

II

(Comunicazioni)

COMUNICAZIONI PROVENIENTI DALLE ISTITUZIONI, DAGLI ORGANI E
DAGLI ORGANISMI DELL'UNIONE EUROPEA

COMMISSIONE EUROPEA

Comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione

(2021/C 91/01)

Indice

	<i>pagina</i>
1. INTRODUZIONE	3
1.1. La questione in esame	3
1.2. Le difficoltà nell'affrontare la questione	4
1.3. Gli sforzi compiuti finora per affrontare il problema della collusione	5
2. STRUMENTI A LIVELLO DI UE PER COMBATTERE LA COLLUSIONE	5
2.1. L'impegno politico ad agire	5
2.2. I principi guida per rispettare tale impegno	6
2.3. Scopo della presente comunicazione	7
3. SOSTEGNO AGLI STATI MEMBRI E ALLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI	7
4. MIGLIORARE LA COOPERAZIONE TRA LE AUTORITÀ CENTRALI NAZIONALI RESPONSABILI DEGLI APPALTI E QUELLE GARANTI DELLA CONCORRENZA	8
5. ORIENTAMENTI PER LE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI RIGUARDANTI LE MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEL MOTIVO DI ESCLUSIONE PER COLLUSIONE A NORMA DELL'ARTICOLO 38, PARAGRAFO 7, LETTERA E), DELLA DIRETTIVA 2014/23/UE, DELL'ARTICOLO 57, PARAGRAFO 4, LETTERA D), DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE E DELL'ARTICOLO 80, PARAGRAFO 1, DELLA DIRETTIVA 2014/25/UE	10
5.1. Disposizioni giuridiche applicabili e relativa attuazione fino ad oggi	10
5.2. Ambito di applicazione del motivo di esclusione per collusione: copertura delle pratiche concordate e interazione con il motivo di esclusione a causa di gravi illeciti professionali	12
5.3. La competenza delle amministrazioni aggiudicatrici nell'applicazione del motivo di esclusione: ampio margine di discrezionalità e limiti al loro potere discrezionale	13
5.4. Nozione di «indicazioni sufficientemente plausibili»: fatti che possono essere considerati indicazioni, che cosa costituisce un'«indicazione» rispetto a una «prova» e come gestire coloro che richiedono un trattamento favorevole	14
5.5. Imprese collegate che partecipano alla stessa procedura di aggiudicazione: il diritto degli operatori sospettati di collusione di dimostrare la propria indipendenza nella presentazione delle offerte	17

5.6. Offerta congiunta e subappalto: una valutazione attenta e bilanciata da parte dell'amministrazione aggiudicatrice	18
5.7. Misure di autodisciplina adottate dagli operatori economici ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva: il diritto degli operatori di dimostrare la loro affidabilità e la necessità per le amministrazioni aggiudicatrici di effettuare una valutazione proporzionata delle argomentazioni addotte	19
5.8. Importanza della trasmissione di informazioni da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e/o della loro richiesta di assistenza all'autorità garante della concorrenza o ad altre autorità centrali interessate	20
5.9. Definizione delle condizioni per l'esclusione di un operatore economico a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva	21
ALLEGATO	23
Strumenti e indicazioni per contrastare efficacemente la collusione negli appalti pubblici	23

1. INTRODUZIONE

1.1. La questione in esame

Gli appalti pubblici sono una delle forme più tangibili di spesa pubblica, in quanto hanno lo scopo di fornire lavori, beni o servizi che sono utilizzati direttamente dai cittadini (come una strada o un aeroporto, i materiali utilizzati in un ospedale e i servizi di trasporto pubblico mediante autobus). Gli appalti pubblici rappresentano una quota sostanziale del PIL degli Stati membri dell'UE ⁽¹⁾ e svolgono un ruolo fondamentale nella crescita economica, nel progresso sociale e nel conseguimento di un obiettivo fondamentale di ogni Stato, ossia fornire servizi di qualità ai propri cittadini. I cittadini hanno il diritto di vedere che il denaro pubblico è speso nel modo più efficiente, trasparente, responsabile ed equo, di poter utilizzare servizi pubblici di qualità e, in ultima analisi, di continuare a riporre la loro fiducia nelle istituzioni pubbliche.

Il termine collusione negli appalti pubblici (per il quale si utilizza spesso anche la locuzione «turbativa d'asta») si riferisce ad accordi illegali tra operatori economici volti a falsare la concorrenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti. Tali accordi di collusione tra operatori economici possono assumere varie forme, come la definizione anticipata del contenuto delle loro offerte (in particolare il prezzo) al fine di influenzare l'esito della procedura, la rinuncia alla presentazione di un'offerta, la ripartizione del mercato su base geografica o sulla base dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'oggetto dell'appalto, o l'istituzione di sistemi di rotazione per una serie di procedure. L'obiettivo di tutte queste pratiche è quello di consentire a un offerente predeterminato di ottenere l'aggiudicazione di un appalto creando nel contempo l'impressione che la procedura sia realmente competitiva.

La collusione compromette sostanzialmente i vantaggi derivanti da un mercato degli appalti equo, trasparente, competitivo e orientato agli investimenti in quanto restringe l'accesso delle imprese a tale mercato e limita la scelta per gli acquirenti pubblici. Nei mercati degli appalti pubblici colpiti dalla collusione gli operatori economici rispettosi della legge sono solitamente scoraggiati dal partecipare alle relative procedure di aggiudicazione o dall'investire in progetti del settore pubblico. Ciò ha un effetto particolarmente negativo per le imprese che cercano o hanno bisogno di sviluppare la propria attività, segnatamente le piccole e medie imprese. Ne deriva un danno anche per le imprese che sono in grado e desiderose di sviluppare soluzioni innovative per soddisfare le esigenze del settore pubblico. Da tempo la collusione è considerata e trattata come uno dei fattori di rischio principali per una spesa pubblica efficiente. Si stima che aumenti fino al 60 % ⁽²⁾ i costi che gli acquirenti pubblici sostengono rispetto a quanto pagherebbero in condizioni di mercato normali. Anche un singolo caso di collusione nell'ambito di una procedura di aggiudicazione del valore di svariati milioni di euro costerà ai contribuenti europei milioni di euro in più, a scapito di una spesa pubblica efficiente e responsabile.

La collusione è un fenomeno ricorrente nei mercati degli appalti pubblici (anche in settori economici fondamentali, come i settori dell'edilizia, delle tecnologie dell'informazione o della sanità). Casi di collusione vengono regolarmente individuati, indagati e perseguiti (amministrativamente e, in molti casi, penalmente) in ogni parte del mondo, compresi gli Stati membri dell'Unione europea ⁽³⁾. In situazioni di emergenza, come la pandemia di COVID-19, l'urgente necessità delle autorità pubbliche di acquistare, in tempi molto brevi, grandi quantità di forniture e servizi per i rispettivi sistemi sanitari può accrescere il rischio di comportamenti collusivi tra alcuni operatori economici, i quali potrebbero tentare di sfruttare l'emergenza e limitare artificialmente la concorrenza per massimizzare i loro guadagni a discapito delle finanze pubbliche. Gli effetti negativi della collusione sulle finanze pubbliche possono rivelarsi ancora maggiori nel periodo successivo a tali emergenze, quando la ripresa economica dipende in larga misura dal miglior utilizzo possibile dei fondi pubblici disponibili e dalla realizzazione di investimenti consistenti in settori economici critici. Pagamenti indebiti di importi eccessivi per lavori, forniture e servizi si traducono in una riduzione dei fondi pubblici disponibili per lo svolgimento delle attività essenziali degli Stati, in disavanzi di bilancio più elevati e in una maggiore necessità per gli Stati di ricorrere al prestito, mettendo in tal modo a repentaglio la loro stabilità finanziaria e minando gli sforzi per la ripresa. Inoltre l'esitazione delle imprese a partecipare a progetti del settore pubblico nei mercati colpiti da collusione compromette gli sforzi volti ad attrarre investimenti privati nelle infrastrutture (ad esempio nel caso di concessioni che richiedono la partecipazione di capitali privati).

Nel diritto dell'Unione europea ⁽⁴⁾ la collusione tra operatori economici è contemplata dall'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che vieta esplicitamente gli accordi e le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno e che

⁽¹⁾ Stimata pari a oltre il 14 % del PIL totale degli Stati membri dell'UE.

⁽²⁾ Ad esempio: <http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/975181468151765134/Curbing-fraud-corruption-and-collusion-in-the-roads-sector>. In un caso di presunta collusione attualmente oggetto di indagine negli Stati Uniti e che coinvolge una serie di grandi aziende farmaceutiche, le imprese coinvolte nel sistema collusivo sono accusate di aver aumentato artificialmente i prezzi di un certo numero di farmaci generici addirittura del 1000 % rispetto al loro normale prezzo di mercato.

⁽³⁾ Sulla base delle informazioni ricevute dagli Stati membri (cfr. la sezione 2.2 della presente comunicazione).

⁽⁴⁾ Si veda l'analisi alla sezione 5.1 della presente comunicazione.

possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. Inoltre, a partire dall'adozione delle più recenti direttive dell'UE in materia di appalti pubblici nel 2014, le indicazioni sufficientemente plausibili di collusione sono esplicitamente diventate motivo facoltativo di esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione ⁽⁵⁾.

1.2. Le difficoltà nell'affrontare la questione

Individuare e affrontare i casi di collusione negli appalti pubblici pone sfide particolari per le autorità nazionali. Gli accordi illegali stretti tra operatori economici a fini collusivi sono, per definizione, segreti e, nella maggior parte dei casi, vengono predisposti e realizzati in modo molto accurato e sofisticato. Vi sono indicazioni del fatto che in molti casi (se non nella maggior parte di essi) la collusione non viene rilevata durante la procedura di aggiudicazione e viene infine (eventualmente) scoperta e perseguita dalle autorità competenti in genere molto tempo dopo la completa esecuzione dell'appalto. I sistemi collusivi di lungo termine possono persino diventare parte integrante delle pratiche commerciali in alcuni settori economici, essendo gli operatori economici spinti o inclini a aderirvi per «assicurarsi» l'accesso al mercato e la loro quota dello stesso.

I mercati degli appalti pubblici presentano caratteristiche specifiche che li rendono più vulnerabili alla collusione rispetto ad altri mercati. Le amministrazioni aggiudicatrici seguono generalmente modalità di acquisto relativamente stabili, con procedure di aggiudicazione spesso ripetute nonché volumi e specifiche standard simili per i prodotti o i servizi, senza apportare modifiche di rilievo rispetto alle procedure precedenti. Tale prevedibilità della domanda facilita la ripartizione illecita del mercato tra gli operatori in quanto garantisce un ritorno «equo» per ciascuno di essi. Inoltre in un determinato settore di mercato può esservi un numero molto ridotto di operatori economici che presentano offerte per gli appalti pubblici, spesso a causa dell'ubicazione remota dell'amministrazione aggiudicatrice o delle dimensioni ridotte del mercato in questione. La scarsità di offerenti può essere ulteriormente aggravata dalle scelte operate o dalle pratiche utilizzate dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, quali la scelta di non ricorrere a procedure aperte o l'introduzione di requisiti di partecipazione rigorosi o eccessivamente specifici, che possono comportare un'ulteriore riduzione del numero delle offerte presentate in una procedura di aggiudicazione. Più basso è il numero di operatori attivi in un mercato degli appalti, più facilmente si verificano casi di collusione. Infine le amministrazioni aggiudicatrici possono anche essere soggette a una serie di obblighi di divulgazione di informazioni sulle procedure di aggiudicazione che vanno al di là di quanto richiesto dalle direttive dell'UE in materia di appalti pubblici (ad esempio la divulgazione di informazioni su chi ha presentato un'offerta e con quale prezzo). Ciò può facilitare lo scambio di informazioni tra soggetti collusi, permettendo così a questi ultimi di controllare che l'accordo illegale venga rispettato da tutti i partecipanti.

La difficoltà intrinseca di affrontare i casi di sospetta collusione è aggravata dalle situazioni concrete che le amministrazioni aggiudicatrici devono spesso affrontare nello svolgimento delle procedure di appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici (soprattutto quelle più piccole) spesso non dispongono di personale adeguatamente formato ed esperto in grado di individuare la collusione in una determinata procedura di aggiudicazione. Generalmente i funzionari responsabili degli appalti pubblici ⁽⁶⁾ sono intenti a garantire che la procedura sia conforme ai requisiti procedurali e giuridici di base in vigore e che sia conclusa entro i termini stabiliti. Anche quando individuano offerte sospette, spesso tali funzionari non sono pienamente consapevoli degli strumenti disponibili per reagire o dei meccanismi di cui possono eventualmente avvalersi per ottenere l'assistenza di esperti delle autorità centrali responsabili degli appalti pubblici o garanti della concorrenza. Inoltre la prospettiva che si verifichino ritardi nella procedura di aggiudicazione, che spesso comportano conseguenze amministrative, di bilancio o persino politiche, può dissuadere i funzionari responsabili degli appalti dall'affrontare efficacemente i casi di sospetta collusione. Le incertezze circa la capacità o persino la volontà di un'autorità aggiudicatrice di affrontare in modo decisivo la collusione possono ulteriormente favorire gli accordi di tipo collusivo tra gli operatori economici.

⁽⁵⁾ Cfr. l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della 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 (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 65) e l'articolo 38, paragrafo 7, lettera e), della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 1). Il motivo di esclusione di cui alla direttiva 2014/24/UE può applicarsi anche alla 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 (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 243), in virtù dell'articolo 80, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE.

⁽⁶⁾ Ai fini della presente comunicazione, con le locuzioni «funzionari responsabili degli appalti pubblici» o «personale addetto agli appalti» si intende il personale delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori che partecipa, in varia misura, alla progettazione, all'avvio e allo svolgimento di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Questa definizione lascia impregiudicata la competenza degli Stati membri per quanto concerne l'organizzazione della loro amministrazione nazionale, i livelli del processo decisionale, il coinvolgimento dei vari servizi nelle procedure di aggiudicazione nel loro complesso ecc. In tal senso, la capacità di individuare e affrontare un caso di sospetta collusione nonché il dovere di garantire l'affidabilità della procedura di aggiudicazione riguardano tutti coloro che sono coinvolti nella procedura, dal funzionario che riceve e apre le offerte fino al dirigente che firma la decisione di aggiudicare l'appalto.

Infine la collusione nel settore degli appalti pubblici è ancora più difficile da affrontare se combinata con la corruzione, ad esempio se gli operatori economici collusi corrompono una persona che esercita un'influenza nella procedura di aggiudicazione per garantire che il loro comportamento illegale non venga scoperto. Sebbene ai fini della presente comunicazione siano considerate problemi distinti nell'ambito degli appalti pubblici, collusione e corruzione possono verificarsi contestualmente e compromettere ancora di più l'affidabilità della procedura di aggiudicazione.

1.3. Gli sforzi compiuti finora per affrontare il problema della collusione

Fino all'adozione delle direttive del 2014 in materia di appalti pubblici, le pratiche collusive nel quadro degli appalti pubblici erano trattate a livello dell'UE principalmente sotto il profilo del diritto della concorrenza. Tali pratiche erano considerate un tipico caso di accordo tra due o più operatori di mercato indipendenti che limita la concorrenza e che è vietato a norma dell'articolo 101 TFUE.

