saggio di Dworkin intitolato *The Model of Rules*⁵, dichiaratamente

viga il principio dello *stare decisis*, come dimostra il fatto che la sentenza che inverte un precedente debba vagliarlo nel dettaglio, a partire dalla considerazione che tale decisione è “*egregiously wrong*” (come nel caso della dibattuta decisione *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), *Opinion of the Court*, p. 6). In aperto contrasto con l'idea di precedente propugnata da Schauer si v., tra gli altri, J. WALDRON, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, 111 *Mich. L. Rev.* 1 (2012), <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1>. Sulla visione di Waldron, nella dottrina italiana, v. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 158. D'altronde, che la norma posta dal legislatore sia di per sé esposta a “*dinamiche evolutive*” lo afferma anche la nostra Cassazione (Cass. civ., SS. UU., 11 luglio 2011, n. 15144, cit. da E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in dir. proc. amm.*, 4, 2012, p. 1245 ss., cui si rinvia circa le considerazioni sull'esistenza di un vincolo del precedente simile in Italia e in Inghilterra).

2 M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2019, p. 34. Del resto, “*Quante più norme ci sono, tanto più incerta è la scelta del comportamento da tenere*”, così G. CORSO, *Incertezza giuridica ed eccesso di legislazione*, in AA.VV., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, Giappichelli, 2021, I, p. 36, ma v. altresì p. 46.

3 In questo senso, già nel 2005, S. CASSESE, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, 96 ss; nonché, più di recente, ID., *Labirinto di leggi con vie di uscita*, in *Il Sole 24ore*, 9 ottobre 2022.

4 M. D'ALBERTI, *loc. ult. cit.*

5 R. M. DWORCKIN, *The Models of Rules*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, n. 1, 1967, p. 17 ss. e 22 ss., consultabile all'url <https://www.jstor.org/stable/1598947>. Come chiarisce l'Autore, la scelta di Hart quale punto di riferimento del positivismo non è tanto dovuta “*of its clarity and elegance, but because here, as almost everywhere else in legal philosophy, constructive thought must start with a consideration of his views*” (ivi, p. 17). D'altro canto, la critica al positivismo giuridico è legata al fatto che, nella visione dell'illustre Autore, “*when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, [...] is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules*” (ivi, 22).

contrapposto al modello positivista propugnato da Hart⁶, è stato per anni svalutato il ricorso ai principi generali, a causa dell'emanazione della legge 30 gennaio 1941, n. 14, che attribuiva alla Carta del Lavoro, di matrice fascista, il carattere di «*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*»; nonché, alla connessa idea che il richiamo ai principi generali s'identificasse col ricorso ai principi ispiratori di un dato regime politico⁷.

Da un po' di tempo viceversa la tendenza, almeno nel diritto amministrativo italiano⁸, sembra inversa se solo si consideri come: già la legge sul procedimento amministrativo, del 1990⁹, si apra con una disposizione dedicata ai principi, di recente modificata¹⁰ per ricomprendervi anche quelli di collaborazione e buona fede; inoltre, anche il successivo Codice del processo amministrativo, del 2010¹¹, enuclea alcuni generalissimi principi generali già nei suoi primi 3 articoli, richiamando¹² altresì i principi della Costituzione e del diritto europeo; infine, da ultimo, anche il nuovo Codice dei contratti pubblici¹³ si fonda su alcune

6 *The concept of law*, Oxford at the Clarendon Press, 1961, I ed., specialmente p. 89-96, trad. ita. a cura di M. A. Cattaneo, Torino, 2002.

7 G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da) - L. Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1980, Milano, Giuffrè, p. 385-386.

8 Si tratta, in realtà, di una tendenza più generale che riguarda lo Stato costituzionale moderno, come evidenzia V. FANTI, (*Il diritto amministrativo per principi*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2014, p. 432), richiamando il pensiero di G. Zagrebelsky; in questo senso anche M. P. CHITI, *Principi*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, I, 288.

9 L. 7 agosto 1990, n. 24, recante *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*. Come ricorda M. RAMAJOLI (*A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2016, p. 359), “*La legge 241/1990 [...] si poneva come testo strategico, inteso a far penetrare, attraverso l'uso giurisprudenziale dei principi dalla medesima adottati, anche il punto di vista dei cittadini nella disciplina dell'azione amministrativa, senza avere l'ambizione di dettare una disciplina conclusa e autosufficiente*”.

10 Dall'art. 12, co. I, lett. 0a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con mod., dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, che ha innestato nel tessuto dell'art. 1 il co. 2 bis.

11 D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, All. 1.

12 Già all'art. 1.

13 Il nuovo Codice dei contratti pubblici, emanato in sostituzione del precedente d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e che costituiva “*per opinione generale un testo largamente insoddisfacente*” (così, V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative e i contratti pubblici*, in R. Cavallo Perin – M. Lipari – G. M. Racca, *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, Jovene, 2022, p. 45; nonché, tra gli altri, S. AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 33 e G. MONTEDORO, *Contratti pubblici ed economia*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato*, cit., 45 ss.), è stato approvato con D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, “*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Go-*

disposizioni dedicate ai principi¹⁴. In particolare, la principale peculiarità che caratterizza quest'ultimo tentativo codificatorio sembra costituita dall'essere corredato da una decina di principi, topograficamente anteposti a tutte le restanti norme, tre dei quali anzi costituiscono espressamente un *prius*, da un punto di vista ermeneutico, rispetto a tutte le successive disposizioni: il «*principio del risultato*»¹⁵ (art. 1); quello ad esso complementare «*della fiducia*» (art. 2)¹⁶; nonché, il

verno in materia di contratti pubblici”. Sul nuovo Codice, *ex multis*, A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 16 gennaio 2023; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 1, 2023, p. 5; M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, p. 69 ss. Sulla legge delega si v. V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative*, cit., p. 45, specialmente 56-63 e B. G. MATTARELLA, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Gda*, 2022, 5, p. 589.

14 In realtà, anche i precedenti codici dei contratti, di cui al d.lgs. 50/2016 ed al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, contenevano enunciazioni di “principi”, mancava eppure una ricognizione puntuale come quella compiuta con il nuovo Codice (cfr. D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in federalismi.it, 14/2023, p. 48 ss.; nonché, R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 8-9, 2023, p. 1955 ss.). Va segnalato, tuttavia, che il codice del 2006, di recepimento delle direttive n. 17 e 18 del 2004, segna un cambio di rotta radicale nella concezione della concorrenza. Invero, a partire dall'800, e sino a quel punto, la “messa in concorrenza” tra le imprese aveva finalità meramente pubblicistiche: *in primis* quelle finanziarie, ovvero di risparmio, oltre alla necessità di rispettare il principio di legalità. Addirittura, inizialmente, l'inosservanza delle regole concorrenziali non poteva neppure essere fatta valere dai privati. Viceversa, l'evoluzione più recente è nel senso di garantire “*la libera circolazione dei beni e dei servizi e il gioco concorrenziale in ambito europeo. In definitiva, la garanzia del mercato libero*”, assicurando altresì il contenimento dei prezzi, la preservazione della qualità delle prestazioni, oltre che la tutela degli aspiranti, così M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, p. 297 ss.; sul punto, tra gli altri, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2012, 19 ss., nonché 540; M. CLARICH, *Introduzione*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, XXXIV ss. Sulla differenza tra codificazione di una materia e codificazione dei principi si v. A. CIOFFI, voce “*Codificazione*” e *principi generali (dir. amm.)* in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, IV, Torino, Utet giuridica, 2010, p. 37 ss.; sulla tendenza recente ad una codificazione per settori, si v. M. A. SANDULLI, *Introduzione al tema*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè, Milano, 2005 p. 7; nonché, N. IRTI, “*Codici di settore*”: *compimento della “decodificazione”*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codificazione*, cit., p. 18 ss.

15 Nel nuovo Codice dei contratti il principio del risultato costituisce il *prius* da un punto di vista sia topografico, essendo collocato all'art. 1, che assiologico (cfr. art. 4, del d.lgs. 36/2023). Sul principio del risultato, nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici, si rinvia a L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice*, cit., p. 9 ss., il quale sinteticamente evidenzia, con riferimento alla codificazione del principio del risultato, che espressamente il Codice enuclea quale “*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*” (art. 1, co. IV), che: “*Il sistema che deriva dall'art. 1 dello schema di Codice dei contratti in corso di approvazione [...] radica la gerarchia dei principi nell'attuazione della struttura costituzionale, delle sue regole specifiche e negli obiettivi dell'Unione; individua con chiarezza il profilo prioritario dell'interesse pubblico e vi funzionalizza i re-*

«principio dell'accesso al mercato» (art. 3). Di fatti, secondo l'art. 4 del Codice¹⁷, le disposizioni dello stesso «si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3»¹⁸.

Tuttavia, pur non dedicando loro espressamente una disposizione, il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 richiama già al primo articolo anche i principi di legalità, trasparenza e concorrenza. In particolare, quest'ultimo è stato sinora ritenuto centrale in questa materia, ragion per cui obiettivo del presente scritto è

stanti; fissa in modo inequivoco il criterio per le valutazioni discrezionali del soggetto procedente, sicché rende suscettibile di sindacato giurisdizionale la decisione, ripristinando - dopo molte deviazioni - la struttura dello Stato-di-diritto e, quindi, proponendo una versione seria della legalità sostanziale» (p. 12); ma v. anche ID. p. 4 ss. Secondo H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium*, p. 6: «Frammenti o prodromi del principio del risultato potevano già cogliersi, del resto, nel richiamo al “rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale”, all'art 121 c.p.a., come limite alla pronuncia sull'inefficacia del contratto persino nei casi di violazioni più gravi, come limite quindi alla forma più forte di tutela in forma specifica; come anche nella previsione dell'art. 120, che con riferimento alla tutela cautelare richiama, come freno, “un interesse generale all'esecuzione del contratto”». Tra gli istituti previgenti, il soccorso istruttorio è stato considerato orientato ad una “logica di risultato” da E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 3, 2018, p. 623, specialmente da 656. Peraltro, la codificazione del principio del risultato, nel nostro ordinamento, prende le mosse dalla evidente incapacità della disciplina previgente a consentire il raggiungimento di risultati efficienti sia in termini di realizzazione delle opere che di fornitura dei servizi, ovvero di *output* fruibili dalla collettività, come rivelano lo stallo e i ritardi nella ultimazione delle opere pubbliche, la durata eccessiva dei procedimenti di aggiudicazione e la frammentazione tra migliaia di stazioni appaltanti della funzione in parola. Così V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative*, p. 48.