Nel corso degli anni sia la Commissione che le autorità nazionali garanti della concorrenza (responsabili dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE) hanno gestito numerosi casi di collusione nel settore degli appalti pubblici (7). Nella maggior parte degli Stati membri dell'UE, le autorità nazionali garanti della concorrenza hanno pubblicato orientamenti specifici sulla lotta alla collusione. Anche nell'ambito della Rete internazionale della concorrenza (8), alla quale partecipa la Commissione, sono stati elaborati orientamenti sulle sinergie tra le autorità responsabili degli appalti pubblici e le autorità garanti della concorrenza. Queste ultime da tempo sensibilizzano le amministrazioni aggiudicatrici su come adottare misure preventive nella fase di pianificazione delle procedure di appalto pubblico e formano i funzionari responsabili degli appalti pubblici in materia di lotta alla collusione. Negli ultimi anni i metodi di analisi dei dati provenienti dai sistemi di appalti elettronici stanno diventando un ulteriore strumento prezioso per individuare la collusione.

Nel novembre 2017 l'OLAF ha pubblicato un manuale dal titolo *Fraud in Public Procurement — A collection of Red Flags and Best Practices* (9), realizzato sulla base del contributo fornito degli esperti degli Stati membri in seno al comitato consultivo per il coordinamento nel settore della lotta contro le frodi (COCOLAF). Il manuale contiene una sezione dedicata alla collusione che fornisce un elenco molto esaustivo e dettagliato di indicatori di rischio e suggerimenti per individuare la collusione nella fase antecedente al bando di gara e nella fase di gara.

Anche altri organismi, segnatamente l'OCSE (10) e la Banca mondiale (11) hanno svolto un lavoro importante sul problema della collusione negli appalti pubblici.

2. STRUMENTI A LIVELLO DI UE PER COMBATTERE LA COLLUSIONE

2.1. L'impegno politico ad agire

Come indicato in precedenza, alle autorità europee e nazionali garanti della concorrenza sono stati conferiti poteri di indagine ed esecuzione per punire le pratiche collusive e dissuadere gli operatori economici dal mettere in atto comportamenti collusivi in futuro. Tuttavia l'applicazione della normativa e delle sanzioni in materia di concorrenza avviene quasi sempre dopo il verificarsi del danno, ossia dopo l'aggiudicazione e, nella maggior parte dei casi, dopo la completa esecuzione dell'appalto. Sebbene l'individuazione delle pratiche collusive in questa fase successiva serva a

(7) Per i casi oggetto di indagine da parte della Commissione, si vedano ad esempio il caso SPO (nel quale erano coinvolte imprese edili nei Paesi Bassi) del 1992 (casi n. IV/31.572 e 32.571), il caso Intesa tubi preisolati del 1999 (caso n. IV/35.691/E-4), il caso Ascensori e scale mobili del 2007 (caso COMP/E-1/38.823), il caso Cavi elettrici del 2014 (caso AT.39610), nonché i casi menzionati nella relazione della direzione generale Concorrenza della Commissione sull'applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico, adottata il 28 gennaio 2019 (consultabile all'indirizzo https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_it.pdf).

(8) Si veda in particolare il capitolo sulle relazioni tra le autorità garanti della concorrenza e gli organismi competenti in materia di appalti pubblici («Relationships between Competition Agencies and Public Procurement Bodies») del manuale intitolato *Anti-cartel enforcement manual* realizzato dalla Rete internazionale della concorrenza (ICN).

(9) Il tema della collusione è stato affrontato anche in uno studio commissionato dall'OLAF dal titolo *Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU*, pubblicato nel giugno 2013 (consultabile all'indirizzo https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf).

(10) Il 17 luglio 2012 il Consiglio dell'OCSE ha adottato una raccomandazione sulla lotta contro la turbativa d'asta negli appalti pubblici (<https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>). La raccomandazione invita i governi ad adoperarsi per sviluppare procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici che promuovano la concorrenza e riducano il rischio di turbativa d'asta. Nel 2009 la divisione per la concorrenza dell'OCSE aveva già elaborato linee guida e liste di controllo molto dettagliate per combattere le turbative d'asta negli appalti pubblici. La raccomandazione dell'OCSE è servita da base per i testi di orientamento pubblicati da diverse autorità nazionali che affrontano la questione della collusione.

(11) Nel 2013 la Banca mondiale ha pubblicato il manuale *Fraud and Corruption Awareness Handbook for civil servants involved in public procurement*, che comprende una sezione dedicata alla collusione. Nel 2011 la Banca mondiale ha inoltre pubblicato orientamenti specifici sulla lotta alla collusione nel settore dell'edilizia, da essa individuato come il settore più vulnerabile alla collusione, insieme al settore delle forniture mediche.

sanzionare i comportamenti collusivi e a dissuadere dal mettere in atto pratiche analoghe in futuro, ciò non giova in modo concreto alle procedure di gara su cui tali pratiche incidono in modo effettivo e può comportare l'aggiudicazione dell'appalto a un operatore colluso, a scapito dell'interesse pubblico. Sebbene le autorità europee e nazionali garanti della concorrenza svolgano un ruolo fondamentale nella lotta alla collusione, è della massima importanza affrontare la questione della collusione anche nella fase più importante, ossia prima dell'aggiudicazione dell'appalto. A tal fine è necessario affrontare il problema anche dal punto di vista degli appalti pubblici, il che significa dotare i funzionari responsabili degli appalti, che gestiscono le procedure di aggiudicazione, della capacità di prevenire e individuare in modo efficace i comportamenti collusivi e reagire altrettanto efficacemente a tali comportamenti durante la procedura. Ciò implica l'utilizzo degli strumenti previsti dalle direttive in materia di appalti pubblici, in particolare la possibilità di escludere da una procedura un offerente se esistono indicazioni sufficientemente plausibili di un suo comportamento collusivo finalizzato a limitare di fatto la concorrenza ⁽¹²⁾.

Nella comunicazione «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa» [COM(2017)572] ⁽¹³⁾ del 2017, la Commissione ha individuato sei priorità strategiche in cui un'azione chiara e concreta può trasformare gli appalti pubblici in un potente strumento a disposizione della politica economica di ciascuno Stato membro, con vantaggi notevoli per gli esiti degli appalti. Nell'ambito della priorità strategica «Aumentare la trasparenza, l'integrità e la qualità dei dati» la Commissione ha dichiarato l'intenzione di

«[...] sviluppare strumenti e iniziative per affrontare il problema e sensibilizzare a riguardo, al fine di ridurre al minimo i rischi di comportamenti collusivi sui mercati degli appalti. Tali strumenti e iniziative comprenderanno azioni volte a migliorare la conoscenza del mercato delle autorità aggiudicatrici, a sostenere le autorità aggiudicatrici nell'attenta pianificazione e definizione delle procedure di appalto e a migliorare la cooperazione e la condivisione delle informazioni tra le autorità garanti della concorrenza e le autorità responsabili degli appalti pubblici. La Commissione preparerà anche delle linee guida sull'applicazione delle nuove direttive dell'UE sugli appalti in materia di motivi di esclusione per collusione».

In aggiunta a queste azioni specifiche, nella comunicazione del 2017 figura anche la priorità strategica «Migliorare l'accesso ai mercati degli appalti». A tale scopo

«[...] la Commissione incoraggia i paesi terzi ad aderire all'accordo dell'OMC sugli appalti pubblici e si adopera per concludere ambiziosi capitoli sugli appalti pubblici negli accordi di libero scambio».

L'apertura dei mercati internazionali degli appalti e l'ingresso di nuovi operatori economici nelle procedure di aggiudicazione, soprattutto nei paesi con un mercato degli appalti più ristretto e in settori in cui l'offerta è limitata, sono generalmente riconosciuti come uno strumento fondamentale per aumentare la concorrenza, evitare la concentrazione del mercato o gli oligopoli e, di conseguenza, scoraggiare comportamenti collusivi.

Il 10 marzo 2020 la Commissione ha confermato il proprio impegno specifico a fornire orientamenti in materia di lotta contro la collusione negli appalti pubblici nella sua comunicazione «Piano d'azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico» [COM(2020)94 final] ⁽¹⁴⁾.

2.2. I principi guida per rispettare tale impegno

Tenendo fede all'impegno politico di affrontare il problema della collusione, la Commissione si sta adoperando per produrre strumenti dedicati principalmente al personale addetto alle procedure di appalto negli Stati membri. L'obiettivo è garantire che il personale disponga di strumenti, formazione e sostegno adeguati per contrastare efficacemente la collusione nelle procedure di aggiudicazione.

La Commissione non intende duplicare il lavoro svolto finora, bensì affrontare gli aspetti del quadro normativo o amministrativo riguardo ai quali il mercato ha avanzato una richiesta chiara e sempre maggiore di orientamenti e di azioni concrete.

La Commissione si ispira alle esperienze e alle buone pratiche già presenti negli Stati membri dell'UE. Ventuno Stati membri hanno fornito risposte molto valide a una serie di dieci domande che la Commissione ha presentato nel febbraio 2019, offrendo in tal modo un contributo pratico per affrontare il problema. La Commissione cercherà di coinvolgere costantemente gli esperti nazionali in materia di appalti e concorrenza nello sviluppo degli strumenti annunciati, al fine di garantire che qualsiasi azione intrapresa apporti un reale valore aggiunto alla lotta contro la collusione e si concentri sulle reali esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici.

⁽¹²⁾ Si veda l'analisi alla sezione 5.1 della presente comunicazione.

⁽¹³⁾ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>

⁽¹⁴⁾ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0094&qid=1612700055938&from=EN>

2.3. Scopo della presente comunicazione

La presente comunicazione illustra in dettaglio gli strumenti annunciati nella comunicazione del 2017 sopra indicata, strumenti che la Commissione intende mobilitare per aiutare efficacemente gli Stati membri e le loro amministrazioni aggiudicatrici a contrastare il problema della collusione negli appalti pubblici. Tali strumenti mirano a:

- **aiutare gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici a sviluppare le capacità per affrontare il problema**, in particolare mediante l'integrazione di metodi per scoraggiare, rilevare e affrontare la collusione nelle iniziative di professionalizzazione che la Commissione sta realizzando nel settore degli appalti pubblici. Tali metodi comprendono il miglioramento della conoscenza del mercato, l'adeguamento delle procedure per incoraggiare la massima partecipazione degli operatori economici e limitare il rischio di collusione, e la sensibilizzazione (cfr. la sezione 3);
- **promuovere la cooperazione tra le autorità centrali nazionali responsabili degli appalti pubblici⁽¹⁵⁾ e quelle garanti della concorrenza** al fine di assicurare un sostegno efficace e continuo alle amministrazioni aggiudicatrici (cfr. la sezione 4).

La presente comunicazione contiene inoltre i già annunciati **orientamenti per le amministrazioni aggiudicatrici riguardanti le modalità di applicazione del motivo di esclusione per collusione** previsto dalle direttive in materia di appalti pubblici. Si tratta di orientamenti concisi, semplici da utilizzare e di facile lettura. Gli orientamenti si trovano nella sezione 5 e sono corredati di un allegato che definisce una serie di strumenti per scoraggiare, individuare e affrontare con maggiore efficacia i casi di sospetta collusione.

3. SOSTEGNO AGLI STATI MEMBRI E ALLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI

Affrontare il problema della collusione prima della conclusione della procedura di aggiudicazione richiede uno sforzo congiunto da parte degli Stati membri e delle amministrazioni aggiudicatrici al fine di sviluppare le capacità amministrative necessarie per garantire il corretto svolgimento della procedura di aggiudicazione. Le misure che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero prendere in considerazione per sviluppare tali capacità comprendono:

- **rendere disponibili risorse** (in particolare risorse umane) con la capacità di garantire lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione, inclusa la capacità di affrontare in modo appropriato e tempestivo i casi di sospetta collusione;
- **sfruttare gli incentivi amministrativi disponibili per premiare il personale** che si occupa dello svolgimento delle procedure di aggiudicazione e che rileva, affronta e denuncia attivamente i possibili casi di collusione;
- **organizzare eventi di formazione e sensibilizzazione per il personale addetto agli appalti**. La formazione del personale mirerebbe principalmente a richiamare l'attenzione sugli effetti negativi della collusione sulle procedure di aggiudicazione, a promuovere in tutta l'amministrazione una cultura del servizio che sottolinei la necessità di affrontare attivamente la corruzione, nonché a dotare il personale addetto agli appalti di competenze pratiche che consentano di affrontare il problema nella pratica. I corsi di formazione potrebbero comprendere modalità per migliorare le conoscenze del mercato, per definire e svolgere le procedure di aggiudicazione in modo da limitare il rischio di collusione e incoraggiare la partecipazione degli operatori, nonché per utilizzare tutti gli strumenti e i metodi disponibili per individuare la collusione durante la procedura di aggiudicazione. È inoltre opportuno fornire ai funzionari responsabili degli appalti corsi di formazione riguardo ai principi di base del diritto della concorrenza in relazione ai cartelli.

Gli Stati membri dell'UE sono consapevoli dell'importanza di professionalizzare il personale addetto agli appalti pubblici a tale riguardo. La maggior parte di essi ha pubblicato orientamenti o altre informazioni sulla prevenzione e l'individuazione della collusione. Alcuni Stati membri hanno inoltre sviluppato (o stanno sviluppando) strumenti pratici per esaminare le informazioni disponibili al fine di riconoscere le offerte sospette in modo più efficace. La maggior parte degli Stati membri sta organizzando campagne di sensibilizzazione e sessioni di formazione sulla lotta alla collusione rivolte alle amministrazioni aggiudicatrici e ai funzionari responsabili degli appalti.

Al fine di richiamare l'attenzione su tale questione e sostenere le azioni intraprese dagli Stati membri, la Commissione sta lavorando a diverse modalità per integrare la lotta alla collusione nelle iniziative di professionalizzazione che sta realizzando nel settore degli appalti pubblici (in linea con la raccomandazione sulla professionalizzazione del 2017). Ciò comprende:

- l'inserimento delle competenze professionali per prevenire e rilevare la collusione nel quadro europeo delle competenze per i professionisti degli appalti pubblici (ProcurCompEU)⁽¹⁶⁾;

⁽¹⁵⁾ Ai fini della presente comunicazione, per «autorità centrali responsabili degli appalti pubblici» si intendono le autorità, i servizi o le istituzioni a cui sono stati affidati i compiti di definizione, attuazione, monitoraggio e/o sostegno del funzionamento del quadro giuridico in materia di appalti pubblici a livello nazionale. Questa definizione lascia impregiudicata la competenza degli Stati membri per quanto concerne l'organizzazione della loro amministrazione nazionale.

⁽¹⁶⁾ https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_it

- la condivisione con tutti gli Stati membri delle buone pratiche e degli strumenti messi a punto a livello nazionale attraverso i gruppi di esperti della Commissione o gli strumenti di comunicazione digitali disponibili;
- la promozione del coinvolgimento delle autorità nazionali garanti della concorrenza (in particolare dei funzionari che hanno trattato casi di collusione nella pratica) in eventi di sensibilizzazione e nella formazione dei funzionari responsabili degli appalti, tenuto conto delle competenze facilmente accessibili acquisite dalle autorità nazionali garanti della concorrenza in questa materia (cfr. anche la sezione 4);
- la promozione di azioni mirate a sostegno delle amministrazioni aggiudicatrici più piccole negli Stati membri. Ciò potrebbe comprendere modalità per consentire alle autorità centrali nazionali responsabili degli appalti di fornire un sostegno completo alle amministrazioni aggiudicatrici più piccole nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione o per elaborare moduli di formazione specifici adatti alle loro esigenze concrete;
- la condivisione di buone pratiche per incoraggiare i funzionari responsabili degli appalti a perseguire attivamente i casi di sospetta collusione;
- la collaborazione con altre organizzazioni internazionali (quali l'OCSE, l'OMC, la Banca mondiale e la BERS) per promuovere un bagaglio comune di conoscenze ed esperienze a livello internazionale nella lotta alla collusione, comprese le conoscenze e le esperienze in materia di apertura dei mercati globali e di definizione e svolgimento delle procedure in un modo favorevole alla concorrenza, stimolando la massima partecipazione degli operatori economici.

In linea con la comunicazione del 2017 sopra indicata, una particolare attenzione è riservata ai settori economici considerati sensibili in quanto vulnerabili alla collusione (ad esempio a motivo di una concentrazione di offerta o di domanda, come nel caso di piccoli appalti pubblici realizzati a livello decentrato o locale) oppure importanti a causa delle loro dimensioni economiche o del ruolo che svolgono nella società (come i settori dell'edilizia, dell'assistenza sanitaria e delle tecnologie dell'informazione).

4. MIGLIORARE LA COOPERAZIONE TRA LE AUTORITÀ CENTRALI NAZIONALI RESPONSABILI DEGLI APPALTI E QUELLE GARANTI DELLA CONCORRENZA

Per contrastare efficacemente la collusione negli appalti pubblici è necessario che le amministrazioni aggiudicatrici adottino un approccio globale, avvalendosi delle conoscenze e delle competenze in materia sia di appalti che di concorrenza. L'istituzione di un quadro globale, stabile ed efficace per sostenere le amministrazioni aggiudicatrici in questo compito richiede una cooperazione piena tra le autorità centrali nazionali responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza.

In alcuni Stati membri le suddette autorità hanno stabilito (o stanno stabilendo) le condizioni per una più stretta cooperazione nella lotta alla collusione nell'ambito di un accordo ad hoc. Tali accordi promuovono nella pratica lo scambio di informazioni, esperienze e buone pratiche per combattere i comportamenti anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici. In alcuni Stati membri, come la Svezia e la Germania, l'autorità garante della concorrenza svolge anche un ruolo di supervisione dell'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici.

Al di là della forma che può assumere questo tipo di cooperazione, la Commissione incoraggia fortemente l'iniziativa delle autorità centrali responsabili degli appalti e di quelle garanti della concorrenza negli Stati membri di unire le forze per combattere la collusione nel settore degli appalti pubblici. In tal modo gli Stati membri e le loro autorità centrali potrebbero elaborare e attuare azioni più efficaci a sostegno delle amministrazioni aggiudicatrici, quali:

- istituire un servizio sicuro (sotto forma di punto di contatto o di assistenza telefonica) che fornisca sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici;
- promuovere l'utilizzo degli strumenti disponibili a livello di UE o nazionale che consentono alle persone o alle imprese di manifestarsi e denunciare i casi di collusione e le incoraggiano a farlo, soprattutto sistemi di segnalazione delle irregolarità o programmi di trattamento favorevole ⁽¹⁷⁾;
- elaborare disposizioni pratiche suddivise in fasi che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere l'assistenza degli esperti delle autorità centrali responsabili degli appalti e di quelle garanti della concorrenza;
- facilitare l'accesso delle autorità alle informazioni di cui hanno bisogno per svolgere le loro funzioni nella gestione di casi di sospetta collusione. Nell'ambito dei rispettivi quadri giuridici e nel rispetto delle prescrizioni nazionali e dell'UE ⁽¹⁸⁾ in materia di protezione dei dati, gli Stati membri potrebbero considerare le seguenti azioni:
- permettere alle loro autorità garanti della concorrenza di accedere alle banche dati elettroniche sugli appalti (quali i registri nazionali degli appalti disponibili) e alle offerte nei casi oggetto di indagine,

⁽¹⁷⁾ Si veda un esempio di uno strumento di questo tipo attuato dalla Commissione europea: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>.

⁽¹⁸⁾ In particolare il regolamento generale sulla protezione dei dati (regolamento (UE) 2016/679).

- consentire lo scambio delle informazioni disponibili tra le autorità responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza, in modo che tali autorità possano valutare se vi siano modelli di collusione tra operatori economici,
- introdurre l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di informare le rispettive autorità centrali responsabili degli appalti e le autorità garanti della concorrenza dei casi in cui hanno escluso un operatore economico per presunta collusione (cfr. anche la sezione 5.8). Ciò consentirebbe alle autorità centrali di seguire e monitorare l'uso a livello nazionale del motivo di esclusione previsto dalle direttive e di dare il necessario seguito a tali casi (ad esempio quando indagano sui casi nel quadro delle norme sulla concorrenza o valutano la possibilità di escludere l'operatore dalle procedure per un certo periodo di tempo);
- creare una banca dati nazionale per i casi di esclusione degli operatori economici per motivi di collusione, nel rispetto del diritto nazionale e delle prescrizioni nazionali e dell'UE ⁽¹⁹⁾ in materia di protezione dei dati. Tale banca dati fornirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni facilmente accessibili riguardo agli operatori economici coinvolti in casi di collusione in passato, facilitando il compito di valutarne l'integrità e l'affidabilità. Aiuterebbe inoltre le autorità nazionali centrali a monitorare, da un lato, il modo in cui diverse amministrazioni aggiudicatrici trattano casi analoghi e, dall'altro, l'effettiva attuazione delle decisioni di escludere gli operatori economici dalle procedure di aggiudicazione;
- introdurre nel quadro nazionale sugli appalti pubblici strumenti opzionali a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici per dissuadere efficacemente gli operatori economici dal mettere in atto pratiche collusive. Tali strumenti potrebbero comprendere:
- l'obbligo per qualunque offerente di presentare unitamente all'offerta una dichiarazione separata di determinazione indipendente dell'offerta ⁽²⁰⁾ e
- l'introduzione nel contratto di clausole esplicite che prevedano il diritto dell'amministrazione aggiudicatrice di risolvere il contratto o di chiedere il risarcimento dei danni nel caso in cui si accerti che il contraente ha messo in atto pratiche collusive;
- la collaborazione nell'analisi dei dati sugli appalti al fine di individuare più facilmente indizi di collusione nelle procedure di aggiudicazione. A tal fine, gli Stati membri sono incoraggiati a mettere a punto a livello nazionale metodi semplici e di facile applicazione per raccogliere e analizzare grandi volumi di dati disponibili nelle banche dati elettroniche sugli appalti (eventualmente utilizzando algoritmi, algoritmi di intelligenza artificiale o l'apprendimento automatico);
- l'organizzazione congiunta di sessioni di formazione sulle procedure di appalto e sulla concorrenza rivolte al personale responsabile degli appalti e della concorrenza, in modo che ogni categoria professionale acquisisca familiarità con il quadro di lavoro e le pratiche dell'altra;
- l'istituzione di un sistema per il riesame congiunto e periodo di procedure di aggiudicazione selezionate al fine di individuare casi di collusione e monitorare gli appalti in settori sensibili;
- l'organizzazione di campagne di sensibilizzazione rivolte alla comunità imprenditoriale attiva nel settore degli appalti pubblici, richiamando l'attenzione sui requisiti giuridici in vigore per la partecipazione alle procedure di appalto pubblico, sulle potenziali conseguenze di comportamenti collusivi nonché sui vantaggi di una concorrenza leale nel mercato degli appalti pubblici sia per gli acquirenti pubblici che per le imprese.

La Commissione prenderà in esame modalità per sostenere gli sforzi compiuti dagli Stati membri al fine di creare le necessarie sinergie a livello nazionale tra le autorità centrali responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza (in particolare meccanismi efficaci e pratici di cooperazione permanente, scambio di informazioni e assistenza), quali:

- la possibilità di sfruttare le discussioni in seno ai gruppi di esperti della Commissione per condividere buone pratiche riguardanti i meccanismi nazionali di sostegno ai funzionari responsabili degli appalti e le modalità nazionali di cooperazione tra le autorità centrali responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza. Idealmente saranno previste anche presentazioni da parte degli Stati membri che hanno adottato tali pratiche. A tal fine gli orientamenti elaborati dalla Rete internazionale della concorrenza (cfr. la sezione 1.3) potrebbero costituire una fonte di ispirazione;

⁽¹⁹⁾ Cfr. la nota 18.

⁽²⁰⁾ All'atto della presentazione del documento di gara unico europeo (DGUE) gli operatori economici sono già tenuti a dichiarare se hanno aderito ad accordi collusivi. In futuro la Commissione potrà prendere in considerazione la possibilità di integrare tale disposizione richiedendo una dichiarazione attestante che l'offerente ha elaborato la sua offerta in modo indipendente. L'OCSE ha elaborato un esempio di questo tipo di dichiarazione: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/certificate-independent-bid-determination.pdf>.

- l'organizzazione di una prima riunione congiunta o di un seminario congiunto che riunisca le comunità dei professionisti degli appalti pubblici e degli esperti in materia di concorrenza. La Commissione potrebbe inoltre valutare la possibilità di istituire, se lo si ritiene utile, un forum a livello di UE per incoraggiare la cooperazione transfrontaliera e la condivisione di informazioni, esperienze e conoscenze in questo settore. Il forum potrebbe servire per discutere e condividere esperienze su questioni quali le pratiche condivise a livello di UE per quanto concerne la raccolta dei dati e l'analisi degli indicatori di collusione nell'Unione, il funzionamento della possibilità di adottare misure di autodisciplina (*self-cleaning*) prevista dal diritto dell'UE (cfr. la sezione 5.7) o il funzionamento della direttiva 2014/104/UE⁽²¹⁾ per quanto concerne i danni provocati dalle pratiche collusive.

La Commissione prenderà inoltre in considerazione modalità per promuovere la cooperazione e lo scambio di informazioni a livello di UE tra le autorità centrali nazionali responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza, in conformità al diritto dell'UE⁽²²⁾ e nazionale in materia di protezione dei dati, nell'ottica di favorire la condivisione di informazioni in tutta l'UE sugli operatori economici esclusi dalle procedure di aggiudicazione per motivi di collusione. Si potrebbe trarre ispirazione dagli strumenti esistenti, quali il sistema di informazione del mercato interno⁽²³⁾, il sistema centrale di informazione della rete europea della concorrenza (sistema della rete europea della concorrenza) o lo strumento per lo scambio di informazioni sviluppato nell'ambito del meccanismo volontario *ex ante* della Commissione per i grandi progetti infrastrutturali⁽²⁴⁾.

5. ORIENTAMENTI PER LE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI RIGUARDANTI LE MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEL MOTIVO DI ESCLUSIONE PER COLLUSIONE A NORMA DELL'ARTICOLO 38, PARAGRAFO 7, LETTERA E), DELLA DIRETTIVA 2014/23/UE, DELL'ARTICOLO 57, PARAGRAFO 4, LETTERA D), DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE E DELL'ARTICOLO 80, PARAGRAFO 1, DELLA DIRETTIVA 2014/25/UE

La presente sezione della comunicazione espone il parere giuridicamente non vincolante della Commissione sulle modalità di applicazione del motivo di esclusione per collusione previsto dall'articolo 38, paragrafo 7, lettera e), della direttiva 2014/23/UE, dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 80, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE. La presente sezione si concentra sui problemi specifici incontrati dagli Stati membri nell'attuazione delle direttive e dai funzionari responsabili degli appalti nella valutazione delle offerte nell'ambito delle procedure di aggiudicazione. I pareri di seguito espressi lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri in sede di recepimento e applicazione delle direttive e non creano nuove norme o obblighi. Solo la Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito «la Corte») è competente a fornire un'interpretazione giuridicamente vincolante delle disposizioni del diritto dell'UE citate nella presente comunicazione.

Ai fini della completezza e della fruibilità degli orientamenti esposti, la presente comunicazione include nell'allegato anche consigli semplici e concisi destinati principalmente ai funzionari responsabili degli appalti che preparano ed eseguono le procedure di aggiudicazione per le amministrazioni aggiudicatrici. Nell'allegato vengono individuati alcuni strumenti e indicatori di rischio che, a parere della Commissione, i funzionari responsabili degli appalti pubblici possono utilizzare con maggiore facilità per scoraggiare, rilevare e affrontare la collusione nel corso di tutta la procedura di aggiudicazione. Tali consigli rispecchiano il valido lavoro svolto negli anni passati da organizzazioni e servizi quali l'OCSE, l'OLAF e le autorità nazionali garanti della concorrenza, che hanno fornito ai funzionari responsabili degli appalti orientamenti esaustivi e facilmente accessibili, nonché buone pratiche in materia di lotta alla collusione.

5.1. Disposizioni giuridiche applicabili e relativa attuazione fino ad oggi

La collusione tra operatori economici è vietata dal diritto dell'UE a norma dell'articolo 101 TFUE⁽²⁵⁾, che dispone quanto segue:

«1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno [...]».

Nei casi in cui non pregiudichi (potenzialmente) il commercio tra gli Stati membri, la collusione può comunque essere perseguita in virtù delle norme nazionali in materia di concorrenza.

⁽²¹⁾ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

⁽²²⁾ Cfr. la nota 18.

⁽²³⁾ Si veda il considerando 128 della direttiva 2014/24/UE.

⁽²⁴⁾ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/pp-large-projects/>.

⁽²⁵⁾ L'8 aprile 2020 la Commissione ha adottato la comunicazione «Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di COVID-19» [C(2020)3200 final]. Tale comunicazione riguarda la gestione, sotto il profilo del diritto della concorrenza, di possibili forme di cooperazione tra operatori economici al fine di garantire la fornitura e l'adeguata distribuzione di prodotti e servizi essenziali che scarseggiano durante la pandemia di COVID-19.

Prima dell'entrata in vigore delle direttive del 2014 in materia di appalti pubblici, gli offerenti che mettevano in atto pratiche collusive potevano essere esclusi dalle procedure di gara a norma dell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE, a condizione che nei loro confronti fosse stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato per un reato incidente sulla loro moralità professionale (articolo 45, paragrafo 2, lettera c)) o a condizione che, nell'esercizio della loro attività professionale, avessero commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice (articolo 45, paragrafo 2, lettera d)) ⁽²⁶⁾. Nell'applicazione di quest'ultimo motivo facoltativo di esclusione le amministrazioni aggiudicatrici potevano far rientrare una violazione delle norme in materia di concorrenza, quale la collusione, come motivo atto a giustificare l'esclusione, purché fossero soddisfatte le condizioni di cui a detto articolo ⁽²⁷⁾.

Le direttive del 2014 in materia di appalti pubblici hanno modificato le norme sull'esclusione introducendo nuovi motivi di esclusione facoltativi e obbligatori, la possibilità per gli operatori economici di avvalersi di misure di autodisciplina e una durata massima dell'esclusione. Esse hanno esplicitamente riconosciuto, per la prima volta, la collusione come un motivo facoltativo per escludere gli operatori economici dalle procedure di aggiudicazione. Più specificamente, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE (di seguito «la direttiva») stabilisce che un'amministrazione aggiudicatrice può escludere, oppure uno Stato membro può chiedere a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere, dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico:

«d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza».