16 Con questo principio, il Codice sembra recepire la concezione di chi sostiene che “un sistema nel quale scorre la fiducia renda gli ordinamenti più efficienti, e soprattutto la vita più semplice a tutti”, così T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021, p. 161. Invero, “il diritto ci chiede di fidarci l'uno dell'altro, e lo fa nel momento in cui stabilisce quali sono i diritti e i doveri reciproci all'interno di una qualsiasi relazione da esso regolata. Certo, esso ci dice anche (e non può non dirci) che quando la fiducia verrà tradita interverranno rimedi pronti a sostenerci. Ma, in prima istanza, esso ci dice di fidarci e ci chiede di avere comportamenti conseguenti, che possano adeguatamente soddisfare le aspettative di coloro con i quali instauriamo le nostre relazioni”, Ivi, IX. Sul principio della fiducia nel nuovo Codice, si v. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 17, 2023, p. 271 ss. Probabilmente con questo principio il legislatore vuole invertire la rotta se è vero che, come rilevava L. TORCHIA (*La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 340 – 341), all'indomani dell'emanazione delle direttive del 2014 e prima dell'emanazione del Codice del 2016, mentre “Nella disciplina europea prevale la fiducia, tanto nei confronti delle amministrazioni, quanto nei confronti delle imprese [...] Nell'ordinamento italiano, al contrario, prevale la sfiducia tanto verso le amministrazioni come verso gli operatori”.

17 Rubricato “Criterio interpretativo e applicativo”.

18 Enfasi aggiunta. Ho tentato di esemplificare la novità costituita, dal punto di vista interpretativo, dal nuovo principio del risultato e da quello della fiducia, con precipuo riferimento alla causa di esclusione relativa alle “violazioni non definitivamente accertate” in materia fiscale e contributiva, in F. DIMICHINA, *Le violazioni in materia fiscale nel nuovo Codice dei contratti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2023, p. 167 ss.

quello di verificare, a partire da un recente contributo della dottrina straniera, il ruolo della concorrenza nell'ambito della normativa europea sui contratti pubblici e, quindi, la concreta valenza di tale «*valore funzionale*»¹⁹ nell'ambito del nuovo Codice dei contratti italiano.

2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici

Mutatis mutandis, si potrebbero probabilmente prendere a prestito, con riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, le considerazioni espresse da un compianto maestro all'indomani dell'emanazione del Codice della giustizia amministrativa, in merito al quale questi aveva modo di rilevare che il «*rinvio a principii e a concetti giuridici indeterminati, che devono servire da orientamento e guida per un effettivo raggiungimento dei fini del "Codice", ha solo un risultato: il rilevante ruolo dell'interprete e, in particolare, il protagonismo del giudice amministrativo (indipendentemente dal problema dei suoi rapporti con l'amministrazione). E ritorna in piena evidenza quello che mi appare essere un tratto peculiare della stagione che stiamo vivendo. Un tratto, un segno, che abbiamo il dovere di rispettare e comprendere, desistendo dal venerare arcaiche reliquie o dall'imbalsamare creature morte; il che significa rispettare e comprendere il diritto nella sua storicità, ordinamento efficace (e, pertanto, salvataggio) di questo nostro difficile e fertile tempo di transizione*»²⁰.

19 Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma, 7 dicembre 2022, p. 13, consultabile all'url www.giustizia-amministrativa.it, che si auto-qualifica come <<un "materiale della legge" (Gesetzmaterial) che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle "linee guida non vincolanti">>, ivi, p. 9.

20 P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 4, 2014, p. 954-955. In questo senso H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia*, cit., 5. Peraltro, secondo una recente sentenza del Consiglio di Stato: "7.1. [...] non può ritenersi esistente un potere del giudice di decidere una controversia a lui sottoposta facendo diretta applicazione di un principio costituzionale (c.d. unmittelbare drittwirkung), anche quando non si sia in presenza di una lacuna (e cioè quando esista una normativa di legge applicabile al caso, a meno che questa normativa non sia formulata attraverso il ricorso ad un principio o a una clausola generale). Il che trova spiegazione nella circostanza per cui, diversamente opinando, il "bilanciamento" (del principio) effettuato dal giudice ("pesando" il principio stesso con altri "principi" che con esso appaiono interferenti) finirebbe inevitabilmente per sovrapporsi a quello contenuto nella disposizione di legge (e operato dal legislatore). Ciò vale anche nel caso in cui il giudice ravvisi nella norma di legge ordinaria un contrasto con un principio costituzionale. [...] I principi certamente operano come ratio interpretativa delle norme di rango inferiore: l'interpretazione costituzionalmente conforme (o adeguatrice) dev'essere sempre preferita, fino a quando non entri in conflitto insuperabile con il testo normativo; quando questo conflitto si verifichi, il giudice

Un'altra nota caratteristica del più recente Codice è costituita dal fatto che, se ancora con riferimento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in dottrina si aveva modo di affermare, non senza autorevoli voci di dissenso²¹, che la concorrenza si poneva quale «*principio guida su cui si basa l'intera disciplina degli appalti pubblici*»²²; oggi, sembrerebbe che il legislatore abbia ritenuto che la concorrenza, nell'ambito di questo settore, non possa più costituire il criterio ispiratore

*ha l'onere (ove ravvisi la persistenza del contrasto) di sollevare la questione di legittimità costituzionale. In altre parole, fintanto che il giudice riesca ad argomentare che il "bilanciamento" di interessi da lui ritenuto "conforme a Costituzione" è realizzabile attraverso una o più regole che la disposizione di legge ordinaria consente di ricavare in via interpretativa, nulla quaestio. Ma se, invece, questo non sia oggettivamente possibile, e dunque la norma ordinaria (secondo il significato che le si può attribuire all'esito del ricorso a tutti i criteri di interpretazione: letterale, storico, logico, teleologico, sistematico) rimanga contrastante con il principio costituzionale (come interpretato dal giudice), il giudice stesso, (che percepisca tale contrasto) non ha altra strada che quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Il rischio, altrimenti ragionando, è quello di trasformare un ordinamento "di diritto scritto", quale formalmente continua ad essere il nostro, in qualcosa di diverso, affiancando, senza che ciò trovi supporto in una modificazione formale del sistema delle fonti, al diritto "scritto" (basato sulla legge) un diritto di fonte "giurisprudenziale" (fondato sull'equità), considerato idoneo a derogare al primo ogni qualvolta le caratteristiche del caso concreto segnalino come "ingiusto" l'esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito" (Cons. Stato, IV sez., 2 ottobre 2023, n. 8610)". In questo senso anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni (diretto da) – P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 3, specialmente p. 190 – 195. In senso diverso, e maggiormente condivisibile, pare orientata la dottrina che ha evidenziato, con precipuo riferimento ai principi di imparzialità e trasparenza, come "alcuni principi generali, di derivazione costituzionale [...] si applicano in via generale, pur se non espressamente richiamati da specifiche disposizioni normative", così V. FANTI, op. cit., p. 431, sulla base di quanto sancito da Cons. di Stato, Ad. Plen., sent. 7 maggio 2013, n. 13. Ciò comporta che "con riferimento a principi contenenti previsioni tra loro antitetiche [...] la soluzione prospettata non è quella della prevalenza, bensì quella del bilanciamento tra i valori [...] che può condurre nella fattispecie concreta alla recessione, totale o parziale, di uno dei due" (ivi, 442-443, con riferimento alla ricostruzione di R. Alexy). Il ragionamento può essere esteso, quindi, ai diritti fondamentali, se si condivide l'impostazione di chi ritiene che "le pronunce delle Corti dimostrano che i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona", in questo senso G. ALPA, voce *Autonomia contrattuale*, in *Enc. Dir., Contratto, I tematici*, I, 2021, p. 28. E tra questi diritti fondamentali, considerato il tema oggetto della trattazione, viene innanzitutto in rilievo l'autonomia privata che è stata definita, al contempo, come "il potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale" ma, altresì, quale "diritto di libertà (quindi un diritto fondamentale della persona), attraverso il quale il soggetto decide la scelta migliore per tutelare i propri interessi nella maniera più efficace", R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, in questa *Rivista*, I, 2017, p. 343. Sul ruolo del principio dell'autonomia contrattuale nel nuovo Codice, si v., tra gli altri, G. CLEMENTE DI SAN LUCA – L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 21, 2023, p. 15 ss.*

²¹ Tra gli altri, M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 74; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, 8 giugno 2023, in www.giustiziainsieme.it.

²² L. GENINATTI SATÈ, *sub art. 4*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, II ed., Milano, 2017, p. 293, il quale richiama sul punto quanto affermato da Cons. di Stato

dell'azione dell'amministrazione²³. Effettivamente, seppur richiamato già nel primo comma dell'art. 1²⁴, assieme ai principi di legalità e trasparenza, il “principio” della concorrenza appare confinato, dal secondo comma dello stesso articolo, ad essere «funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti»²⁵. Detto in altri termini, il legislatore del nuovo Codice sembrerebbe averlo codificato non tanto quale vero e proprio “principio”, bensì quale

A. P. 13 nov 2015, n. 10, con riguardo al d.lgs. 163 del 2006; nello stesso senso, tra gli altri, S. VINTI, *L'eterogeneità dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 12, 2020, p. 257-258. Secondo L. TORCHIA (*La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2016, p.78), anzi, “nel caso dei contratti pubblici la tutela della concorrenza è compito di ogni singola stazione appaltante”. Peraltro, come rileva L. R. PERFETTI (*Introduzione*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2023, p. XI) “nonostante che i criteri di fondo delle diverse discipline fossero tra loro così diversi, la letteratura giuridica e la giurisprudenza hanno finito con il reiterare principi e interpretazioni delle norme formati nella vigenza di un sistema anche in quello successivo”. Resta il fatto che, come da altri osservato, la consacrazione del principio della concorrenza quale principio centrale della materia aveva comportato “Una sorta di stravolgimento dell'originaria impostazione, dalla centralità della tutela dell'interesse della pubblica amministrazione a ottenere i migliori risultati contrattuali, alla centralità dell'interesse del mercato”. Ciononostante, “Questa impostazione ha dato luogo ad una disciplina nel suo insieme piuttosto intesa allo scopo di assicurare la più corretta competizione tra gli operatori economici, con minuziose norme procedurali intese a ridurre al minimo la libertà di scelta delle pubbliche amministrazioni, piuttosto che ad assicurare che vengano aggiudicati i contratti più idonei dal punto di vista degli interessi delle stesse amministrazioni, anche con riferimento alle modalità e ai tempi delle prestazioni previste dai contratti e quindi ai risultati da produrre nell'interesse della collettività”, così V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative e i contratti pubblici*, cit., p. 47.