Questo motivo facoltativo di esclusione trova riscontro anche all'articolo 38, paragrafo 7, lettera e), della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni e può essere applicato alle procedure di appalto disciplinate dalla direttiva 2014/25/UE sui servizi di pubblica utilità in virtù dell'articolo 80, paragrafo 1, della stessa ⁽²⁸⁾.

L'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva introduce il diritto dell'operatore economico di fare ricorso a quelle che vengono generalmente denominate misure di autodisciplina (ulteriormente analizzate alla sezione 5.7), stabilendo che:

«Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto.

A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione.

Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità prevista a norma del presente paragrafo nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva».

Infine, l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva prevede quanto segue:

«Gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4».

⁽²⁶⁾ Tali motivi di esclusione potevano essere applicati anche a norma dell'articolo 54, paragrafo 4, della direttiva 2004/17/CE.

⁽²⁷⁾ Si veda l'ordinanza della Corte di giustizia del 4 giugno 2019, *Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) contro Gruppo Torinese Trasporti Gtt SpA*, C-425/18, ECLI:EU:C:2019:476, punti 18 e 33.

⁽²⁸⁾ I riferimenti nella sezione 5 della presente comunicazione alla sola direttiva 2014/24/UE o alle relative disposizioni sono da intendere come riguardanti anche le corrispondenti disposizioni nelle direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE.

Gli Stati membri hanno segnalato diversi casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano l'autorità nazionale garante della concorrenza su come gestire le offerte sospette. In alcuni Stati membri le amministrazioni aggiudicatrici hanno di fatto deciso di escludere gli operatori economici sospettati di collusione. Tuttavia le informazioni relative a tali esclusioni non sono conclusive, in quanto nella maggior parte degli Stati membri le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a comunicare tali decisioni alle autorità centrali nazionali responsabili degli appalti o garanti della concorrenza.

In alcuni Stati membri sono state inoltre deferite ai tribunali nazionali cause riguardanti l'applicazione del motivo di esclusione.

Le direttive non affrontano specificamente né gli effetti dell'accoglimento di un'eventuale impugnazione in giudizio della decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di escludere un operatore economico, né le conseguenze di una decisione discordante in materia da parte dell'autorità nazionale garante della concorrenza dopo l'adozione della decisione di aggiudicazione. Il compito di determinare tali effetti è lasciato agli Stati membri.

5.2. Ambito di applicazione del motivo di esclusione per collusione: copertura delle pratiche concordate e interazione con il motivo di esclusione a causa di gravi illeciti professionali

La possibilità di escludere un operatore economico per presunta collusione non è intesa nella direttiva come una sanzione per il suo comportamento prima o durante la procedura di aggiudicazione. Essa serve piuttosto ad assicurare il rispetto dei principi di parità di trattamento e di condizioni di concorrenza nella procedura di aggiudicazione e a garantire l'integrità e l'affidabilità del futuro contraente nonché la sua idoneità a eseguire l'appalto ⁽²⁹⁾.

Per quanto riguarda il tipo di comportamento oggetto del motivo di esclusione, le differenze tra la formulazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva e quella dell'articolo 101 TFUE hanno suscitato dubbi in merito a quali pratiche illegali debbano essere prese in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini dell'applicazione di tale motivo di esclusione.

In effetti l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva si riferisce soltanto ad «accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza», mentre l'articolo 101 TFUE riguarda «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno». Interpretando la direttiva in modo coerente con il trattato, gli Stati membri dovrebbero poter considerare, in sede di recepimento della direttiva nel diritto nazionale, che non solo gli accordi, ma anche le pratiche concordate in materia di appalti pubblici volte a falsare la concorrenza possono giustificare l'applicazione di questo motivo di esclusione. In alternativa, gli Stati membri potrebbero considerare tali altre forme di violazione delle norme in materia di concorrenza come gravi illeciti professionali, che giustificano l'eventuale esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera c), della direttiva ⁽³⁰⁾.

Possono altresì sorgere interrogativi sulla differenza tra il motivo di esclusione per collusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva e il motivo di esclusione per gravi illeciti professionali di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera c), della stessa direttiva. Come indicato in precedenza, fino all'entrata in vigore delle direttive del 2014 quest'ultima disposizione fungeva da base per l'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione nei casi di violazione delle norme in materia di concorrenza ⁽³¹⁾. Entrambi i motivi di esclusione possono ancora essere applicati per lo stesso fine (come confermato dal considerando 101 della direttiva, che qualifica chiaramente le violazioni delle norme in materia di concorrenza come forme di grave violazione dei doveri professionali), entrambi sono facoltativi per le amministrazioni aggiudicatrici e producono lo stesso effetto, ovvero l'esclusione di un offerente dalla procedura. L'aggiunta del motivo di esclusione per collusione all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), è stata concepita come uno strumento più specifico che amplia le opzioni a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici per affrontare situazioni di collusione. La differenza fondamentale tra le due disposizioni sembra essere il grado di certezza richiesto all'amministrazione aggiudicatrice per escludere un offerente dalla procedura. Per avvalersi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera c), l'amministrazione aggiudicatrice deve «dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali». Per contro, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), consente all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione l'esclusione di un offerente anche qualora vi siano «indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza». Spetta all'amministrazione aggiudicatrice valutare, caso per caso, quale dei due motivi possa essere considerato applicabile, fermo restando che nulla nella direttiva osta a che un'amministrazione aggiudicatrice escluda un offerente dalla procedura sulla base di più di un motivo di esclusione.

⁽²⁹⁾ Cfr. il considerando 101 della direttiva.

⁽³⁰⁾ Come confermato dal considerando 101 della direttiva.

⁽³¹⁾ Si veda l'ordinanza della Corte di giustizia sopra indicata relativa alla causa CNS, punti 18 e 33.

5.3. La competenza delle amministrazioni aggiudicatrici nell'applicazione del motivo di esclusione: ampio margine di discrezionalità e limiti al loro potere discrezionale

L'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva conferisce alle amministrazioni aggiudicatrici un ampio margine di discrezionalità nel decidere se escludere o no un offerente dalla procedura, qualora sussistano indicazioni sufficientemente plausibili di collusione.

L'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), non specifica ulteriormente né indica in che cosa consista esattamente un'indicazione o in base a quali elementi una simile indicazione possa essere considerata sufficientemente plausibile per escludere l'offerente. Sembra che l'intenzione del legislatore dell'UE sia stata quella di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare, caso per caso, se siano rispettate le condizioni per l'esclusione di un offerente per tale motivo, evitando di introdurre norme eccessivamente prescrittive⁽³²⁾. La natura facoltativa di questo motivo di esclusione implica che le amministrazioni aggiudicatrici sono autorizzate a permettere a un offerente di continuare a partecipare a una procedura di aggiudicazione anche se vi sono indicazioni sufficientemente plausibili di collusione (a meno che le amministrazioni aggiudicatrici non siano tenute ad escludere l'offerente in conformità al diritto nazionale, come verrà illustrato in seguito).

La Corte ha costantemente confermato che, a norma dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva, spetta all'amministrazione aggiudicatrice (e a nessun altro organo o organismo nazionale) valutare in maniera indipendente se un operatore economico debba essere escluso da una determinata procedura di aggiudicazione⁽³³⁾. Come ha volutamente affermato la Corte, «[t]ale facoltà spettante a qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a permettere all'amministrazione aggiudicatrice interessata di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti», soprattutto al fine di garantire «l'affidabilità del[l]aggiudicatario dell'appalto], sulla quale si fonda la fiducia che in esso ripone [l'amministrazione aggiudicatrice]»⁽³⁴⁾.

Le amministrazioni aggiudicatrici dispongono di un ampio margine di discrezionalità quando si tratta di escludere un offerente per presunta collusione. Vi sono tuttavia alcuni limiti, stabiliti nella direttiva.

In primo luogo, in sede di recepimento della direttiva nel diritto nazionale, gli Stati membri possono obbligare le loro amministrazioni aggiudicatrici ad applicare i motivi facoltativi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva e, nel caso previsto all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della stessa, ad escludere un offerente dalla procedura di aggiudicazione se sono in possesso di indicazioni sufficientemente plausibili di collusione⁽³⁵⁾.

Inoltre, a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva, gli Stati membri hanno il diritto di specificare le condizioni di applicazione di tale articolo, in linea con il diritto dell'UE, in particolare per garantire che le amministrazioni aggiudicatrici adottino un approccio coerente alla questione a livello nazionale. Il considerando 102 della direttiva riconosce agli Stati membri la possibilità di determinare tali condizioni nel caso specifico della valutazione delle misure di autodisciplina adottate da un offerente. Tali condizioni non dovrebbero tuttavia alterare, modificare, ampliare o limitare l'ambito di applicazione o la ratio dei motivi di esclusione di cui al paragrafo 4 dell'articolo, limitare il potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici né comprometterne o pregiudicarne le decisioni. Il loro scopo è stabilire, a livello nazionale, le condizioni alle quali le amministrazioni aggiudicatrici esercitano le prerogative loro conferite dalla direttiva⁽³⁶⁾.

In secondo luogo, a norma dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva, un offerente può dimostrare la propria affidabilità fornendo all'amministrazione aggiudicatrice le prove indicate in tale paragrafo volte a dimostrare che detto operatore ha adottato misure correttive sufficienti a porre rimedio alle conseguenze negative dei propri illeciti (o misure di autodisciplina). Il considerando 102 della direttiva recita:

«Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi».

L'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a esaminare tali prove tenendo conto della gravità o delle particolari circostanze del reato e a fornire una motivazione se ritiene che le prove non siano sufficienti per consentire all'offerente di continuare a partecipare alla procedura.

⁽³²⁾ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2018, *Vossloh Laeis GmbH contro Stadtwerke München GmbH*, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855, punto 23, la sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2019, *Meca Srl contro Comune di Napoli*, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, punti 28 e 31, e la sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA contro Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826, punti da 25 a 29.

⁽³³⁾ Cfr. la sentenza *Vossloh Laeis*, punto 23, la sentenza *Meca*, punti 28, 31 e, soprattutto, punto 34, la sentenza *Delta Antrepriză*, punti 25 e 27, l'ordinanza CNS, punti 34 e 35, nonché l'ordinanza della Corte di giustizia del 20 novembre 2019, *Indaco Service Soc. coop. sociale contro Ufficio Territoriale del Governo Taranto*, C-552/18, ECLI:EU:C:2019:997, punto 24.

⁽³⁴⁾ Cfr. la sentenza *Delta Antrepriză*, punto 26.

⁽³⁵⁾ Le risposte che la Commissione ha ricevuto al questionario del febbraio 2019 indicano che, in sede di recepimento delle direttive del 2014, la maggior parte degli Stati membri ha scelto di mantenere facoltativo il motivo di esclusione per le proprie amministrazioni aggiudicatrici.

⁽³⁶⁾ Cfr. la sentenza *Meca*, punto 33, e la sentenza *Delta Antrepriză*, punti 25 e 27. La Corte richiede che tali condizioni rispettino «gli elementi essenziali» così come «gli obiettivi e i principi» dei motivi di esclusione. Si vedano anche l'ordinanza *Indaco*, punti 23 e 25, e la sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2020, *Tim SpA — Direzione e coordinamento Vivendi SA contro Consip SpA e Ministero dell'Economia e delle Finanze*, C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58, punto 36.

In terzo luogo, il principio di proporzionalità, che riguarda tutte le fasi della procedura di aggiudicazione, si applica anche alla fase di valutazione di un eventuale caso di collusione. Ciò è confermato dal considerando 101 della direttiva, che recita:

«Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità.»

L'amministrazione aggiudicatrice deve agire in modo proporzionato anche nel valutare le misure di autodisciplina adottate dall'offerente. L'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva stabilisce quanto segue:

«Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito.»

Ai fini dell'applicazione di tale motivo di esclusione, il principio di proporzionalità generalmente impone all'amministrazione aggiudicatrice di svolgere una valutazione specifica e concreta dell'operatore economico interessato ⁽³⁷⁾, indipendentemente dalle decisioni precedentemente adottate da altre autorità (cfr. la sezione 5.4) e nel rispetto del diritto dell'operatore economico di addurre misure di autodisciplina (cfr. la sezione 5.7).

In quarto luogo, la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nell'escludere un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione è altresì limitata dalla necessità che la decisione sia accuratamente documentata e adeguatamente motivata. Se vengono adottate misure di autodisciplina, l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva stabilisce quanto segue:

«Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione.»

Una decisione adeguatamente motivata ridurrebbe sostanzialmente il rischio che l'operatore economico interessato possa impugnare in giudizio la decisione con successo.

In generale, le amministrazioni aggiudicatrici devono rimanere consapevoli in tutte le fasi della procedura di aggiudicazione che l'esclusione di un operatore economico dalla procedura comporta una limitazione effettiva della concorrenza e della scelta per l'acquirente pubblico. Si tratta di una misura da utilizzare con cautela (in particolare nei settori in cui vi è un numero limitato di operatori economici attivi) e solo se l'integrità e l'affidabilità del futuro contraente non possono essere garantite da altre misure meno drastiche.

5.4. Nozione di «indicazioni sufficientemente plausibili»: fatti che possono essere considerati indicazioni, che cosa costituisce un'«indicazione» rispetto a una «prova» e come gestire coloro che richiedono un trattamento favorevole

Come accennato nella sezione 5.3, le direttive non specificano che cosa si possa considerare un'«indicazione sufficientemente plausibile» atta a consentire a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere un operatore economico da una procedura di aggiudicazione sulla base del motivo di esclusione per collusione.

Pertanto si può generalmente ritenere che, nell'esaminare la possibilità di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione in corso per presunta collusione, un'amministrazione aggiudicatrice abbia il diritto, a norma della direttiva, di valutare tutti i fatti di cui è a conoscenza che possano mettere in discussione l'affidabilità di tale offerente quale potenziale futuro contraente. Come potenziale indicazione plausibile, l'amministrazione aggiudicatrice può tenere conto, ad esempio, di essere a conoscenza del fatto che un offerente ha già stipulato un contratto di subappalto con un altro offerente nella stessa procedura o ha preordinato il materiale necessario per eseguire lo specifico appalto in questione ben prima della conclusione della valutazione delle offerte. Altri elementi che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero valutare (attraverso i metodi analitici disponibili o in base a liste di indicatori di rischio) sono:

- il comportamento generale adottato sul mercato dagli offerenti che partecipano alla procedura (ad esempio offerenti che non partecipano mai alla stessa procedura di aggiudicazione o offerenti che partecipano soltanto in alcune regioni oppure che sembrano alternarsi nella partecipazione alle procedure di aggiudicazione);
- i testi delle offerte (ad esempio la presenza di frasi o di refusi identici in offerte diverse o annotazioni rimaste per errore nel testo di un'offerta che indicano un comportamento collusivo degli offerenti);
- i prezzi offerti nella procedura di aggiudicazione (ad esempio offerenti che propongono un prezzo più elevato rispetto a quelli proposti in precedenti procedure analoghe o che propongono prezzi eccessivamente elevati o bassi);
- dettagli di tipo amministrativo (ad esempio offerte presentate dallo stesso rappresentante commerciale) ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Cfr. l'ordinanza CNS, punto 34.

⁽³⁸⁾ Una descrizione degli indicatori di rischio più comuni figura nell'allegato della presente comunicazione.

Le amministrazioni aggiudicatrici devono valutare in modo prudente e proporzionato se le indicazioni di collusione rilevate in una procedura di aggiudicazione in corso siano sufficientemente plausibili da comportare l'esclusione di un offerente, concentrandosi sui fatti ed evitando presunzioni. Sarebbe ad esempio difficile motivare l'esclusione di due offerenti da una procedura di aggiudicazione soltanto per il fatto che hanno presentato per via elettronica le loro offerte a distanza di pochi minuti l'uno dall'altro.

Per quanto riguarda alcune questioni più specifiche in merito a ciò che potrebbe essere interpretato come un'indicazione sufficientemente plausibile ai fini della direttiva, si osserva quanto segue.

In primo luogo, alla luce dell'analisi esposta nella sezione 5.3, si può ritenere che le direttive consentano agli Stati membri di introdurre norme o orientamenti nazionali che definiscano ciò che un'amministrazione aggiudicatrice potrebbe considerare come «indicazioni sufficientemente plausibili» ai fini dell'applicazione del motivo di esclusione. Tuttavia, come già accennato, è opportuno che le norme nazionali rispettino sia la lettera che lo spirito della direttiva, la quale richiede solo la sussistenza di «indicazioni» della partecipazione ad accordi illegali che falsano la concorrenza in una procedura di aggiudicazione e non prove formali, come una sentenza di un organo giurisdizionale che confermi tale partecipazione. Se il legislatore europeo avesse voluto stabilire la necessità di elementi di prova per poter invocare tale motivo di esclusione, ciò avrebbe trovato riscontro nel testo, come nel caso dell'articolo 26, paragrafo 4, lettera b), e dell'articolo 35, paragrafo 5, della direttiva. La Corte ha altresì confermato che la prova di una violazione delle norme dell'UE in materia di appalti pubblici, quale un comportamento anticoncorrenziale, può «essere apportata non solo mediante prove dirette, ma anche attraverso indizi, purché questi ultimi siano oggettivi e concordanti e gli offerenti collegati siano in grado di fornire la prova contraria» ⁽³⁹⁾.

In pratica ciò significa che le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a disporre di prove della collusione in una procedura di aggiudicazione in corso, in quanto ciò sarebbe in contraddizione con la lettera della direttiva. Pertanto una normativa nazionale che richieda una decisione di un'autorità garante della concorrenza o una sentenza di un organo giurisdizionale che confermi il comportamento collusivo dell'operatore economico in questione in una procedura di aggiudicazione in corso prima che l'amministrazione aggiudicatrice possa rifiutare l'offerta a norma dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva solleva dubbi riguardo alla sua conformità alla direttiva, in quanto tale decisione costituisce di fatto una prova del comportamento collusivo ⁽⁴⁰⁾. Ciò limiterebbe indebitamente il potere conferito alle amministrazioni aggiudicatrici dalla direttiva di escludere un offerente avvalendosi di indicazioni sufficientemente plausibili di collusione anziché di elementi di prova. Potrebbe essere considerata un'indicazione di collusione, ad esempio, l'informazione di cui sia venuta a conoscenza un'amministrazione aggiudicatrice in merito a un'indagine avviata dall'autorità garante della concorrenza o ad accuse penali mosse contro la dirigenza dell'operatore per presunta collusione nella procedura di aggiudicazione in corso o in altre procedure di aggiudicazione.

In secondo luogo, nel valutare l'integrità o l'affidabilità di un offerente ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto di tener conto di qualsiasi fatto che indichi un comportamento anticoncorrenziale da parte dell'offerente, indipendentemente dal fatto che ciò riguardi la procedura di aggiudicazione in corso o un'altra procedura presente o passata. L'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva non specifica se i fatti che danno luogo a indicazioni sufficientemente plausibili di collusione debbano riferirsi alla procedura di aggiudicazione in corso oppure se possano riferirsi ad altre procedure (passate o in corso), a procedure in un settore economico diverso o a procedure di appalto effettuate per il settore privato. L'articolo 57, paragrafo 5, secondo comma, della direttiva conferma invece esplicitamente che l'amministrazione aggiudicatrice può tener conto di «atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura». Pertanto una decisione precedentemente adottata da un'altra amministrazione aggiudicatrice per escludere l'operatore da una procedura di aggiudicazione, oppure una decisione adottata da un'autorità garante della concorrenza o una sentenza pronunciata da un giudice nazionale, in virtù della quale l'operatore o un membro della sua dirigenza o del suo personale sia stato giudicato colpevole di collusione nell'ambito di procedure di aggiudicazione precedenti, può essere presa in considerazione da un'amministrazione aggiudicatrice nel valutare l'affidabilità di un offerente nel contesto della procedura in corso ⁽⁴¹⁾. Tuttavia il coinvolgimento dell'operatore in un precedente caso di collusione non è di per sé un motivo per escludere l'operatore dalla procedura di aggiudicazione in corso, dato che, secondo la giurisprudenza della Corte ⁽⁴²⁾, le decisioni adottate da altre amministrazioni in casi precedenti non pregiudicano il giudizio dell'amministrazione che svolge la procedura di aggiudicazione. Lo stesso vale qualora, in un caso

⁽³⁹⁾ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras e «Ecoservice projektai» UAB*, C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324, punto 37.

⁽⁴⁰⁾ Nella recente sentenza dell'11 giugno 2020 nella causa C-472/19 (*Vert Marine*), la Corte di giustizia ha sottolineato inoltre la necessità che le condizioni di applicazione adottate dagli Stati membri siano compatibili con i termini imposti dalla procedura di aggiudicazione, in maniera da non privare le disposizioni della direttiva della loro sostanza (si vedano i punti 36 e 38 della sentenza).

⁽⁴¹⁾ Sebbene non sia vincolata da decisioni adottate all'estero, l'amministrazione aggiudicatrice può tener conto anche dei casi in cui l'operatore economico sia stato coinvolto in comportamenti collusivi in un altro paese.

⁽⁴²⁾ Cfr. la sentenza *Delta Antreprizā*, punto 27, e l'ordinanza *CNS*, punto 34.

precedente, un offerente sia stato sospettato di collusione ma i sospetti siano stati infine respinti o l'offerente, indipendentemente da ciò, non sia stato escluso dalla procedura. Nello svolgimento della procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice non è vincolata da alcuna decisione di questo tipo adottata in precedenza ⁽⁴³⁾ e mantiene il diritto di valutare l'esclusione di un offerente dalla procedura se il comportamento da questi tenuto in passato solleva dubbi credibili e giustificabili per l'amministrazione aggiudicatrice riguardo all'integrità e all'affidabilità dell'offerente nel contesto della procedura di aggiudicazione in corso.

Come già affermato nella sezione 5.3, l'amministrazione aggiudicatrice deve motivare la propria decisione finale di esclusione dell'operatore economico in questione dalla procedura di aggiudicazione e, in particolare, spiegare per quale motivo taluni fatti specifici siano stati considerati indicazioni sufficientemente plausibili di collusione e mettano in dubbio l'affidabilità dell'offerente ai fini della procedura di aggiudicazione in corso. Per consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione con cognizione di causa, l'operatore economico deve informare, su richiesta, l'amministrazione aggiudicatrice di qualsiasi precedente decisione adottata da un'autorità garante della concorrenza o di qualsiasi sentenza di un organo giurisdizionale che abbia accertato il suo comportamento collusivo. Tale informazione è richiesta nel questionario allegato al documento di gara unico europeo (DGUE) o nei moduli nazionali analoghi, che l'operatore è tenuto di norma a presentare insieme alla propria offerta ⁽⁴⁴⁾. Se un operatore economico non comunica all'amministrazione aggiudicatrice le informazioni necessarie per verificare l'assenza di motivi di esclusione, l'amministrazione ha il diritto, a norma dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), della direttiva, di escludere quell'operatore dalla procedura di aggiudicazione.

In terzo luogo, esistono casi di operatori economici che hanno ammesso di aver partecipato in passato a un caso di collusione e hanno cooperato con un'amministrazione garante della concorrenza richiedendo la concessione del trattamento favorevole o dell'immunità e/o nell'ambito di una procedura di transazione. Si pone la questione se il diritto nazionale possa stabilire che tale precedente cooperazione privi automaticamente le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di considerare il precedente coinvolgimento in un sistema di collusione come un'indicazione sufficientemente plausibile del comportamento collusivo ai fini dell'applicazione del motivo di esclusione nelle procedure di aggiudicazione effettuate dopo che l'autorità garante della concorrenza ha reso pubblica la sua decisione.

Prima di affrontare la questione, è utile ricordare che nella maggior parte delle giurisdizioni:

- una decisione di trattamento favorevole o di transazione presuppone che l'operatore in questione ammetta di aver partecipato a un accordo collusivo illegale;
- può accadere che un operatore che è stato oggetto di indagine per collusione e ha infine optato per la transazione si fosse inizialmente rifiutato di collaborare con l'autorità garante della concorrenza e avesse compromesso o ostacolato l'indagine. Ciò è l'opposto di quanto ci si aspetterebbe, a norma dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva, da un operatore che desideri ristabilire la sua affidabilità quale futuro contraente;
- infine, la risoluzione di questi casi non richiede l'impegno da parte dell'operatore a evitare pratiche analoghe in futuro o a intraprendere azioni specifiche. L'operatore non si impegna né garantisce l'adozione di misure di autodisciplina specifiche per ristabilire la propria affidabilità e integrità ai sensi della direttiva. Il diritto della concorrenza non prevede in generale l'esclusione di un operatore da future procedure di aggiudicazione di appalti pubblici come sanzione per il suo comportamento anticoncorrenziale.

Alla luce di quanto esposto, occorre distinguere due casi: da un lato, la procedura o le procedure di aggiudicazione che sono state oggetto di un'indagine e di una decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza e nell'ambito delle quali sono stati richiesti il trattamento favorevole o la transazione e, dall'altro, altre procedure di aggiudicazione che si svolgono dopo la pubblicazione della suddetta decisione.

- Nel primo caso, gli Stati membri dovrebbero essere in generale liberi di decidere se esimere del tutto o in parte i soggetti che hanno richiesto il trattamento favorevole, l'immunità o la transazione dall'applicazione di sanzioni in relazione alla procedura o alle procedure di aggiudicazione alle quali si riferisce detta richiesta nei casi in cui la collusione tra gli operatori in questione sia stata accertata e sanzionata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza ⁽⁴⁵⁾. Ciò

⁽⁴³⁾ A meno che non sia stata adottata la decisione di escludere l'operatore da qualsiasi procedura di aggiudicazione per un certo periodo di tempo (cfr. la sezione 5.9).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. la sentenza *Delta Antrepriză*, punto 36.

⁽⁴⁵⁾ L'articolo 23, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2019/1, «che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno», dispone che gli Stati membri provvedono affinché gli attuali ed ex direttori, amministratori e altri membri del personale dei richiedenti che presentano richiesta di immunità dalle ammende alle autorità garanti della concorrenza siano pienamente protetti da sanzioni imposte nell'ambito di procedimenti amministrativi e giudiziari non penali, in relazione alla loro partecipazione al cartello segreto cui si riferisce la domanda d'immunità dalle ammende, per infrazioni delle legislazioni nazionali che perseguono principalmente gli stessi obiettivi dell'articolo 101 TFUE. Il considerando 64 conferma che tale disposizione riguarda anche le legislazioni nazionali in materia di turbativa d'asta. La comunicazione della Commissione del 2006 relativa all'immunità dalle ammende limita altresì l'immunità a «qualsiasi ammenda [...] che [...] sarebbe altrimenti stata inflitta [...] a un'impresa che riveli la sua partecipazione a un presunto cartello».

potrebbe garantire l'efficacia dei regimi di trattamento favorevole o di transazione istituiti dagli Stati membri, dato che sollevare dalle gravi conseguenze previste dalla legislazione nazionale un operatore economico che ammette di aver partecipato a un regime di collusione potrebbe costituire un forte incentivo per gli operatori a manifestarsi e rivelare casi di collusione.

Quanto sopra dovrebbe essere possibile anche quando una procedura di aggiudicazione influenzata dall'accordo collusivo che l'autorità nazionale garante della concorrenza ha deciso di sanzionare è ancora in corso nel momento in cui l'autorità garante della concorrenza rende pubblica la sua decisione. Fatte salve le prerogative delle amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva, si potrebbe ragionevolmente sostenere che un operatore economico che ha ammesso di aver partecipato al regime di collusione, ha collaborato con l'autorità garante della concorrenza, ha pagato le ammende imposte e ha preso provvedimenti appropriati per ristabilire la propria affidabilità abbia adottato le misure di autodisciplina di cui all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva. Potrebbe pertanto essere considerata sproporzionata l'esclusione di tale operatore ad opera di un'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di aggiudicazione in corso in relazione alla quale le misure di autodisciplina adottate dall'operatore siano già in parte riflesse nella pertinente decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza.

- Nel secondo caso, nessun elemento della direttiva può invece essere interpretato nel senso di consentire agli Stati membri di introdurre una presunzione obbligatoria, generale e non qualificata di affidabilità per tali operatori e/o di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici ad accettare automaticamente la loro partecipazione alle procedure di aggiudicazione svolte o concluse dopo la pubblicazione di una decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza. Ciò sarebbe effettivamente in contrasto con lo specifico potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici (previsto dalla direttiva e costantemente confermato dalla Corte, come analizzato innanzi) di cercare conferme o rassicurazioni sull'affidabilità dell'offerente, possibilmente anche attraverso la richiesta di addurre prove delle misure di autodisciplina ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 6, e valutando se le misure adottate dall'operatore siano sufficienti a consentire a quest'ultimo di continuare a partecipare alla procedura di aggiudicazione ⁽⁴⁶⁾. Come ha sottolineato anche la Corte ⁽⁴⁷⁾, una simile garanzia di partecipazione a procedure di aggiudicazione future potrebbe essere considerata persino in diretta contraddizione con la disposizione riguardante le misure di autodisciplina di cui all'articolo 57, paragrafo 6, o potrebbe privare quest'ultima della sua efficacia, in quanto un operatore economico che abbia una garanzia di accesso a procedure di aggiudicazione future non avrebbe alcun incentivo ad adottare misure per ristabilire la propria affidabilità.

Il diritto di un'amministrazione aggiudicatrice di valutare il rischio di collusione, nella partecipazione a una procedura di aggiudicazione in corso, di un offerente che in passato ha richiesto il trattamento favorevole o il ricorso a una procedura di transazione in un precedente caso di collusione è adeguatamente bilanciato dall'obbligo di valutare, in modo proporzionato, la prova che l'operatore può addurre a norma dell'articolo 57, paragrafo 6, in merito alle misure che ha adottato per ristabilire la propria affidabilità. Se decide di escludere l'offerente nonostante le misure di autodisciplina da questi portate alla sua attenzione, l'amministrazione aggiudicatrice deve giustificare il motivo per il quale tali misure sono state considerate insufficienti a consentire all'offerente di continuare a partecipare alla procedura di aggiudicazione.