23 In realtà, com'è stato rilevato: “non è un interesse proprio dell'ente pubblico quello alla tutela della concorrenza, essendo i soggetti portatori di codesto interesse le imprese che operano nel mercato”, così L. R. PERFETTI, *Introduzione*, cit., p. X, nonché ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in AA. VV., *L'amministrazione nell'assetto*, cit., p. 891 ss. Tuttavia, come si evince da alcuni casi affrontati dalla giurisprudenza, non mancano esempi nei quali l'amministrazione impronta o, meglio, giustifica le proprie decisioni principalmente con riferimento al perseguimento della concorrenza, sul punto si v., a titolo di esempio, il caso oggetto della sentenza citata alla nt. 69. Viceversa, per esempio nel campo dei servizi pubblici locali, il principio della concorrenza rimane centrale, come dimostra il richiamo contenuto nell'art. 3, co. 2 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, recante il “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, su cui, *ex multis*, A. MOLITERNI, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2023, specificamente p. 478 - 479.

24 “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”.

25 Il lemma “concorrenza” ricorre 53 volte nel decreto, delle quali in 6 occasioni compare negli allegati. Quanto ai principi, oltre le due ricorrenze nel testo dell'art. 1 (co. I e II), viene poi richiamato all'art. 3 insieme agli altri principi nel rispetto dei quali le stazioni appaltanti devono favorire l'accesso al mercato (Sul punto si rinvia alle osservazioni di B. GILBERTI, sub art. 3, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice*, cit., 24 ss). A titolo di esempio, il vocabolo compare all'art.

valore per così dire «funzionalizzato»²⁶. In questo senso, la relazione allo schema del nuovo Codice espressamente lo definisce come «valore funzionale»²⁷, giacché nel nuovo impianto normativo la concorrenza sarebbe tutelata «non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato»²⁸, che oggi invece costituisce il principio cardine della materia²⁹. A tale riguardo, sembra assolutamente curioso che, senza alcun riferimento al nuovo Codice, proprio nel mentre della sua emanazione, la *Public Procurement Law Review* pub-

25 (“Piattaforme di approvvigionamento digitale”), co. II, II al., per puntualizzare che “Le piattaforme di approvvigionamento digitale non possono alterare la parità di accesso degli operatori, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura di gara degli stessi ovvero distorcere la concorrenza”; all’art. 50 (“Procedure per l’affidamento”), co. V, ove si stabilisce che: “Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all’articolo 14, rientranti nell’ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull’Unione europea a tutela della concorrenza”; all’art. 58 (“Suddivisione in lotti”), co. II, ove si statuisce che: “Nel bando o nell’avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese”; all’art. 59 (“Accordi quadro”), co. I, dove si afferma che: “In ogni caso la stazione appaltante non può ricorrere agli accordi quadro in modo da eludere l’applicazione del codice o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza”; all’art. 70 (“Procedure di scelta e relativi presupposti”), co. VI, ove si afferma: “Nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l’innovazione le stazioni appaltanti, applicando i criteri o le regole obiettive e non discriminatorie indicate nel bando di gara o nell’invito a confermare l’interesse, possono limitare il numero di candidati, che soddisfano i criteri di selezione, da invitare a presentare un’offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo, nel rispetto del principio di concorrenza e del numero minimo di candidati da invitare indicato nel bando di gara o nell’invito a confermare l’interesse”; e così via. Queste disposizioni sembrano confermare la tesi di chi sostiene che la concorrenza nel nuovo Codice costituisca una sorta di mero “limite”, in questo senso M. RENNA, *I principi* in Fantini - Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Principi e regole in cerca di ordine* (d.leg. 31 marzo 2023, n. 36), *Il Foro it., Gli speciali*, 1, 2023, Piacenza, La Tribuna, p. 11.

26 L. R. PERFETTI, *Introduzione*, p. XIV. In questo senso anche R. CARANTA, *I principi*, cit., p. 1955; nonché F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, 19 giugno 2023 e G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, 1 giugno 2023, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it.

27 *Relazione*, cit., p. 13, consultabile all’url www.giustizia-amministrativa.it.

28 Ivi. Che la concorrenza debba garantire il mercato come libero incontro tra domanda e offerta non quale finalità a sé stante, bensì quale mezzo per consentire ai consumatori di beneficiare di un adeguato rapporto tra qualità e prezzo, stimolando di conseguenza l’innovazione tecnologica e lo sviluppo delle capacità professionali delle forze lavoro era stato da tempo evidenziato in dottrina (cfr. R. CAVALLO PERIN – G. M. RACCA, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, p. 325).

29 Com’è stato rilevato da autorevole dottrina, due principi differenzierebbero l’assetto delle organizzazioni pubbliche rispetto all’attività contrattuale delle organizzazioni di diritto comune. Innanzitutto, quello “che possiamo definire della economicità e convenienza” in virtù del quale “il negozio stipulato dalle organizzazioni pubbliche deve configurarsi come conforme agli interessi dell’ente, e come quello idoneo ad assicurare un risultato positivo in termini di costi e benefici”. “Il secondo principio generale [...] è quello che si potrebbe definire della parità di accesso di tutti i possibili interessati alle utilitates

blicasse un articolo enfaticamente intitolato «*The General Principle of Competition is Dead*»³⁰, quasi a richiamare le «*creature morte*» di cui parlava il compianto maestro, sebbene possa apparire sicuramente eccessivo decretare la morte di un bene giuridicamente tutelato³¹ nel diritto europeo³² e che, comunque lo si voglia intendere, è richiamato già dall'art. 1 del nuovo Codice.

conferite dalle organizzazioni pubbliche attraverso rapporti negoziali” che “si traduce negli istituti dell'evidenza pubblica” (V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, Laterza, 2021, p. 149-151, enfasi aggiunta).

30 T. G. HARLEM LOSNEDAHL, *The General Principle of Competition is Dead*, in *Public Procurement Law Review*, 2, 2023, p. 85 ss.

31 Con riferimento alla disciplina costituzionale, concepisce la concorrenza come “bene da tutelare” G. CORSO (*La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2002, p. 985), secondo il quale l'indicazione della “tutela della concorrenza” tra le materie di competenza esclusiva statale, di cui all'art. 117, co. II, lett. e), Cost., comporta che “la concorrenza opererà come limite non solo della competenza legislativa regionale [...] ma anche della potestà legislativa statale: il Parlamento dovrà trattare la concorrenza non come un fatto da regolare (magari in modo restrittivo della sua portata), ma come un valore o un bene o un fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza”. In senso contrario G. ALPA, voce *Autonomia contrattuale*, cit., 33. Sulla distinzione tra tutela della concorrenza e promozione della stessa B. SPAMPINATO, *Contributo allo studio del principio di 'promozione' della concorrenza e la regolazione amministrativa delle attività economiche*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim* e specialmente p. 9.

32 Del resto, a partire dal 1° dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'indicazione della “concorrenza non falsata” non costituisce più obiettivo fondamentale dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE.), sebbene assuma tuttora un ruolo centrale nell'ambito del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). In questo M. LIBERTINI (voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, 193), il quale ricorda che l'espunzione della concorrenza dagli obiettivi del TUE fu richiesta dalla Francia e motivata con la considerazione “per cui la concorrenza non può essere considerata un valore in sé, ma dev'essere tutelata solo se e in quanto costituisca uno strumento utile per ottenere risultati socialmente utili”. Peraltro, il richiamo ai “*principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*” è presente nel par. 1, dell'art. 120 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE). “*Sul mercato interno e sulla concorrenza*” è poi intitolato il Protocollo n. 27, allegato ai Trattati. Ne conclude l'illustre Autore che, quindi, “sono pur rimaste nei trattati disposizioni di principio espresse, che pongono la tutela della concorrenza come principio generale del diritto dell'Unione europea” (ivi). In senso diverso pare porsi altra autorevole Studiosa, la quale evidenzia però che nell'ambito dell'art. 120 citato, “la parola “*principi*” non assume [...] il significato di norma giuridica e designa piuttosto i caratteri dell'economia di mercato. È possibile allora intendere come segue il senso che la parola “*principi*” assume nel contesto dell'art. 120: gli Stati sono tenuti ad adottare politiche economiche che rispettino per l'essenziale (quanto ai “*principi*”) i caratteri dell'economia di mercato”. Ne consegue, dunque, che “*Così interpretato il precetto ha un contenuto indefinito*”, F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 37. Altri, poi, evidenziano come sebbene “l'Unione è ispirata al principio liberistico, per cui le «regole di concorrenza» costituiscono una parte essenziale del mercato. Questo principio, che ha caratterizzato il processo di integrazione europea per un cinquantennio, trova, ora, un temperamento nell'art. 3.3 del trattato sull'Unione europea, introdotto dal trattato di Lisbona, in base al quale lo sviluppo sostenibile dell'Europa ri-

3. La concorrenza nella disciplina europea dei contratti pubblici

L'intento del contributo summenzionato, più che di decretare la morte di un valore fondamentale dell'*acquis communautaire*, come farebbe pensare l'enfatica intitolazione, è quello di ri-qualificarlo, nell'ambito dei contratti pubblici, quale regola, più che come principio vero e proprio³³. A tale risultato interpretativo, l'autore giunge essenzialmente sulla base dell'analisi delle direttive del 2014³⁴, nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia.