5.5. Imprese collegate che partecipano alla stessa procedura di aggiudicazione: il diritto degli operatori sospettati di collusione di dimostrare la propria indipendenza nella presentazione delle offerte

Le amministrazioni aggiudicatrici affrontano spesso la questione di come trattare le offerte separate presentate nella stessa procedura di aggiudicazione da operatori economici che sono in qualche modo collegati (ad esempio società appartenenti allo stesso gruppo o di cui una è controllata dall'altra, società che condividono membri del loro consiglio di amministrazione o rappresentanti legali, o società che detengono azioni nella stessa società terza). Un'amministrazione aggiudicatrice potrebbe sospettare che le offerte presentate da offerenti collegati siano coordinate (ovvero che non siano né autonome né indipendenti) e mettano così a repentaglio il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento tra gli offerenti ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. la sentenza *Vossloh-Laeis*, punto 32.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. l'ordinanza *Indaco*, punto 27.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. la sentenza *Ecoservice projektai*, punto 29. Ciò può avvenire, in particolare, quando vi sono indicazioni che una società ha accesso privilegiato al metodo di redazione dell'offerta dell'altra società o che esiste una forma di coordinamento nell'elaborazione delle offerte o nella determinazione della strategia di fissazione dei prezzi.

Secondo la giurisprudenza della Corte ⁽⁴⁹⁾, l'amministrazione aggiudicatrice deve evitare di basarsi su presunzioni generiche che possano portare al rifiuto automatico di tali offerte ⁽⁵⁰⁾. Al contrario, è opportuno che essa consenta agli operatori in questione di dimostrare, con qualsiasi prova ritengano opportuna, che le loro offerte sono realmente indipendenti e che non mettono a repentaglio la trasparenza né falsano la concorrenza nella procedura di aggiudicazione ⁽⁵¹⁾. Tali prove potrebbero includere, ad esempio, fatti che dimostrano che le rispettive offerte sono state redatte in modo indipendente, che persone diverse hanno partecipato alla loro preparazione ecc.

L'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto di stabilire se tali chiarimenti forniscano elementi di prova sufficienti a dimostrare che il collegamento tra gli operatori non ha influenzato la loro condotta nella procedura di aggiudicazione o il contenuto delle rispettive offerte ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva, e di decidere se ammettere gli operatori in questione a partecipare alla procedura.

5.6. Offerta congiunta e subappalto: una valutazione attenta e bilanciata da parte dell'amministrazione aggiudicatrice

In alcuni casi la presentazione di offerte congiunte fa sorgere dubbi all'amministrazione aggiudicatrice, in particolare se i membri del gruppo di società che presentano offerte congiunte avrebbero potuto facilmente presentare offerte per proprio conto (o ancora di più se ci si attendeva che lo facessero). Diversi Stati membri hanno adottato misure specifiche a questo proposito, consigliando gli operatori economici su come gestire le offerte congiunte senza essere accusati di comportamenti potenzialmente anticoncorrenziali ⁽⁵²⁾.

L'amministrazione aggiudicatrice dispone di un margine di discrezionalità sufficiente a norma della direttiva per valutare se un caso di offerta congiunta presenti rischi per il corretto svolgimento della procedura di aggiudicazione, in particolare se vi siano indicazioni di collusione che potrebbero comportare l'applicazione del motivo di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva. Nell'affrontare tali questioni, l'amministrazione aggiudicatrice deve tuttavia trovare il giusto equilibrio tra la prevenzione dei rischi per la concorrenza derivanti dalla presentazione di offerte congiunte ⁽⁵³⁾ e il rispetto del diritto degli operatori di presentare congiuntamente un'offerta [come riconosciuto dall'articolo 2, paragrafo 1, punto 10), dall'articolo 19, paragrafo 2, e dall'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva]. Occorre tener conto del fatto che spesso le imprese considerano i partenariati strategici o la cooperazione un aspetto essenziale della loro strategia di crescita. Gli operatori economici hanno il diritto di compiere scelte imprenditoriali legittime in merito alle attività che svolgeranno e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero limitare di per sé tale diritto, bensì valutare i rischi di collusione caso per caso.

Un approccio analogo è richiesto in caso di subappalto: l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe valutare attentamente i casi in cui un subappaltatore proposto avrebbe potuto facilmente partecipare per proprio conto alla procedura di aggiudicazione ed eseguire l'appalto in modo indipendente. I casi di subappalto reciproco tra due offerenti possono anch'essi essere considerati dall'amministrazione aggiudicatrice come un'indicazione potenziale di collusione da esaminare a norma dell'articolo 57 della direttiva, dato che tali accordi di subappalto di norma consentono alle parti di venire a conoscenza delle rispettive offerte finanziarie, sollevando così dubbi riguardo all'indipendenza delle parti nel formulare le proprie offerte. Sebbene gli accordi di subappalto quali quelli sopra illustrati possano essere considerati indicatori del rischio di potenziale collusione, è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici evitino di basarsi sulla presunzione generale secondo cui il subappalto da parte dell'aggiudicatario a un altro offerente nella stessa procedura costituisce un comportamento collusivo tra gli operatori economici in questione senza lasciare loro la possibilità di dimostrare il contrario ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008, *Michaniki AE contro Ethniko Symvoulio Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias*, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731, punti 42, 43 e 62, la sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 2009, *Assitur Srl contro Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317, punti 30 e 32, la sentenza della Corte di giustizia dell'8 febbraio 2018, *Lloyd's of London contro Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, C-144/17, ECLI:EU:C:2018:78, punti 35, 36 e 38, e la sentenza *Ecoservice projektai*, punto 38.

⁽⁵⁰⁾ Soprattutto alla luce del riconoscimento della Corte che le strutture aziendali di operatori collegati possono prevedere disposizioni atte a garantire l'indipendenza e la segretezza in sede di elaborazione delle offerte per la stessa procedura (cfr. la sentenza *Lloyd's of London*, punto 37, e la sentenza *Assitur*, punto 31).

⁽⁵¹⁾ Cfr. la sentenza *Lloyd's of London*, punto 36, e la sentenza *Assitur*, punto 30.

⁽⁵²⁾ Conformemente alle «Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale», adottate dalla Commissione nel gennaio 2011 (disponibili all'indirizzo [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)).

⁽⁵³⁾ Un mercato generalmente aperto e un numero elevato di offerte ricevute in una determinata procedura di aggiudicazione possono essere ritenuti fattori che riducono il rischio derivante da un'offerta congiunta in termini di limitazione della concorrenza.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux srl e Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) contro Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani e a.*, C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721, punto 39.

5.7. Misure di autodisciplina adottate dagli operatori economici ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva: il diritto degli operatori di dimostrare la loro affidabilità e la necessità per le amministrazioni aggiudicatrici di effettuare una valutazione proporzionata delle argomentazioni addotte

Come illustrato nella sezione 5.3, l'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva riconosce agli operatori economici che si trovino in una situazione che giustifichi la loro esclusione il diritto di dimostrare la loro affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione ⁽⁵⁵⁾.

L'articolo 57, paragrafo 6, descrive le misure di autodisciplina che gli operatori economici possono portare all'attenzione dell'amministrazione aggiudicatrice a tale proposito. Il considerando 102 della direttiva fornisce esempi di tali misure, in particolare misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, misure adeguate per la riorganizzazione del personale, l'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, la creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità, e l'adozione di norme interne in materia di responsabilità e di risarcimento.

Lo stesso considerando fa riferimento alla facoltà degli Stati membri, a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva, «di determinare le esatte condizioni sostanziali e procedurali applicabili in tali casi», il che comprende la possibilità di stabilire, a livello nazionale, criteri o orientamenti dettagliati su come le amministrazioni aggiudicatrici applicheranno nella pratica le disposizioni in materia di misure di autodisciplina. Tuttavia, come analizzato nella sezione 5.3, occorre che le disposizioni nazionali messe in atto a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva siano in linea con l'ambito di applicazione e la ratio delle disposizioni pertinenti della direttiva, senza che siano messi in discussione il diritto dell'operatore di presentare argomentazioni relative alle misure di autodisciplina adottate o il potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice di valutare tali argomentazioni ⁽⁵⁶⁾. Gli Stati membri possono altresì scegliere di affidare il compito di valutare le misure di autodisciplina ad autorità diverse dall'amministrazione aggiudicatrice, a livello centrale o decentrato. Nel fare ciò, gli Stati membri devono tuttavia garantire che siano soddisfatte le condizioni e gli obiettivi del regime di misure di autodisciplina, soprattutto per quanto concerne una valutazione appropriata e tempestiva delle misure di autodisciplina adottate dall'operatore ⁽⁵⁷⁾.

Le informazioni o le prove concrete che l'operatore economico può fornire ai fini della valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice possono variare a seconda dei casi. Alla luce del principio di proporzionalità, dovrebbe essere possibile considerare che l'operatore debba dimostrare di aver adottato le misure di cui all'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, applicabili al caso specifico. Ad esempio, l'operatore deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire i danni causati dal suo comportamento illegale solo qualora a tale riguardo sia stata presentata una domanda nei suoi confronti. Possono esservi anche casi in cui l'adozione di misure riguardanti unicamente il personale può essere sufficiente a convincere l'amministrazione aggiudicatrice dell'affidabilità dell'operatore, senza la necessità di adottare altre misure tecniche o organizzative.

La direttiva impone alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare le argomentazioni addotte dall'operatore economico interessato prima di decidere se escluderlo o no dalla procedura, anche qualora esse ritengano di disporre di elementi di prova atti a dimostrare che l'operatore ha partecipato a un accordo collusivo. Come confermato dalla Corte ⁽⁵⁸⁾, la direttiva non specifica se i chiarimenti o le misure di autodisciplina debbano essere presentati dall'offerente di sua iniziativa o su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice. In assenza di una disposizione esplicita e alla luce dell'articolo 57, paragrafo 7, come indicato sopra, spetta agli Stati membri stabilire se le amministrazioni aggiudicatrici debbano chiedere agli operatori di fornire tali chiarimenti prima di prendere una decisione o se tale possibilità debba essere lasciata all'iniziativa dell'operatore. Se il diritto nazionale prevede l'obbligo per l'offerente di presentare spontaneamente le misure di autodisciplina al più tardi al momento della presentazione della propria offerta, l'amministrazione aggiudicatrice deve informare gli offerenti di tale obbligo in modo chiaro e preciso al momento dell'avvio della procedura ⁽⁵⁹⁾. In ogni caso, alla luce della giurisprudenza della Corte ⁽⁶⁰⁾, sarebbe opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici indicassero chiaramente nei documenti di gara le informazioni che gli operatori economici sono tenuti ad accludere all'offerta, comprese le informazioni sui loro rapporti o accordi con altri offerenti e sulle misure di autodisciplina adottate a seguito di una precedente violazione delle norme in materia di concorrenza. La richiesta di dichiarare simili accordi, così come di fornire informazioni su eventuali misure di autodisciplina, è già presente nel documento di gara unico europeo (DGUE) o in moduli nazionali analoghi che l'operatore in genere è tenuto a presentare insieme alla sua offerta.

⁽⁵⁵⁾ Nella sentenza *Vert Marine* (punto 17), così come nella sentenza del 14 gennaio 2021, *RTS infra BVBA e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel contro Vlaams Gewest*, C-387/19, punti 26 e 48, la Corte di giustizia ha confermato che gli Stati membri devono garantire tale diritto in sede di recepimento delle direttive.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. la sentenza *Vert Marine*, punto 24.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. la sentenza *Vert Marine*, punti 28, 33, 35 e 36.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. la sentenza *RTS*, punto 33.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. la sentenza *RTS*, punti 36 e 42.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. la sentenza *Ecoservice projektai*, punti 23 e 25.

L'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva non si limita a riconoscere a un operatore economico il diritto di fornire prove che gli consentano di continuare a partecipare alla procedura di aggiudicazione, ma consente anche all'amministrazione aggiudicatrice di non escludere un operatore che abbia risposto in maniera soddisfacente alle preoccupazioni relative al suo comportamento in precedenti procedure di appalto. La sola limitazione al diritto dell'operatore di presentare le misure di autodisciplina adottate è che tale diritto non è applicabile fintanto che l'operatore è escluso dalle procedure di aggiudicazione per un periodo di tempo stabilito da una sentenza definitiva nello Stato membro in cui tale sentenza è efficace (cfr. la sezione 5.9) ⁽⁶¹⁾. Di conseguenza tale disposizione non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice consenta di continuare a partecipare alla procedura all'operatore economico che si sia manifestato nel corso della stessa e abbia ammesso accordi illegali con altri offerenti, abbia collaborato attivamente con l'amministrazione aggiudicatrice per chiarire la situazione e abbia adottato tutte le misure necessarie per prevenire ulteriori illeciti.

Nel corso di una procedura di aggiudicazione l'amministrazione aggiudicatrice valuta tutte le misure di autodisciplina presentate dall'operatore giudicato responsabile di comportamento collusivo con altri operatori in passato, tenendo conto di tutte le prove fornite dall'operatore in questione ⁽⁶²⁾. Come si è detto nella sezione 5.3, l'amministrazione aggiudicatrice deve valutare le prove fornite dall'operatore in modo proporzionato, ossia tenendo conto della gravità e delle particolari circostanze del caso di specie ⁽⁶³⁾, così come dell'azione specifica intrapresa dall'operatore per ristabilire la propria affidabilità ⁽⁶⁴⁾.

Ciò vale anche per gli operatori coinvolti in precedenti casi di collusione che hanno partecipato a un programma di trattamento favorevole o di immunità e/o a una procedura di transazione (cfr. sezione 5.4.). Data l'importanza dei programmi di trattamento favorevole nel contrastare i cartelli e la necessità di garantire ai soggetti che hanno richiesto la concessione del trattamento favorevole certezza giuridica e trasparenza in merito alle condizioni di tale regime, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici ad assicurare un trattamento proporzionato di tali operatori in fase di valutazione delle misure di autodisciplina da essi effettivamente adottate per garantire la loro affidabilità e integrità. La Corte ha già confermato che «in linea di principio, la trasmissione all'amministrazione aggiudicatrice della decisione che accerta la violazione delle norme della concorrenza commessa dall'offerente, ma concedendo a quest'ultimo un trattamento favorevole per aver collaborato con l'autorità garante della concorrenza, dovrebbe essere sufficiente a provare all'amministrazione aggiudicatrice che tale operatore economico ha chiarito in modo globale i fatti e le circostanze cooperando con la suddetta autorità», conformemente all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva ⁽⁶⁵⁾.

Se conclude che le misure adottate dall'operatore economico non sono sufficienti a dimostrare l'integrità di quest'ultimo, l'amministrazione aggiudicatrice deve motivare tale decisione.

La stretta collaborazione tra l'amministrazione aggiudicatrice e altre autorità, quali l'autorità garante della concorrenza, le autorità responsabili dei registri nazionali delle imprese ecc., facilita la valutazione delle misure di autodisciplina. Tali autorità possono fornire, caso per caso, una valida consulenza sull'impatto di tali misure e informazioni (nel rispetto della normativa dell'UE ⁽⁶⁶⁾ e nazionale in materia di protezione dei dati) utili all'amministrazione aggiudicatrice per valutare, ad esempio, se l'operatore abbia collaborato in modo adeguato ed attivo con l'autorità garante della concorrenza in un caso precedente, se i soggetti coinvolti nel precedente caso di collusione siano stati sostituiti o se siano state correttamente pagate le ammende o siano stati risarciti i danni. Al fine di concludere le procedure di aggiudicazione entro un termine ragionevole, è opportuno che le autorità si adoperino per realizzare tale cooperazione tempestivamente, sfruttando al meglio le risorse disponibili.

5.8. Importanza della trasmissione di informazioni da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e/o della loro richiesta di assistenza all'autorità garante della concorrenza o ad altre autorità centrali interessate

Le direttive non impongono all'amministrazione aggiudicatrice di richiedere la consulenza dell'autorità centrale nazionale responsabile degli appalti o dell'autorità garante della concorrenza prima di decidere se escludere un operatore economico da una procedura di aggiudicazione. È tuttavia generalmente consigliabile che le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano di tutta l'assistenza disponibile non appena individuano un'offerta sospetta. La consulenza di esperti di tali autorità faciliterebbe la valutazione complessiva del caso e aiuterebbe l'amministrazione aggiudicatrice a motivare adeguatamente le scelte operate, riducendo così in modo sostanziale il rischio che un'eventuale impugnazione in giudizio della decisione finale venga accolta. In particolare per le amministrazioni aggiudicatrici più piccole e con risorse limitate, l'assistenza delle autorità centrali responsabili degli appalti e di quelle garanti della concorrenza può rivelarsi essenziale per

⁽⁶¹⁾ Come recentemente chiarito dalla Corte, fintanto che l'esclusione per un determinato periodo di tempo non è stata confermata da una sentenza definitiva, l'operatore economico ha il diritto di presentare misure di autodisciplina per dimostrare la propria affidabilità (cfr. la sentenza *Vert Marine*, punto 18).

⁽⁶²⁾ Cfr. la sentenza *Vossloh Laeis*, punto 23.

⁽⁶³⁾ Si veda tra le altre, la sentenza *Tim*, punto 50.

⁽⁶⁴⁾ Ad esempio l'azione specifica volta a sostituire le persone coinvolte in comportamenti collusivi o, se ciò non è avvenuto entro i termini della procedura, le misure adottate per evitare che tali persone possano coinvolgere l'operatore in ulteriori comportamenti anticoncorrenziali illegali. Cfr. la sentenza *Delta Antreprizā*, punto 37.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. la sentenza *Vossloh Laeis*, punto 31.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. la nota 18.

affrontare un caso di collusione, soprattutto qualora tale assistenza permetta di ottenere consulenze sulle indicazioni individuate dall'amministrazione aggiudicatrice o sostegno nella valutazione delle misure di autodisciplina presentate dall'offerente. Per quanto concerne queste ultime, il considerando 102 della direttiva riconosce esplicitamente agli Stati membri la possibilità di affidare a un'altra autorità il compito di valutare le misure di autodisciplina che un offerente sospettato di collusione abbia presentato per dimostrare la sua affidabilità. Come indicato nelle sezioni 5.3 e 5.4, il coinvolgimento delle autorità centrali nazionali responsabili degli appalti o di quelle garanti della concorrenza nella valutazione di un eventuale caso di collusione non dovrebbe pregiudicare la competenza dell'amministrazione aggiudicatrice di decidere in ultima istanza se escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione.

Una cooperazione agevole ed efficiente tra un'amministrazione aggiudicatrice che svolge una procedura di aggiudicazione e le autorità centrali nazionali responsabili degli appalti o garanti della concorrenza per affrontare un caso di sospetta collusione richiede che entrambe le parti riconoscano l'importanza di affrontare il problema, utilizzino tutte le risorse disponibili e si scambino informazioni in modo tempestivo. Ancor prima di avviare la procedura di aggiudicazione, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero disporre di punti di contatto presso l'autorità centrale nazionale responsabile degli appalti e/o l'autorità garante della concorrenza cui rivolgersi non appena sorgano sospetti nel corso di una procedura. Le autorità centrali responsabili degli appalti o garanti della concorrenza dovrebbero adoperarsi per rispondere quanto prima alle richieste di assistenza e consulenza pervenute da un'amministrazione aggiudicatrice. Le due parti dovrebbero essere disponibili a condividere, ove opportuno, qualsiasi informazione che possa essere cruciale per individuare e valutare i casi di collusione ⁽⁶⁷⁾. Anche se le amministrazioni aggiudicatrici non consultano le rispettive autorità centrali responsabili degli appalti o garanti della concorrenza, si raccomanda vivamente alle amministrazioni aggiudicatrici di comunicare a tali autorità qualsiasi caso di sospetta collusione affrontato e qualsiasi decisione definitiva adottata per escludere operatori economici dalle procedure di aggiudicazione.

Da ultimo, ma non meno importante, qualsiasi contatto tra l'amministrazione aggiudicatrice e altre autorità, nel periodo che intercorre tra l'individuazione di un caso di sospetta collusione e (se possibile a norma del diritto nazionale) la richiesta di chiarimenti all'operatore economico, dovrebbe avvenire nel rispetto della massima riservatezza e non dovrebbe essere comunicato all'offerente sospettato o ad altri partecipanti alla procedura di aggiudicazione. In caso contrario, è probabile che gli offerenti collusi eliminino illecitamente qualsiasi prova del loro accordo non appena vengano a conoscenza dell'azione intrapresa nei loro confronti, privando in tal modo le autorità di contrasto di prove preziose per una futura indagine.

5.9. Definizione delle condizioni per l'esclusione di un operatore economico a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva

Come già affermato ⁽⁶⁸⁾, l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva consente agli Stati membri di specificare le condizioni di applicazione di tale articolo. Tali condizioni possono includere la definizione del periodo massimo durante il quale un operatore economico non sarà autorizzato a partecipare ad alcuna procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, criteri o esempi di ciò che potrebbe essere considerato una circostanza atta a giustificare tale esclusione e l'organismo nazionale competente a imporla (come confermato nel considerando 102 della direttiva). L'articolo 57, paragrafo 7, prevede che, se il periodo di esclusione dalle procedure di aggiudicazione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non può superare i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui all'articolo 57, paragrafo 4. Nella giurisprudenza recente ⁽⁶⁹⁾ la Corte ha chiarito che «la data del fatto in questione» che consente di stabilire il punto di partenza per il calcolo del periodo di esclusione corrisponde alla data in cui il comportamento illegale dell'operatore economico è stato oggetto di una decisione da parte di un'autorità competente, senza tenere conto della data dei fatti che hanno dato luogo a tale sentenza di condanna.

La direttiva non osta a che gli Stati membri specifichino che un'esclusione per un determinato periodo di tempo, a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, può essere imposta da un'amministrazione aggiudicatrice per quanto riguarda le sue future procedure di aggiudicazione, o da un altro organismo (come l'autorità nazionale garante della concorrenza, l'autorità centrale responsabile degli appalti o un organismo speciale istituito a tal fine) con un ambito di applicazione più generale.

A norma dell'articolo 57, paragrafo 7, il periodo massimo di esclusione di tre anni si applica solo se il periodo di esclusione non è stato precedentemente fissato con sentenza definitiva. Ciò non osta a che il diritto nazionale consenta alle autorità giudiziarie di prendere in considerazione l'applicazione di un periodo di esclusione più lungo quando viene pronunciata una sentenza definitiva su un caso di collusione, a seconda della relativa gravità.

⁽⁶⁷⁾ Fatte salve le condizioni stabilite nel diritto dell'UE e nazionale [in particolare l'articolo 31 della direttiva (UE) 2019/1].

⁽⁶⁸⁾ Cfr. le sezioni 5.1 e 5.3.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. la sentenza *Vossloh Laeis*, punti 37, 38 e 41.

Se un operatore economico escluso dalle procedure di aggiudicazione per un determinato periodo di tempo a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva presenta un'offerta durante il periodo di esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice, senza necessità di ulteriore valutazione, deve respingere automaticamente tale offerta. Una volta trascorso il periodo di esclusione di un operatore economico, un'amministrazione aggiudicatrice può comunque decidere di escludere tale operatore da una procedura di aggiudicazione, ma solo se sono soddisfatte le condizioni per l'applicazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d).

Infine, le decisioni di esclusione per motivi di collusione riguardano soltanto l'operatore economico che risulti aver partecipato a un accordo collusivo e non altri operatori economici in qualche modo collegati ad esso (come le società madri, altre società appartenenti allo stesso gruppo o le società affiliate delle imprese escluse) che non sono stati coinvolti nelle procedure di aggiudicazione in questione. Ciò lascia ovviamente impregiudicato il diritto di un'amministrazione aggiudicatrice di escludere da una procedura di aggiudicazione qualsiasi operatore economico che si trovi in una delle situazioni che ne giustificano l'esclusione a norma della direttiva.

ALLEGATO

Strumenti e indicazioni per contrastare efficacemente la collusione negli appalti pubblici**1. Introduzione**

Qualsiasi sforzo volto a garantire una reale concorrenza e il miglior rapporto qualità/prezzo negli acquisti pubblici presuppone che la comunità responsabile degli appalti, in particolare il collettivo dei funzionari responsabili degli appalti pubblici, sia pienamente consapevole di un fatto molto semplice: per quanto una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico sia ben organizzata ed eseguita, essa non produrrà il miglior risultato possibile per l'acquirente pubblico se gli offerenti che vi partecipano hanno stipulato accordi collusivi per determinare in anticipo chi, tra loro, vincerà l'appalto. La collusione tra gli offerenti comporta che il cittadino non riceverà il miglior prodotto o servizio possibile al miglior prezzo possibile, a scapito dell'interesse pubblico.

I funzionari responsabili degli appalti, ossia le persone in prima linea in una procedura di aggiudicazione, svolgono un ruolo centrale nel ridurre al minimo il rischio di collusione negli appalti pubblici e nel contrastare la collusione quando si verifica. Tali persone si trovano nella posizione più idonea per limitare il rischio di collusione in fase di preparazione della procedura, per individuare la collusione nella fase di valutazione delle offerte e per utilizzare gli strumenti previsti dal diritto dell'UE e nazionale al fine di affrontare attivamente la collusione e garantire che la procedura di aggiudicazione sia competitiva ed equa. I funzionari responsabili degli appalti, che spesso lavorano in condizioni difficili e con scadenze serrate, sono chiamati a compiere questo ulteriore passo e questo sforzo supplementare per garantire che i fondi pubblici siano spesi bene.

Per assistere i funzionari responsabili degli appalti in tale compito, la Commissione ha elaborato una serie concisa di consigli su come:

- progettare le procedure di aggiudicazione in modo tale da scoraggiare la collusione tra gli offerenti (sezione 2 dell'allegato);
- individuare potenziali collusioni in fase di valutazione delle offerte (sezione 3 dell'allegato);
- reagire a un caso di sospetta collusione (sezione 4 dell'allegato).

Per consigli più esaustivi si vedano gli orientamenti più dettagliati pubblicati dall'OCSE ⁽¹⁾ e dall'OLAF ⁽²⁾, così come dalle autorità nazionali garanti della concorrenza degli Stati membri dell'UE.

2. Consigli su come progettare le procedure di aggiudicazione in modo tale da scoraggiare la collusione tra offerenti

- Nelle fasi di elaborazione della strategia generale in materia di appalti e di progettazione delle procedure di aggiudicazione, **è opportuno adoperarsi per ottenere la massima partecipazione degli offerenti** sia nazionali che stranieri.

Facilitare la partecipazione degli operatori economici aumenta la concorrenza e riduce al minimo il rischio di collusione. La partecipazione di operatori economici provenienti dall'estero limita inoltre il rischio di collusione in settori ad elevata concentrazione in cui operano pochi operatori economici nazionali.

- Dopo aver definito l'oggetto del contratto e prima di pianificare e avviare la procedura di aggiudicazione, **è opportuno raccogliere informazioni approfondite sul mercato** che fornirà il servizio o il prodotto oggetto dell'appalto.
 - Cercare di ottenere più informazioni possibili su ciò che è disponibile sul mercato, sulle specifiche che possono essere offerte, sugli operatori attivi nel settore, sui prezzi praticati in casi analoghi (sia negli appalti pubblici che in quelli del settore privato dello stesso tipo), sui costi previsti per il contraente ecc.
 - Senza una chiara idea del costo reale di mercato previsto per il servizio, il prodotto o il lavoro che si intende appaltare, non sarà possibile valutare l'adeguatezza e la ragionevolezza delle offerte o determinare se vi sia una manipolazione dei prezzi offerti.
 - Per esplorare il mercato si consiglia di utilizzare Internet e la banca dati elettronica nazionale sugli appalti per trovare precedenti di acquisti di natura identica o simile effettuati in passato, e di fare ricorso ai registri professionali ufficiali dei contraenti certificati.
 - Discutere la questione con colleghi dello stesso settore o di altre amministrazioni aggiudicatrici che hanno recentemente acquistato lo stesso prodotto o servizio e attingere alla loro esperienza.
 - Ricordarsi che non esiste alcuna norma che vieti a un funzionario responsabile degli appalti di effettuare ricerche di mercato approfondite, come farebbe chiunque prima di effettuare acquisti privati.

⁽¹⁾ <https://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.

⁽²⁾ https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf.

- Nel pianificare gli acquisti, **evitare, ove possibile, la prevedibilità** o la ripetizione costante delle procedure di aggiudicazione effettuate frequentemente.

I comportamenti collusivi saranno fortemente agevolati dalla conoscenza o dalla certezza che negli anni successivi saranno avviate a cadenza semestrale procedure di aggiudicazione per un determinato lavoro, prodotto, servizio o fornitura nelle stesse quantità, con lo stesso bilancio stimato e alle stesse condizioni contrattuali, poiché in questo modo gli operatori economici collusi sanno che ci saranno contratti sufficienti per tutti. Sebbene sia utile informare il mercato in anticipo riguardo alle proprie esigenze a medio e lungo termine, è opportuno cercare di organizzare gli acquisti in modo sufficientemente diversificato per quanto concerne i tempi, le quantità e il bilancio. In questo modo diventa difficile per gli operatori collusi spartirsi il mercato in modo «equo».

- **Pianificare e avviare le procedure di aggiudicazione con debito anticipo** in modo da avere tempo sufficiente per valutare adeguatamente le offerte e affrontare i casi di sospetta collusione rispettando le scadenze per la conclusione della procedura.
- Se possibile e compatibilmente con il tipo di acquisto, **considerare la possibilità di ricorrere ad una centrale di committenza**, che può fornire ulteriori garanzie in termini di disponibilità delle risorse e delle competenze necessarie per individuare i casi di collusione.

Gli acquisti centralizzati vengono generalmente effettuati attraverso contratti quadro. Sebbene tale tecnica presenti notevoli vantaggi sia per l'amministrazione aggiudicatrice che per gli operatori (può essere particolarmente utile per soddisfare le esigenze pubbliche e garantire un approvvigionamento rapido), essa può, in alcuni casi, avere effetti negativi che possono favorire la collusione. In linea di principio, un contratto quadro limita la concorrenza in un determinato settore perché per un massimo di quattro anni nessun operatore diverso dai contraenti del contratto quadro potrà presentare offerte per un appalto specifico (o «ordine a chiamata») aggiudicato sulla base del contratto quadro in questione. La mancanza di nuovi operatori di mercato durante tale periodo potrebbe aumentare il rischio di collusione tra i contraenti del contratto quadro, in particolare per i contratti quadro in cui il confronto competitivo viene riaperto in occasione dei singoli appalti specifici.