Punto di partenza è costituito, innanzitutto, dall'analisi dell'art. 18, par. 1, II co., della Direttiva 2014/24/UE che, nonostante la rubrica intitolata «*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*», si limita, a tal riguardo, a sancire che «*La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere [...l'operatore...] dall'ambito di applicazione 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*

chiede «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», così I. BORRELLO - E. CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea*, in S. Casse (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, VI ed., 2021, 84.

33 Secondo DWORKIN (*op. cit.*, p. 25), «*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision*». D'altro canto però «*Principles have a dimension that rules do not—the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is. [...] If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule*» (ivi, p. 27). Ancora di recente, eppure, si è affermato che il concetto di principio rimane decisamente controverso (così R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 5, specialmente 174), ad ogni modo, mentre «*si può convenire che una regola sia un enunciato condizionale che connette una qualunque conseguenza giuridica ad una classe di fatti: "Se F, allora G" (ibidem)*; si ritiene che «*l'unica peculiarità dei principi, in quanto norme distinte dalle regole, resta la loro posizione nell'ordinamento: il loro carattere fondamentale, la loro capacità di giustificare altre norme (che a loro volta possono essere regole, ma anche principi, per così dire, di rango inferiore*» (ivi, p. 180).

34 Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

economico». Da ciò emergerebbe, dunque, secondo l'autore citato, che a stretto rigore tale disposizione sancisca una regola più che un principio³⁵. Invero, secondo i lavori preparatori, tale secondo comma mira semplicemente a vietare i cd. «bandi-fotocopia» o «su misura»³⁶.

La dottrina straniera, del resto, non è concorde circa l'esistenza o meno di un generale principio di concorrenza nelle direttive in materia di contratti pubblici. Infatti, a fronte di chi reputa che il riferimento alla concorrenza non consista in niente di più che in una mera estrinsecazione del principio di pari trattamento; altri evidenzia come, quand'anche si possa ritenere che non si tratti di un principio vero e proprio, al pari di quelli di eguale trattamento o non discriminazione, ad ogni modo la concorrenza sarebbe lo scopo delle regole in materia di contratti pubblici³⁷.

35 T. G. HARLEM LOSNEDAHL', *op. cit.*, p. 98. A tale riguardo anche M. CLARICH parla di "funzione meramente evocativa" di tale richiamo alla concorrenza (*Considerazioni sui rapporti*, cit., p. 86). Ivi, infatti, la concorrenza più che nei termini di un principio guida, costituisce il precipitato logico dei principi di imparzialità e parità di trattamento (ivi, p. 87). Sull'evoluzione di questa disposizione e dell'omologo art. 36, par. I, della D. 2014/25/UE, nonché dell'art. 3, par. I, della D. 2014/23/UE, solo in parte analogo, si v. A. MASSERA, *Principi procedurali*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato*, cit., I, 334.

36 C. RISVIG HAMER – M. ANDOV, *Sub Art. 18. Public procurement principles*, in Caranta R. & Sanchez - Graells, A. (edited by), *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 197.

37 Il riferimento è alle posizioni rispettivamente di S. ARROWSMITH (a partire da *The Law of Public and Utilities Procurement*, II ed., London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 1 ss., più di recente espresse in ID., *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in C. Barnard, M. Gehring, I. Solanke (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2011-2012, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2012, p. 1 ss.) e di A. SANCHEZ-GRAELLES, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 104 ss. Una posizione di compromesso, ma più vicina a quella della Arrowsmith, è espressa, invece, da P. KUNZLIK, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in C. Barnard – A. Albers-Llorens – M. W. Gehring with R. Schütze (edited by), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012-2013, 15, Oxford and Portland, Hart Publishing, p. 283 ss. Secondo quest'Autore, le direttive sui contratti pubblici (allora in vigore) avrebbero l'obiettivo di perseguire la competizione indipendente, a ogni buon conto in un senso differente da quello sostenuto da Sanchez-Graells. Invero, tale obiettivo non s'identificherebbe tanto con quello di perseguire l'efficienza, bensì di conseguire una "struttura competitiva", al fine di proteggere la struttura del mercato e consentire eguali opportunità di competere agli offerenti, nell'interesse dei clienti, dei partecipanti alle gare, nonché dei consumatori. Ciò implica, nel contesto dei contratti pubblici, che la legge debba limitarsi ad assicurare eguali opportunità di competere in favore dei potenziali offerenti ed una struttura competitiva per i contratti pubblici che garantisca sufficienti opportunità di competizione in tutta l'Unione, al contempo assicurando l'integrità del mercato interno (ivi, 335). Peraltro, secondo A. LUDLOW (*The Public Procurement Rules in Action: An Empirical*

Quanto poi agli articoli 42, par. 2³⁸ e 67, par. 4³⁹, della direttiva richiamata, si è evidenziato che essi, pur facendo entrambi riferimento alla necessità di preservare la concorrenza, sono stati interpretati dalla Corte di giustizia dell'UE (CGUE) come meri riflessi del principio di pari trattamento⁴⁰. Né, d'altro canto, da altre pronunce della CGUE sembrerebbero emergere decisioni imperniate su tale preteso principio, nella materia dei contratti pubblici, al di là

Exploration of Social Impact and Ideology, in A. Albors-Llorens, K. Armstrong, M. Gehring (edited by), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, 2013-2014, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, p. 21) “a dimension that is missing from all three accounts” è costituita dal riferimento alla “empirical experience of the public procurement rules”. Con riferimento alle direttive del 2014, rileva M. CLARICH (*La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 3, 2016, 740), che “La ratio della nuova disciplina è quella della libertà di circolazione e di apertura del mercato europeo [...] la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi del Trattato in materia di concorrenza (art. 101 e s. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea), bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi?”. In senso contrario L. TORCHIA, *op. cit.*, 2, 2015, p. 292. Peraltro, secondo M. P. CHITI (*op. cit.*, p. 312) “una delle maggiori svolte delle ultime direttive” è costituita proprio dal fatto che “la concorrenza diviene uno degli interessi che le amministrazioni aggiudicatrici devono difendere, non l'unico e neanche quello in posizione di primazia rispetto agli altri”. Inoltre, secondo A. MALTONI, *Considerazioni introduttive*, in ID. (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 7), “il principio di concorrenza, pur rimanendo centrale nel nuovo pacchetto di direttive del 2014, può essere variamente declinato dai legislatori nazionali, contemperando il principio di economicità con altri interessi non economici o valori sociali”.

38 “Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non comportano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza” (enfasi aggiunta).

39 “I criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. In caso di dubbio le amministrazioni aggiudicatrici verificano efficacemente l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti” (enfasi aggiunta).

40 T. G. HARLEM LOSNEDAHL', *op. cit.*, 91 ss. Così, per esempio, la sentenza 25 ottobre 2018, *Roche Lietuva*, causa C-413/17, ove si afferma che: “In particolare, all'articolo 42, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 è previsto che le specifiche tecniche devono consentire agli operatori economici una parità di accesso alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, e non possono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. 33 Tale obbligo concretizza, nell'ambito della formulazione delle specifiche tecniche, il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 18, paragrafo 1, primo comma, della suddetta direttiva. In virtù di tale disposizione, le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata” (§32 - 33). Nonché nella sentenza 20 settembre 2018, *Montte SL contro Musikene*, Causa C-546/16, ove si statuisce che: “A sua volta, l'articolo 67, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 enuncia che le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'articolo 67, paragrafo 2, di detta direttiva prevede che l'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri quali gli aspetti qualitativi, come la qualità, che comprende il prezzo tecnico. 31 Si deve aggiungere che, come emerge dal conside-

di alcuni richiami che ad esso vi si trovano⁴¹. Anche secondo la relazione allo schema di Codice poi adottato con d.lgs. 36/2023, del resto, «La CGUE, sempre attenta agli aspetti sostanziali del singolo caso, non ha mai dato seguito ad approcci meramente formalistici, ispirati al solo rispetto della legalità o a una tutela fideistica della concorrenza»⁴². Ne deriva che, già a livello europeo, nella materia dei contratti pubblici la concorrenza sarebbe tutt'al più una modalità procedurale, senza avere quindi la valenza interpretativa di un principio generale. In questo senso, dunque, secondo l'autore citato si tratterebbe di un principio «morto»⁴³.

Effettivamente, che la concorrenza, nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, sia più un valore strumentale che un principio base, emerge già

rando 90 della suddetta direttiva e dal suo l'articolo 67, paragrafo 4, tali criteri devono garantire il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, al fine di garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte e quindi un'effettiva concorrenza» (§ 30 e 31).

41 T. G. HARLEM LOSNEDAHL, *op. cit.*, p. 92-98. Così ad esempio, la prima sentenza della CGUE che richiama espressamente il “principio di concorrenza effettiva”, in quest’ambito, lo fa solo per segnalare che la facoltà, di modifica dei contratti e degli accordi quadro senza una nuova procedura d’appalto, “è limitat[a] all’ipotesi in cui il successore dell’aggiudicatario originale prosegua l’esecuzione di un appalto pubblico che è stato oggetto di una procedura di aggiudicazione iniziale conforme ai requisiti imposti dalla direttiva 2014/24, tra i quali figura il rispetto dei principi di non discriminazione, di parità e di concorrenza effettiva tra gli operatori economici” (§41, enfasi aggiunta). Sembra significativo che nel commentare tale decisione si sia affermato, con lo sguardo rivolto all’emanazione del nuovo Codice, che “Ora in nome del “risultato” e dell’urgenza di fare presto, ora in nome di una maggiore discrezionalità (e fiducia) da riconoscere alle stazioni appaltanti, ora giustificando il nuovo approccio sulla base dell’assunto che comunque “così fan tutti” (si intende: negli altri ordinamenti europei), le voci in favore della concorrenza sono divenute sempre più deboli tra i politici come tra i tecnici. [...] Quando proprio il risultato e la fiducia, che inaugurano ed orientano lo schema del nuovo codice dei contratti, come anche la discrezionalità necessaria al loro raggiungimento, più che giustificare, anche nel discorso pubblico, un lento e progressivo arretramento della concorrenza, potrebbero invece giovare della sua funzione di garanzia e di promozione”, così H. SIMONETTI, *Successione di un nuovo operatore economico nell’esecuzione di un appalto affidato in house*, in *Giur. it.*, 2, 2023, p. 399.