- Progettare e svolgere ogni procedura di aggiudicazione in modo da **incoraggiare la massima partecipazione degli operatori economici**.
 - Definire specifiche tecniche e criteri di selezione chiari, ragionevoli, completi e di facile comprensione, proporzionati al lavoro, servizio o prodotto oggetto dell'appalto e conformi ai requisiti europei e nazionali.
 - Evitare condizioni superflue, eccessivamente complicate, irrilevanti o discriminatorie (ossia che favoriscono o sfavoriscono determinati operatori), che riducono la concorrenza e che, in ultima analisi, mettono in discussione l'obiettività della procedura di aggiudicazione e l'affidabilità dell'amministrazione aggiudicatrice quale potenziale cliente futuro.
 - Utilizzare criteri di aggiudicazione basati sulla qualità: l'utilizzo del prezzo come unico criterio di aggiudicazione agevola gli accordi collusivi in quanto l'esito della valutazione diventa più prevedibile e può essere manipolato con più facilità. La valutazione delle offerte sulla base di criteri di qualità rende più difficile per i soggetti collusi manipolare le loro offerte in quanto non saranno in grado di prevedere facilmente l'esito della valutazione delle loro offerte da parte del comitato di valutazione.
 - Ove possibile, cercare soluzioni innovative alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. I membri di un sistema collusivo, che solitamente confidano sulla stabilità e sulla prevedibilità degli acquisti pubblici, spesso non possono garantire la prestazione di servizi o forniture innovativi, a differenza dei nuovi operatori che entrano nel mercato per colmare questa lacuna. In questo modo si riduce drasticamente la certezza che uno dei membri del sistema collusivo si aggiudicherà un appalto.
 - Concedere agli operatori tempo sufficiente per preparare e presentare la loro offerta: indipendentemente dal tempo minimo imposto dalle direttive dell'UE o dalla legislazione nazionale, è possibile fissare un termine di scadenza più lungo per la presentazione delle offerte, tenendo conto della complessità del servizio o del prodotto da fornire.
 - Evitare di addebitare agli operatori costi per l'accesso alle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione.
 - Utilizzare appieno gli appalti elettronici, che semplificano considerevolmente per gli offerenti l'accesso alle informazioni e la presentazione delle offerte.

- Divulgare le informazioni e il bando di gara nel modo più ampio possibile ed evitare la pubblicazione durante i periodi di vacanza, in quanto si riduce il tempo di cui dispongono gli operatori per preparare la loro offerta.
- Cercare di concludere la procedura il più rapidamente possibile, riducendo per quanto possibile il periodo tra il termine per la ricezione delle offerte e la decisione di aggiudicazione dell'appalto. Ciò incoraggia gli operatori economici a partecipare e, al tempo stesso, riduce il tempo a disposizione degli offerenti per concludere accordi collusivi (ad esempio negoziando il ritiro di un offerente dalla procedura in cambio della partecipazione al contratto in qualità di subappaltatore).
- Utilizzare metodi per **sensibilizzare gli operatori economici sulle eventuali conseguenze di comportamenti collusivi e per scoraggiarli dal mettere in atto tali comportamenti.**
 - Includere nei documenti di gara disposizioni e clausole quali:
 - l'obbligo per gli offerenti di presentare una dichiarazione che attesti che hanno preparato la loro offerta in modo indipendente dagli altri offerenti;
 - sanzioni per il futuro contraente che risulti colpevole di collusione nell'ambito della procedura di aggiudicazione, o l'esplicita possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di risolvere il contratto o di chiedere il risarcimento dei danni per tale motivo;
 - informazioni sulle eventuali sanzioni previste a norma del diritto nazionale nei casi di collusione (quali l'esclusione dagli appalti pubblici per un certo periodo di tempo o l'irrogazione di sanzioni pecuniarie a norma del diritto della concorrenza).
 - Imporre agli offerenti, alle condizioni previste dal diritto nazionale, di comunicare quanto prima nel corso della procedura se intendono subappaltare parte dell'appalto.
 - Valutare attentamente quali informazioni divulgare nel corso della procedura di aggiudicazione. Non è necessario andare oltre quanto richiesto dal diritto europeo e nazionale. Evitare, se possibile, di divulgare informazioni (ad esempio chi ha presentato un'offerta, a quale prezzo, dettagli della procedura ecc.) che potrebbero agevolare i contatti tra operatori o consentire ai soggetti collusi di verificare facilmente se tutti abbiano rispettato le condizioni del loro accordo illecito nella partecipazione alle procedure di aggiudicazione.

3. Consigli su come individuare potenziali casi di collusione durante la fase di valutazione delle offerte

- **È opportuno prendersi il tempo necessario per esaminare accuratamente le offerte presentate nel corso della procedura.** Spesso la collusione emerge da piccoli dettagli che passano solitamente inosservati, ma che possono fornire indicazioni plausibili del fatto che talune offerte sono state preparate dalla stessa persona o coordinate tra gli offerenti. Prestare attenzione a quanto segue:
 - identici errori, anche ortografici, in offerte diverse;
 - offerte diverse redatte con carattere tipografico o calligrafia simili;
 - offerte nelle quali figurano l'intestazione o i dati di contatto di un altro offerente;
 - offerte diverse che contengono gli stessi errori di calcolo o metodologie identiche per la stima del costo di alcune voci;
 - offerte presentate dalla stessa persona o in cui figurano persone con gli stessi dati di contatto.
- **Prestare maggiore attenzione alle offerte che si situano ben al di sotto degli standard minimi richiesti dai documenti di gara,** così come alle offerte in gran parte incomplete o provenienti da un operatore chiaramente inadatto a eseguire l'appalto.

La presenza di tali offerte è un'indicazione di un possibile accordo collusivo in base al quale vengono presentate le cosiddette «offerte di comodo» (ossia offerte che non hanno possibilità o non hanno lo scopo di vincere l'appalto) per manipolare la valutazione e ottenere l'esito desiderato.
- **Studiare attentamente i prezzi presentati dagli offerenti,** in particolare quelli che non appaiono ragionevoli perché eccessivamente bassi o troppo elevati rispetto al costo stimato dell'appalto senza che vi sia una motivazione palese. Prestare attenzione a quanto segue:
 - indicazioni che suggeriscono che le imprese possono coordinare i loro prezzi, ad esempio aumenti di prezzo identici che non possono essere spiegati da aumenti dei costi di mercato o da sconti non applicati, soprattutto in un mercato in cui storicamente gli sconti sono stati riconosciuti;
 - un ampio scarto di prezzo tra l'offerta vincente e le altre;

- il fatto che un determinato fornitore presenti un'offerta molto più elevata per un determinato appalto rispetto a quella che ha presentato per un altro appalto analogo;
 - riduzioni significative dei prezzi rispetto al passato, applicate dopo che un operatore economico nuovo o che non partecipa con frequenza ha presentato un'offerta: ciò indica che il nuovo operatore potrebbe aver perturbato un cartello esistente;
 - operatori locali che offrono prezzi più elevati per le forniture a livello locale rispetto a quelle verso destinazioni più lontane;
 - imprese locali e non locali che offrono costi di consegna simili;
 - circostanze in cui la maggior parte degli operatori offre lo stesso prezzo;
 - circostanze in cui alcuni operatori offrono prezzi notevolmente diversi per procedure analoghe.
- **Ove possibile, controllare** (utilizzando le banche dati elettroniche sugli appalti, come i registri nazionali degli appalti, o qualsiasi altro strumento informatico disponibile) **se le offerte ricevute seguano modalità ricorrenti di presentazione** sulla base di precedenti procedure di aggiudicazione analoghe. Tali modalità possono essere considerate un'indicazione di un accordo collusivo. Per individuare dette modalità, verificare quanto segue:
- la frequenza con cui gli operatori economici si aggiudicano o perdono gli appalti;
 - operatori che offrono sistematicamente prezzi elevati in alcune procedure e prezzi bassi in altre per lo stesso tipo di fornitura, lavoro o servizio;
 - l'eventualità che lo stesso operatore offra sempre il prezzo più basso;
 - operatori che presentano offerte vincenti solo in determinate aree geografiche;
 - operatori che presentano regolarmente offerte ma che non partecipano a una procedura alla quale ci si aspettava che partecipassero;
 - operatori che inaspettatamente ritirano le loro offerte nel corso della procedura;
 - operatori che presentano sempre offerte ma non vincono mai;
 - operatori che si aggiudicano i contratti secondo un sistema di rotazione.
- Avvalersi delle possibilità previste dal diritto dell'UE e nazionale per **raccogliere informazioni in ogni fase della procedura riguardo all'intenzione di un offerente di subappaltare parte dell'appalto e, in tal caso, per sapere a quale impresa intende conferire il subappalto.**

Le situazioni in cui l'offerente aggiudicatario subappalta il lavoro per lo stesso appalto a offerenti non selezionati o in cui l'offerente aggiudicatario rifiuta di firmare il contratto e successivamente risulta essere un subappaltatore dell'offerente a cui è stato infine aggiudicato l'appalto possono essere considerate indicazioni sufficientemente plausibili di collusione.

- **Prestare attenzione alle offerte presentate da un gruppo di operatori economici** che avrebbero potuto presentare offerte per proprio conto o dai quali ci si sarebbe attesa la presentazione di offerte per proprio conto.

Un'offerta congiunta può essere una scelta commerciale legittima, a seconda delle specifiche condizioni di mercato della procedura di appalto, o una questione di necessità quando gli operatori possono soddisfare i criteri di selezione o avere maggiori possibilità di aggiudicarsi l'appalto solo presentando un'offerta come gruppo. Qualora non sembri ricorrere alcuna di tali condizioni, è opportuno valutare attentamente se un'offerta congiunta possa essere considerata un'indicazione di collusione.

- **Prestare attenzione anche alle offerte presentate nella procedura di aggiudicazione da operatori economici che sono in qualche modo collegati** (ad esempio offerte presentate dalla società madre e da una sua controllata o da due società che appartengono allo stesso gruppo).

Sebbene non sia necessariamente ovvio che tali società collegate siano colluse o abbiano avuto accesso alla preparazione delle offerte delle altre società, le offerte provenienti da società collegate potrebbero nascondere un accordo collusivo, per cui potrebbe essere necessario verificare che tutte le offerte siano state preparate in piena autonomia.

- **Prestare particolare attenzione alle offerte presentate da operatori economici che in passato sono stati esclusi dall'amministrazione aggiudicatrice in questione o da un'altra amministrazione aggiudicatrice per motivi di collusione o che in passato sono stati riconosciuti colpevoli di pratiche collusive da un'autorità nazionale garante della concorrenza.**

Sebbene non comporti automaticamente l'esclusione dell'offerente da una procedura di aggiudicazione in corso, in determinate circostanze tale constatazione potrebbe essere considerata un'indicazione sufficientemente plausibile di collusione. Nulla vieta di prendere in considerazione anche i casi di collusione individuati all'estero che coinvolgono lo stesso operatore economico. Va da sé che, se l'operatore economico è stato escluso da tutte le procedure di aggiudicazione nel paese in questione per un certo periodo di tempo e presenta un'offerta durante tale periodo, detto operatore deve essere escluso dalla procedura di aggiudicazione senza che sia valutata l'offerta presentata.

4. Consigli su come reagire ai casi di presunta collusione

- Se si rilevano indicazioni sufficientemente plausibili di collusione da parte di alcuni operatori economici finalizzata a limitare la concorrenza o predeterminare il vincitore della procedura di aggiudicazione, **la normativa dell'UE riconosce il diritto di prendere in considerazione l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione degli offerenti coinvolti.**
 - Prima di prendere tale decisione, valutare attentamente le indicazioni disponibili e documentare le constatazioni fatte (compresi tutti i relativi contatti).
 - Tenere conto di aspetti quali la natura e la gravità dei fatti che hanno indotto a sospettare che vi sia un accordo collusivo, gli eventuali chiarimenti forniti dall'offerente (cfr. infra) e la situazione del mercato nel settore.
 - Prendere in considerazione la possibilità di escludere solo gli offerenti che rappresentano una minaccia reale per la concorrenza, ad esempio solo gli offerenti che hanno avviato o diretto il sistema collusivo.
 - Tenere presente che gli indicatori di rischio di collusione possono in realtà avere una spiegazione ragionevole di cui occorre tenere conto prima di escludere un offerente dalla procedura.
- Avvalersi delle possibilità previste dal diritto dell'UE e nazionale per **consentire agli offerenti di fornire chiarimenti circa la loro offerta**, soprattutto riguardo agli aspetti che hanno fatto nascere il sospetto di collusione.

Gli offerenti sospettati di comportamenti collusivi nell'ambito di una procedura di aggiudicazione hanno il diritto, ai sensi della normativa dell'UE, di presentare argomentazioni a sostegno della possibilità di non essere esclusi dalla procedura. Ciò comprende le prove delle misure da essi adottate per ristabilire la loro affidabilità (qualora siano stati esclusi da una procedura precedente o giudicati colpevoli di collusione da un'autorità nazionale garante della concorrenza) o del fatto che la loro partecipazione alla procedura non mette a repentaglio la concorrenza effettiva necessaria. Se le argomentazioni addotte dall'offerente o le misure di autodisciplina adottate a norma delle direttive dell'UE o del diritto nazionale sono ritenute sufficienti a dimostrare la sua affidabilità, all'offerente deve essere consentito di continuare a partecipare alla procedura. Ciò favorirebbe la concorrenza, in particolare nel caso di mercati a elevata concentrazione in cui sono attivi pochi operatori economici.

- Nel ricevere e valutare tali argomentazioni, è opportuno non accusare direttamente gli offerenti di collusione né lasciar loro intendere che esiste la possibilità di una simile accusa, in quanto ciò potrebbe indurre gli offerenti collusi a distruggere illegalmente gli elementi di prova che potrebbero essere utili nel corso del processo.
- Rispettare il principio di parità di trattamento degli offerenti (vale a dire dare a tutti gli offerenti interessati la stessa possibilità di rispondere agli eventuali dubbi in merito alla loro offerta), senza mai discutere mai di tali dubbi con gli offerenti collettivamente.
- Nel valutare i chiarimenti eventualmente ricevuti, prestare attenzione a qualsiasi dichiarazione che possa confermare i sospetti, ad esempio nel caso in cui gli offerenti giustificano i loro prezzi facendo riferimento ai «prezzi suggeriti dal settore», ai «prezzi standard di mercato» o agli «elenchi dei prezzi del settore», oppure nel caso in cui gli offerenti affermino che non vendono in una determinata zona o a specifici acquirenti senza offrire una motivazione ragionevole, o ancora nel caso in cui presentino argomentazioni comuni o addirittura utilizzino la stessa terminologia di altri offerenti nelle spiegazioni riguardo ai prezzi offerti.
- Esaminare le argomentazioni addotte dagli offerenti in modo proporzionato e con una mentalità aperta.
- **Contattare l'autorità nazionale garante della concorrenza e/o l'autorità centrale responsabile degli appalti** (o qualsiasi altra autorità competente, a seconda delle disposizioni in vigore a livello nazionale), soprattutto in caso di dubbio, per ottenere consulenza e assistenza da parte di esperti nella gestione del caso.
- Considerare altresì la possibilità di chiedere consiglio all'ufficio legale o al servizio di audit, se disponibili e/o se tale possibilità è prevista.

- Mantenere la riservatezza in merito a questi contatti e non informarne l'offerente sospettato o altri offerenti per evitare che gli offerenti potenzialmente collusi abbiano il tempo di distruggere illegalmente gli elementi di prova prima che l'autorità garante della concorrenza decida di intervenire.
 - Se si decide di escludere un offerente per motivi di collusione, **è opportuno informare l'autorità nazionale garante della concorrenza e/o l'autorità centrale responsabile degli appalti** nel modo più dettagliato possibile. In tal modo dette autorità potranno eventualmente dare seguito al caso e, più in generale, monitorare l'applicazione di questo motivo di esclusione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici a livello nazionale.
-