42 *Relazione*, cit., p. 13.

43 G. HARLEM LOSNEDAHL, *loc. ult. cit.* In questo senso, del resto, autorevole dottrina ha evidenziato come “Con il carattere generico e pervasivo del concetto di concorrenza-obiettivo entrato nel nostro orizzonte giuridico contrasta la precisione di significato che la parola concorrenza assume nel diritto europeo. Il diritto europeo conosce regole di concorrenza (quelle degli artt. 101-109 del Trattato), e queste, per la specificità del loro contenuto, non offrono materia dalla quale inferire principi operanti per l’organizzazione economica degli Stati”, così F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”*, cit., p. 48, secondo la quale, peraltro, “Il quadro normativo europeo non esprime [...] un “principio” di concorrenza economica, quale parametro per valutare la legittimità delle misure del diritto nazionale incidenti sui mercati”, citando a sostegno CGUE, sent. 11 marzo 2010, Causa C-384/08, *Atanasio Group srl v. Comune di Carbognano*. Del resto, “all’interno del c.d. principio di concorrenza si suole riunire due diversi tipi di norme: quelle che riguardano i comportamenti vietati perché distorsivi del confronto competitivo tra le imprese, e quelle che riguardano la conformazione dei mercati. I due ordini di norme devono essere tenuti distinti, perché il fondamento costituzionale ed europeo delle prime è indiscusso, mentre non si può dire lo stesso delle norme del secondo tipo”, *ivi*, 26.

dal primo considerando della Direttiva 2014/24/UE⁴⁴, laddove si afferma che «L'aggiudicazione degli appalti pubblici [...] 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, [solo] per gli 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 gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza»⁴⁵.

4. (segue...) e nel nuovo Codice italiano: da principio a valore strumentale?

Nonostante che il d.lgs. 36/2023 sia stato, anch'esso, emanato sulla base delle direttive 23, 24 e 25 del 2014⁴⁶, che non sembrano implicare un principio generale di concorrenza in materia di contratti pubblici, non è mancato chi, proprio sulla base del nuovo Codice italiano, ha sostenuto che in tale impianto

44 Del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. Rileva M. CLARICH (*Considerazioni sui rapporti*, cit., p. 72 - 73), che le direttive del 2014 paiono porre in risalto altri obiettivi più che quello della concorrenza, come si ricava dal considerando n. 2 della Direttiva 2014/24/UE in materia di forniture e servizi, diversamente da quanto emerge dai primi due considerando della Direttiva 2014/25/UE che però riguarda i cd. settori speciali. La base giuridica di tali direttive sarebbe, dunque, individuabile più nei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi. In questo senso del resto Corte Cost., sent. 23 – 28 novembre 2007, n. 401, § 6.7. Tale sentenza ha ricevuto plurimi commenti, tra i quali si v. G. CORSO G. – G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1799 e R. DE NICTOLIS, *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401/2007*, in *federalismi.it*, 23, 5 dicembre 2007.

45 In questo senso M. A. SANDULLI, *Presentazione*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato*, cit., XI; viceversa, vi è chi legge la disposizione citata a testimonianza del fatto che “l'ordinamento europeo, da svariati decenni, ha individuato nella tutela della concorrenza il fine fondamentale della disciplina degli appalti pubblici, elevandola ad obiettivo principale dell'intero sistema”, così S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini*, cit., p. 256, nel testo e nt. 19.

46 Richiamate nel preambolo del decreto. Sulle direttive del 2014, *ex multis*, C. E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*, e L. TORCHIA, *op. cit.* 291 ss. Il fatto che la regolazione della Comunità europea, prima, e poi dell'Unione si sia estesa alla materia dei contratti pubblici è legato alla persistente rilevanza, in termini quantitativi, di tale fenomeno economico, sul punto A. MASSERA, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1561; nonché, tra gli altri, M. Clarich, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. XL.

normativo «*la concorrenza assume, anche essa, la veste di principio, benché ad essa non sia stato riservato un autonomo articolo*». Per di più, secondo tale impostazione, la sua configurazione come principio sarebbe «*innegabile*», in quanto se nell'art. 1, I co., vi è un richiamo espresso; il II co. ne specificherebbe altresì connotati e funzioni. Ciò con la conseguenza che, nel nuovo Codice, la concorrenza avrebbe «*una specifica valenza prescrittiva e non [...] un ruolo meramente evocativo di norme presenti in altri articolati normativi*». Anzi, si assume che il principio della concorrenza, in tale contesto, possiederebbe «*una valenza prescrittiva rinforzata*», in quanto da un lato figura «*con la veste di principio giuridico e, in secondo luogo, perché ai sensi dell'art. 4 costituisce anche esso un criterio interpretativo e applicativo di tutte le altre disposizioni del codice*»⁴⁷. Nondimeno, altra parte della dottrina non ha mancato di osservare che, sebbene non sia revocabile in dubbio che «*la concorrenza venga protetta nei fatti anche predisponendo un confronto competitivo tra gli operatori che aspirano all'aggiudicazione di un appalto*» e che ciò risulti testimoniato proprio dall'art. 1 del Codice, oltre che dall'art. 3 relativo all'accesso al mercato, ad ogni modo, si tratterebbe di nulla più che di un mezzo e non di un fine; giacché, del resto, «*la tutela della concorrenza non è affatto detto che venga meglio realizzata imponendo procedimenti di gara più complessi preferendoli a modelli di confronto competitivo semplificato, né la tutela della concorrenza suggerisce una riduzione della discrezionalità amministrativa e della stessa logica del risultato lì dove l'una e l'altro possono ben trovare attuazione*»⁴⁸. Altri ha invece espresso stupore circa il fatto che il Codice non presenti, quali obiettivi, quello

47 S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, 2 gennaio 2023, in *lamministrativista.it*, consultabile anche all'url <https://spec.unibo.it/spisa/it/risorse-online/relazioni-book-contributi/perongini-sergio-il-principio-del-risultato-e-il-principio-di-concorrenza-nello-schema-definitivo-di-codice-dei-contratti-pubblici-pdf.pdf>, p. 11. Condivide questa impostazione H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia*, cit., 4, secondo il quale, peraltro, «è soprattutto il secondo comma che, a mio avviso, contraddice la lettura sin qui prevalsa. Dove si legge che “La concorrenza tra gli operatori è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti”, parrebbe evidente come si sia voluto ribadire che solo la concorrenza può assicurare il risultato migliore e che senza di essa ci si dovrà accontentare di un risultato minore, per non dire di un risultato qualsiasi (si direbbe, parafrasando il titolo di un'opera famosa, di “un risultato senza qualità”). Se la concorrenza è servente al risultato, come si continua a ripetere, è non meno vero che il risultato, per essere buono, per essere appunto di qualità, ha bisogno a sua volta della concorrenza, e non può farne a meno. La concorrenza è certamente un mezzo ma non è solo un mezzo; è anche, prima di tutto, un metodo, oltre che un limite. In questo modo risultato e concorrenza simul stabunt e simul cadent?”.

48 F. CINTIOLI, 6-7.

della legalità, della trasparenza e della concorrenza; avendo essi il mero ruolo “residuale” di bilanciare il perseguimento del risultato a tutti i costi⁴⁹. Da ciò deriverebbe, ad esempio, che al di sotto delle soglie di rilevanza europea il ricorso all'affidamento diretto diviene obbligatorio, con l'effetto di subordinare la concorrenza alla tempestività. Con la conseguenza, quindi, che la concorrenza non sarebbe più né un fine, né un mezzo, bensì un mero “limite”, essendo il sistema tutto proteso verso il risultato⁵⁰. Questa lettura, però, si pone in contrasto con le affermazioni⁵¹ della relazione di accompagnamento che qualificano espressamente la concorrenza come un «*valore funzionale*», ovvero quale «*mezzo in vista del raggiungimento del risultato*»⁵². Anche se, la considerazione delle disposizioni successive a quelle di principio sembra confermare tale ultima impostazione, giacché vi è un continuo richiamo alla concorrenza quasi a considerarla un mero argine⁵³.

49 M. RENNA, *I principi*, cit., 10.

50 Ivi, p. 11.

51 Pur non vincolanti, cfr. G. TARELLO, *op. cit.*, p. 364.

52 *Relazione*, cit., 13. Un punto di vista di compromesso, rispetto a quelli citati nel testo, è stato sostenuto da chi ha ritenuto che la relazione abbia posto “*in evidenza un nesso forte tra risultato e concorrenza: il primo rappresenta l'obiettivo; la seconda costituisce il metodo. Sicché, secondo questa impostazione rileva il risultato 'virtuoso', ovvero quello realizzato con l'osservanza delle regole della concorrenza. Diversamente, dovrebbe ritenersi che l'obiettivo della Stazione appaltante sia la gara in sé, a prescindere cioè dall'esito concretamente realizzato. Da quanto emerge dalla Relazione, invece, il contesto economico-sociale in cui le Amministrazioni operano esige che sia attivata una leva economica che favorisca – tramite il rispetto delle regole della concorrenza – lo sviluppo di quel contesto (anche) tramite le commesse pubbliche*” così F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione*, in *Dir. econ.*, 1, 2023, p. 55. Secondo G. NAPOLITANO (*Committenza pubblica e principio del risultato*, in www.astrid-online.it, 5), in virtù dell'art. 3 che codifica il principio dell'accesso al mercato, “*riprendono pieno e autonomo vigore i valori della concorrenza e delle libertà di circolazione*”. In tal senso altresì la *Relazione*, cit., p. 16, ove si afferma che il principio dell'accesso al mercato “*risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici*”. Com'è stato evidenziato in dottrina: “*sebbene l'art. 1, c. 2, d.lgs. 36/2023 e la relazione del Consiglio di Stato allo schema del codice configurino la concorrenza come mezzo rispetto al fine, altre previsioni del codice dei contratti pubblici potrebbero porre in dubbio questa natura, per così dire, servente. Si fa riferimento all'art. 3, d.lgs. 36/2023, laddove stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti « favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici »; e si fa altresì riferimento all'art. 10, c. 3, d.lgs. 36/2023, che qualifica come « interesse pubblico » l'esigenza di aprire la procedura di gara « al più ampio numero di potenziali concorrenti »*”, E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, p. 855, nt. 76, che richiama il pensiero di A. De Siano.

53 Cfr. nt. 25.

Per di più, la relazione si preoccupa di ricordare che proprio la Corte Costituzionale, nella decisione n. 131/2020⁵⁴, relativa ai rapporti tra tutela della concorrenza e sussidiarietà orizzontale, ha evidenziato che la prima costituisce uno strumento, più che un fine, che può essere recessivo rispetto ad altri interessi superiori⁵⁵. Per di più, la «*demitizzazione*» della concorrenza come fine da perseguire ad ogni costo⁵⁶ ha costituito il presupposto della successiva sentenza n. 218/2021⁵⁷ con cui è stato dichiarato incostituzionale l'art. 177 del d.lgs. 50/2016 e l'art. 1, co.I, lett. iii) della l. n. 11 del 2016⁵⁸, all'esito della verifica in-

54 Corte Cost. 20 maggio – 26 giugno 2020, con nota di G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 3, p. 1449 ss.; F. CIARLARIELLO, *Un conflitto di competenza sul terreno della sussidiarietà: quale rapporto tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore?*, in www.dirittiregionali.it, 2022, p. 1; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in www.federalismi.it, 2020, p. 32; L. LEO, *Verso la rinascita del volontariato (in nome della solidarietà)*, in www.ambienteditutto.it, 2021, num. 3; E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2020, num. 3, p. 1184.

55 Si legge in particolare nella sentenza citata: “*Del resto, lo stesso diritto dell’Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell’Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscono, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)*” (§ 2.1).

56 *Relazione*, cit., p. 13. Come rileva G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, cit., 1, il primato logico “*della funzione di committenza pubblica a un certo punto si era smarrito nell’ordinamento italiano. L’errore è stato forse inconsapevolmente commesso nel momento in cui si è recepito con il massimo di ambizione riformatrice il corpo normativo sempre più pervasivo e analitico proveniente dal diritto europeo con l’obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato e di tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione*”.

57 Ove si afferma espressamente che “*Se, [...] legittimamente in base a quanto previsto all’art. 41 Cost., il legislatore può intervenire a limitare e conformare la libertà d’impresa in funzione di tutela della concorrenza, nello specifico ponendo rimedio ex post al vulnus conseguente a passati affidamenti diretti avvenuti al di fuori delle regole del mercato, il perseguimento di tale finalità incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti. La libertà d’impresa non può subire infatti, nemmeno in ragione del doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi della concorrenza, interventi che ne determinino un radicale svuotamento, come avverrebbe nel caso di un completo sacrificio della facoltà dell’imprenditore di compiere le scelte organizzative che costituiscono tipico oggetto della stessa attività d’impresa*”.

58 Tale disposizione prevedeva l’obbligo, a carico dei titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice di cui al d.lgs. 50/2016, non assegnate con procedure ad

fruttuosa circa le possibilità di bilanciamento tra libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost., e tutela della concorrenza che, «*in quanto funzionale al libero esplicarsi dell'attività di impresa, trova nella medesima previsione il suo fondamento costituzionale*»⁵⁹.

Effettivamente, com'è stato sottolineato, essendo lo scopo per cui la pubblica amministrazione programma, stipula ed esegue un contratto di appalto quello di provvedere alla sua organizzazione, seppur in funzione del servizio alla persona ed ai suoi diritti, ne consegue che, rispetto a tale fine ultimo, «*i restanti profili di pubblico interesse (trasparenza, imparzialità, legalità, convenienza, efficacia, tutela della concorrenza, etc.), peraltro solo raramente specifici dell'attività negoziale dell'ente pubblico, sono da ritenersi subordinati a questo profilo dominante del pubblico interesse*». Sarebbe questa, del resto, l'ossatura del nuovo Codice laddove è stato codificato il principio del risultato, così esplicitando l'interesse pubblico primario dello stesso quale «*finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività, fornendo [...] un criterio decisivo [...] per la costruzione del sistema*»⁶⁰.

D'altro canto, è stato recentemente ribadito come la tutela della concorrenza si presti ad estrinsecarsi in varie direzioni. Invero, tutelare la concorrenza può significare sia mantenere la struttura pro-concorrenziale del mercato sia assicurare pari condizioni alle imprese; d'altronde, può esprimere anche l'esigenza

evidenza pubblica, ovvero con la formula della finanza di progetto, di affidare *in toto* all'esterno l'attività oggetto di concessione. In particolare mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società *in house*, o comunque controllate o collegate, del restante 20 per cento.

59 § 8.4, della decisione.

60 L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice*, cit., p. 11, nonché sulla base del d.lgs. 50/2016 ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile*, cit., p. 907 – 908. Non è mancato, tuttavia, chi in dottrina ha evidenziato come l'esplicitazione del principio del risultato potrebbe portare ad un «*esplosione del contenzioso*» collegato al dibattuto confine tra merito e discrezionalità, M. RENNA, *op. cit.*, p. 18. Evidenzia la centralità del controllo giudiziale, seppure al fine di garantire la direzione ed evoluzione delle norme europee in materia di concorrenza, P. IBÁÑEZ COLOMO, *Law, Policy, Expertise: Hallmarks of Effective Judicial Review in EU Competition Law*, in E. Leinarte – O. Odudu (eds), *Cambridge Yearbook of European Legale Studies*, 24, 2022, Cambridge, Cambridge University Press, p. 143 ss., il quale peraltro sottolinea come la Corte di Giustizia dell'UE non riconosca alcuna *deference*, in termini di intensità del sindacato, alle pubbliche amministrazioni in tale ambito.

di garantire il benessere dei consumatori, stimolare innovazione e ricerca e assicurare la sopravvivenza a piccole e medie imprese e lavoratori; da un altro punto di vista, poi, la tutela della concorrenza può essere intesa nell'accezione di perseguimento della giustizia sociale, riduzione delle diseguaglianze e delle iniquità⁶¹. Oggi, inoltre, si ritiene che la tutela della concorrenza possa avere anche il significato di perseguimento della sostenibilità⁶².

La connotazione polifunzionale della tutela della concorrenza fa del resto da *pendant* alla molteplice valenza delle disposizioni in materia di contratti pubblici che, se in alcuni casi possono mirare a limitare i costi, in altri hanno il precipuo fine di prevenire la corruzione, ovvero ancora di promuovere i traffici commerciali o assicurare il rispetto dell'ambiente o, in altri ancora, hanno più propriamente finalità sociali e così via. Nondimeno, in concreto quali siano i valori preponderanti, in questa materia, è oggetto di dibattito, in quanto in essi si riflette il valore che l'interprete assegna al diritto⁶³.

61 M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir., I tematici*, 2022, p. 294, la quale richiama sul punto il pensiero dell'Hovenkamp; circa l'ambiguità degli effetti del principio di concorrenza, v. R. CARANTA, *I contratti*, cit., 24. Del resto, già nella sentenza n. 401 del 2007, la Corte Costituzionale, con riferimento al Codice allora vigente, aveva riconosciuto come “*La nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in occasione dell'esame delle censure riferite al Codice degli appalti e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., va definita come concorrenza "per" il mercato e impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali, quali in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Ciò non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese*”.

62 E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in questa Rivista, vol. 10, n. 1, 2022, p. 302. Come evidenziano A. MASSERA e F. MERLONI (*L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 590), nell'ambito della nuova impostazione europea del diritto dei contratti pubblici “*la sostenibilità non appare più una deroga all'economicità ma ne rappresenta piuttosto un elemento, l'orientamento alla concorrenza tradizionalmente proprio del diritto UE non costituendo più una «camicia di forza» one-size-fits-all che non lascia spazio agli Stati membri per operare sul mercato per perseguire peculiari interessi nazionali*”.

63 D. MCKEE, *Paradigms of public procurement law*, in *Public Procurement Law Review*, 2, 2023, p. 67. In questo senso anche F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2-3, 2022, p. 258; nonché, L. R. PERFETTI, *Introduzione*, cit., p. XII – IV, il quale però individua “*l'interesse pubblico specifico della disciplina dei contratti pubblici nell'interesse realizzativo*”, sottolineando come soltanto tale identificazione consenta, quindi, di “*graduare i restanti profili di pubblico interesse*” (ivi, p. XIV).

Inoltre, come riconosce la stessa relazione, la Corte Costituzionale, in materia di servizi sociali erogati da enti del Terzo settore, ha riconosciuto la validità di un modello organizzativo che si basa sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale, in quanto tale alternativo a quello fondato sulla concorrenza⁶⁴. Il fondamento di questo modello organizzativo «alternativo» sarebbe in effetti costituito dall'art. 118, co. IV, Cost. che riconosce il principio di sussidiarietà orizzontale, oltre che dall'art. 2, Cost., che sancisce il più generale dovere di solidarietà sociale; con la conseguenza che la tutela della concorrenza andrebbe bilanciata con altri valori di rilievo costituzionale⁶⁵. Su tali basi, quindi, il Codice ha sancito all'art. 6 la possibilità per le amministrazioni pubbliche di «*apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati*», pur nel rispetto dei principi di pari trattamento, trasparenza e del risultato⁶⁶.

64 Corte Cost., sent. 26 giugno 2020 - 1 luglio 2020, n. 131, (Pres. Cartabia, Red. Antonini), § 2.1, variamente annotata. Si v., tra gli altri, G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 3, p. 1449; F. CIARLARIELLO, *Un conflitto di competenza sul terreno della sussidiarietà: quale rapporto tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore?*, in *www.dirittiregionali.it*, 1, 2022; A. MOLITERNI, S. PELLIZZARI, *La riserva di attività economiche alle comunità di lavoratori o di utenti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2021, num. 1, pag. 243. Sul rapporto tra sussidiarietà e concorrenza si v., da ultimo, G. MULAZZANI, *L'attualità del principio di sussidiarietà da mero principio statico a modello dinamico alla luce della legislazione e della giurisprudenza*, 28, 2023, p. 143 ss.; nonché, ID, *La sussidiarietà orizzontale da principio a criterio per le politiche pubbliche. Da principio a modello efficace per lo sviluppo*, Bari, 2020, in particolare p. 187 ss.

65 *Relazione*, cit., p. 18. La necessità del bilanciamento è avvertita, altresì, nel campo dei diritti fondamentali: «*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*», così Corte Cost., sent. 9 aprile – 15 maggio 2013, n. 85 (Pres. Gallo, Red. Silvestri), § 9. La decisione è stata variamente annotata, *ex multis*, si v. R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *www.rivistaaic.it*, 2013, num. 3; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, num. 3, pag. 1498. L'affermazione è poi confermata dalla successiva sent. 182/2017 (Pres. Grossi, Red. Cartabia).

66 Come evidenziano B. GILIBERTI e L. R. PERFETTI (sub art. 6, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice*, cit., p. 47), pur non essendo ignota alla disciplina sui contratti pubblici l'attenzione al

5. Il principio di rotazione in materia di appalti sotto-soglia quale caso paradigmatico

Un campo di prova, rispetto al ruolo assegnato alla concorrenza dal legislatore del nuovo Codice, si ritiene possa essere costituito dalla conformazione del principio di rotazione, caratteristico degli affidamenti sotto soglia, disciplinato nell'art. 49 del nuovo Codice, ma già richiamato nell'art. 36 del precedente e dettagliatamente disciplinato dalle Linee guida ANAC n. 4⁶⁷. Si tratta, in realtà, di un principio espressione di un *unicum* del sistema italiano e che, secondo la Relazione, costituirebbe diretta attuazione del «*principio di concorrenza*»⁶⁸.

In base al principio di rotazione, che non ha matrice europea⁶⁹, «è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due conse-

cd. terzo settore, tale sensibilità “non è mai assunta a principio, tanto meno organizzativo – vale a dire, con rilievo rispetto alla stessa struttura dell'amministrazione per fini pubblici”. Ciò comporta l'emergere di un “nuovo modello di amministrazione”, non più unica depositaria dell'interesse generale, ivi, p. 51

67 Rispetto alla versione precedente, il nuovo Codice ha incrementato da 1 a 5 mila la soglia entro la quale è ad esso consentito derogare, confinando inoltre la valenza di tale principio nei confronti dell'affidatario uscente, mentre in passato non poteva essere invitato nuovamente neanche l'operatore che, seppur invitato, non era stato scelto come affidatario.

68 Relazione, cit, p. 73. Più che essere preordinato a perseguire la concorrenza, il principio di rotazione pare preordinato a evitare il ricorso a “tecniche di fidelizzazione del fornitore”, cui fa riferimento M. CLARICH (*Considerazioni sui rapporti*, cit., p. 82). In questo senso, contraddittoriamente, la stessa Relazione, nell'evidenziare che tra le novità sul punto vi è l'esclusione dell'applicazione del principio in parola nei confronti dei meri invitati, sembra implicare che il principio in questione comporti la “contrazione del principio concorrenziale” (Relazione, cit., p. 73). Il principio di rotazione non sembra rispondere all'esigenza di un'effettiva implementazione della concorrenza se per essa intendiamo quella di una gara, nella quale “i partecipanti corrono insieme” ma “vince chi taglia per primo il traguardo” (così A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili sostanziali*², Milano, 2018, p. 11-12; in questo senso anche R. CAVALLO PERIN – G. M. RACCA, *La concorrenza nell'evoluzione*, 327; nonché, A. CIOFFI, *Prima lettura*, cit.). È chiaro che il prezzo non è l'unico strumento di cui può avvalersi l'impresa in concorrenza con le altre, eppure il principio di rotazione non ridonda a favore neanche di altri elementi come la qualità del prodotto ovvero la differenziazione (cfr. ivi, A. PAPPALARDO, *op. cit.*, p. 12). Chi è già stato affidatario, anche se offre il bene o servizio di maggior qualità al miglior prezzo, è comunque pretermesso. Il principio di rotazione non sembra rispondere né al concetto di concorrenza nel mercato, né tanto meno a quello di concorrenza per il mercato, su cui *ex multis*, B. SPAMPINATO, *Contributo*, cit., p. 4. In questo senso si potrebbe ritenere codificato in violazione del divieto di “gold plating”, su cui da ultimo M. RENNA, *op. cit.*, 6.

69 In questo senso Tar Calabria, sent. n. 355 del 31 luglio 2023, avente ad oggetto un caso in cui il principio di rotazione era stato applicato per escludere il precedente affidatario da una procedura “ristretta”, sebbene questa fosse caratterizzata dalla pubblicazione di un bando al quale tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, tra cui il gestore uscente, potevano partecipare. Come si evince dai precedenti ivi citati, tra l'altro, non è la prima volta che una stazione appaltante ha compiuto un errore simile.

cutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi». Come accennato, si tratta di un principio confinato alla disciplina dei contratti cd. sotto soglia⁷⁰, cui è espressamente consentito derogare per gli affidamenti diretti di importo inferiore ad € 5.000,00⁷¹, oltre che «In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto»⁷². Orbene, come segnalato, secondo la relazione al nuovo Codice, si tratterebbe di un principio che costituisce attuazione proprio del principio di concorrenza, in quanto avrebbe la finalità di «evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente»⁷³.

A tal riguardo appare, dunque, significativo come il principio della rotazione sia stato ridimensionato dal nuovo Codice, mentre tuttora emergono decisioni che evidenziano come, in questa materia, una fraintesa concezione della concorrenza abbia portato spesso volte le stazioni appaltanti ad applicare le regole del Codice precedente in chiave enfaticamente pro-concorrenziale, finendo per snaturarle⁷⁴.

Anche il Codice di cui al d.lgs. 50/2016 prevedeva, all'art. 36, co. I, che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alle soglie previste dall'art. 35, dovesse avvenire nel rispetto, tra l'altro, proprio del principio di rotazione «degli inviti e degli affidamenti». Le linee guida ANAC n. 4 stabilivano in particolare che «il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvido al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente». Si prevedeva, quindi, una motivazione rafforzata in tal caso per la stazione appaltante, che era tenuta a giu-

⁷⁰ Sancisce invero l'art. 49, co. I, che «Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione».

⁷¹ Art. 49, co. VI.

⁷² Art. 49, co. IV.

⁷³ *Relazione*, cit., 73, ma v. già Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2022 n.7794; 15 dicembre 2020, n. 8030; nonché, sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654 e TAR Lazio, sez. I, 31 marzo 2023 n. 5555.

⁷⁴ Cfr. nt. 69.

stificare «tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale [...] e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento»⁷⁵.

Il Consiglio di Stato, del resto, a più riprese aveva sottolineato la coerenza di tale principio⁷⁶, prevedendo altresì che la mancata applicazione della rotazione rendesse direttamente impugnabile «già [...] il provvedimento di ammissione del gestore uscente» in quanto idoneo a concretare a danno del ricorrente «in via immediata e diretta, la paralisi di quell'ampliamento delle possibilità concrete di aggiudicazione che il principio di rotazione mira ad assicurare»⁷⁷.

Ciò posto, pare assolutamente di rilievo la circostanza che, intanto, la necessità di operare la rotazione appaia confermata dal nuovo Codice, il che, trattandosi di una regola ritenuta⁷⁸ attuazione del principio generale della concorrenza, costituisce un indice del fatto che, in questa materia, tale valore rimanga comunque, nell'intenzione del legislatore, un ideale da perseguire. Detto altrimenti, anche alla luce della conformazione del principio di rotazione, con rife-

⁷⁵ § 3.7.

⁷⁶ Rileva G. FONDERICO (*Contratti sotto soglia*, in Clarich (a cura di), *Commentario*, cit., p. 878) che «La rotazione – per l'appunto in quanto «principio» e non divieto assoluto di nuovo affidamento – andrebbe bilanciata con le normali esigenze di buon andamento dell'attività amministrativa», tuttavia «La soluzione prevalente, per come accolta dalle Linee guida e diffusa in giurisprudenza, è tuttavia maggiormente restrittiva».

⁷⁷ Cons. di Stato, sez. V, sent. 17 gennaio 2019, n. 435, ove si afferma che: «2.1 [...] Negli affidamenti "sotto soglia" il principio, per espressa disposizione di legge, opera quindi già in occasione degli inviti. In tema, questo Consiglio di Stato ha affermato che "Il principio di rotazione - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte - trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento", con la conseguenza che "La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore - amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione" (Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125)».

⁷⁸ Cfr. nt. 68.

rimento al Codice dei contratti italiano non si può parlare che enfaticamente di morte del principio di concorrenza, potendosi tutt'al più ritenere che tale intervento codificatorio abbia cercato, più esattamente, di dare una migliore collocazione a tale valore.

Eppure, una conferma del ridimensionamento⁷⁹ della necessità di perseguire la concorrenza a ogni costo, può risultare proprio dalla rimodulazione, nel nuovo Codice, del principio di rotazione che, come si è accennato, è espressamente ritenuto dalla Relazione estrinsecazione di quello di concorrenza. Invero, il d.lgs. 36/2023 ne ha ridotto l'ambito di operatività, stabilendo intanto che valga solo nei riguardi del precedente aggiudicatario e non anche più nei confronti del precedente invitato non aggiudicatario (cd. mero invitato)⁸⁰. Inoltre, mentre il limite massimo oltre il quale tale principio non si applica rimane tuttora quello delle cd. soglie di rilevanza europea; il limite minimo, al di sotto del quale il principio può essere derogato, è passato da 1.000 a 5.000 euro⁸¹.

Ciò pare costituire, dunque, un indice della nuova collocazione che il valore della concorrenza riveste oggi nella disciplina italiana dei contratti pubblici; nell'ambito della quale, seppur espressamente richiamato già all'art. 1 del nuovo Codice, va ora bilanciato con gli altri principi rilevanti in materia, *in primis* con quello del risultato⁸².

6. Conclusioni

Dal quadro succintamente ricostruito è, dunque, emerso che a livello europeo è tuttora dibattuta l'esistenza di un vero e proprio principio di tutela del-

⁷⁹ Così F. SAITTA, *loc. ult. cit.*

⁸⁰ Aveva prospettato la possibilità di interpretare la regola “*solo in positivo, come estensione degli inviti a operatori non precedentemente invitati, senza che ciò richieda di non invitare il fornitore uscente*”, G. FONDERICO, *Contratti sotto soglia*, cit., p. 879.

⁸¹ Secondo la *Relazione*, cit., 73-74: “*In tal modo tale limite viene allineato a quello previsto dall'art. 1, comma 450 della l. n. 296 del 2006 per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sottosoglia di beni e servizi*”.

⁸² Di “deciso ridimensionamento” parla anche F. SAITTA, *loc. ult. cit.* Interpreta in questo senso il ruolo della concorrenza, nell'impianto delle direttive del 2014, M. P. CHITI, *op. cit.*, p. 312.

la concorrenza, sia a livello di diritto primario in genere⁸³, che a livello di direttive sui contratti pubblici in particolare⁸⁴. Quanto al nostro ordinamento, tuttavia, è innegabile che le prime direttive comunitarie in materia di appalti, emanate negli anni '70 dello scorso secolo, abbiano segnato il tratto ascendente della parabola concorrenziale, nel senso di improntare sempre più la legislazione nazionale al fine di assicurare la costruzione di un mercato degli appalti caratterizzato in senso concorrenziale⁸⁵. Tale impronta ha contraddistinto, poi, l'impostazione del codice del 2006 e, in parte⁸⁶, del codice del 2016.

Sembrirebbe, ciononostante, che il recente Codice del 2023, pur non segnando di per sé un arretramento nella tutela della concorrenza nel mercato degli appalti, che anzi è espressamente richiamata già dall'art. 1, co. II, attesti di fatto l'arrivo ad un punto di flesso⁸⁷. *C'est à dire* ad un momento in cui, essendo emerse anche alcune aporie⁸⁸ di un'impostazione eccessivamente proiettata nel senso di favorire la concorrenza, il legislatore è apparso maggiormente consapevole dell'esigenza di garantire altre finalità rilevanti, tra le quali anzi primeggia la necessità di perseguire, in modo virtuoso⁸⁹, il risultato concreto che la pubblica amministrazione ha necessità di conseguire⁹⁰. Un indice di ciò è costituito, ad esempio, dal ridimensionamento della regola della rotazione, espressamente individuata nella Relazione al Codice come attuativa del valore della concorrenza⁹¹.

83 Cfr. nt. 32.

84 Cfr. nt. 37.

85 M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza*, cit., 297 ss. Sul punto anche E. CARUSO, *op. cit.*, p. 301 ss. e M. P. CHITI, *op. cit.*, p. 313.

86 Cfr. nt. 21.

87 Sul punto si rinvia altresì, quanto al diritto dell'Unione, alle considerazioni di I. Borrello e E. Chiti riportate nella nota n. 32.

88 Si pensi, tra l'altro, a ciò che disponeva l'art. 177 del d.lgs. 50/2016 (cfr. nt. 58), a ragione dichiarato incostituzionale.

89 Così la *Relazione*, cit., p. 13, per esprimere il legame tra concorrenza e risultato.

90 G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2023, p. 286; nonché, L. R. PERFETTI, *Introduzione*, cit., p. XII.

91 Ma sul punto si v. la nt. 68. Un altro esempio può essere costituito dal ridimensionamento della disciplina sulle offerte anormalmente basse di cui all'art. 110 del nuovo Codice relativamente alle quali, come si legge nella Relazione, cit., p. 160, “a seguito di un esame comparatistico e di analisi economica, con riferimento al sopra-soglia – in cui l'accertamento dell'anomalia avviene sempre e comunque in contraddittorio con l'operatore – è emersa l'opzione di rimettere alla discrezionalità della stazione appal-

A non dissimili risultati giunge chi ha individuato nello schema del nuovo Codice, sostanzialmente, tre tipi di norme rispetto alla logica concorrenziale: quelle in cui trova compiuta attuazione, come gli artt. 58⁹², 70⁹³, 71⁹⁴; quelle ad essa antitetiche, in quanto limitative della concorrenza, tra cui si richiamano gli artt. 72⁹⁵, 73⁹⁶, 74⁹⁷ e 76⁹⁸, nonché 94, I co.; infine, altre in cui la tutela della concorrenza è contemperata con altri valori contrapposti, tra le quali si annoverano i casi di esclusione cd. automatica ai sensi dell'art. 94⁹⁹.

D'altronde, l'emersione del principio del risultato accanto, seppure in posizione preminente, rispetto al valore della concorrenza, si può ritenere la conseguenza della «dialettica tra i due fondamentali principi di imparzialità e di buon andamento» che, secondo autorevole dottrina, appare caratterizzata dal fatto che: mentre l'imparzialità impone la considerazione, nelle procedure di evidenza pubblica, dell'interesse di tutte le parti, anche al fine di garantire la concorrenza; il principio del buon andamento richiede, a sua volta, l'implementazione di regole efficienti al fine di realizzare il risultato divisato nelle modalità migliori e nelle tempistiche opportune¹⁰⁰. Ciò senza dimenticare che, laddove si ponga un problema di bilanciamento del principio di concorrenza con altri principi, il primo è caratterizzato in senso procedurale e, quindi, in questo sen-

*tante (alla luce dei risultati di gara, del mercato di riferimento e di ogni altro elemento che possa essere ritenuto utile) l'individuazione delle offerte che prima facie appaiono anomale e che quindi andranno sottoposte a verifica, con un conclusivo epilogo dotato di motivazione adeguata», pur essendo stata correttamente mantenuta l'ipotesi prevista dall'ultimo comma della norma in commento, con riferimento all'esclusione dell'offerente che proponga un'offerta anomala "giustificata" dall'aver ricevuto un aiuto di Stato non giustificabile come compatibile con il mercato interno dell'Unione (v. *Relazione*, cit., 163).*

92 Rubricato "Suddivisione in lotti".

93 Rubricato "Procedure di scelta e relativi presupposti".

94 Rubricato "Procedura aperta".

95 Rubricato "Procedura ristretta".

96 Rubricato "Procedura competitiva con negoziazione".

97 Rubricato "Dialogo competitivo", ove però si richiama esplicitamente, ai co. V e VII l'esigenza di non "falsare la concorrenza".

98 Rubricato "Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando".

99 S. PERONGINI, *op. cit.*, p. 13 ss.

100 V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative*, cit., p. 47, il quale richiama sul punto il pensiero del Merusi (l'enfasi nel virgolettato è di Cerulli Irelli). Sul legame tra principio del risultato e del buon andamento, si v. A. CIOFFI, *Prima lettura*, loc. ult. cit.

so, riguardando più i mezzi utilizzati che le finalità divise, è di fatti «*strumentale rispetto agli scopi che di volta in volta sono perseguiti dai poteri pubblici*»¹⁰¹ che sono costituiti, in questa materia, *in primis* dall'approvvigionamento di beni e servizi necessari al corretto funzionamento delle pubbliche amministrazioni¹⁰².

Un campo di prova del rapporto tra concorrenza e risultato delineato dal Codice sarà costituito, forse, dall'evolversi del sindacato nel giudizio contabile¹⁰³. In questo campo, probabilmente l'affermarsi della logica del risultato¹⁰⁴ porterà definitivamente a superare l'indirizzo giurisprudenziale minoritario che configura un danno *in re ipsa* da violazione della concorrenza¹⁰⁵, giungendo potenzialmente a dischiudere «*scenari inediti, tra cui quello relativo alle potenzialità applicative, proprio nei giudizi di responsabilità per danno alla concorrenza, del principio della compensatio lucri cum damno*»¹⁰⁶.

101 F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2021, p. 3, secondo la quale, peraltro, «*Questo particolare rapporto – che si ricava sul piano logico, anche in assenza di espressi enunciati normativi – è esplicitato dal Trattato dell'Unione europea che, pur impegnando gli Stati a realizzare un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, ammette che le regole che ne derivano non si applichino quando esse ostacolano la realizzazione di scopi di interesse generale (art. 106 TFUE)*».

102 Cfr. L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice*, cit., p. 11; nonché, più in particolare, ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile*, cit., 896 e ID., *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. Maltoni (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile*, cit. 161 ss.

103 Non bisogna dimenticare invero che, com'è stato autorevolmente rilevato, oggi la discrezionalità amministrativa non concerne più appena la «*ponderazione di un interesse essenziale con quelli che hanno carattere secondario*» secondo l'insegnamento del Giannini; bensì «*consiste nel muoversi tra regole, condizionamenti e controllori. Non è più lo spazio libero da leggi, ma lo spazio occupato da tante regole e da molti controllori. Richiede un bilanciamento diverso [...] perché include anche il sistema dei controlli*», così S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 6, p. 725-727.

104 Secondo l'art. 1, co. IV, del Codice, invero «*Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti*».

105 Viceversa, «*La giurisprudenza in materia è pressoché costante nell'affermare che “il danno alla concorrenza”, non può ritenersi sussistente “in re ipsa”, dovendosi provare, da parte dell'attore, che la deviazione dai parametri di una corretta azione amministrativa abbia comportato un effettivo danno patrimoniale all'Ente pubblico [...] “provato attraverso la quantificazione della somma che l'Amministrazione avrebbe potuto risparmiare ove fosse stata regolarmente espletata la prevista procedura di gara”*», così Corte dei Conti. III, Sez. giurisd. cent. App., n. 22 marzo 2019, n. 56, in www.cortedeiconti.it.

106 E. GUARNERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, cit., 859.