amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 9-10/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Suddivisione in lotti e PMI. Principi e tendenze evolutive del sistema[1]

di Paolo Giugliano*

SOMMARIO: 1. La spinta derivante dall'ordinamento comunitario.- 2. Sguardo retrospettivo con breve ricostruzione dell'istituto ed analisi dell'assetto attuale della disciplina.- 3. Problematiche legate alla configurazione dell'istituto sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006.- 4. Il nuovo scenario alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016.

Abstract

Quello della suddivisione in lotti degli appalti è un istituto rispetto al quale l'ordinamento ha mostrato crescente interesse negli ultimi anni. Tale interesse nasce (i) dall'osservazione che la partecipazione delle piccole e medie imprese alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici è, ancora oggi, estremamente ridotta se si tiene conto della numerosità di tali soggetti e del fatturato che essi, complessivamente realizzano, e (ii) dal diffuso convincimento che il principale strumento per favorire tale partecipazione è, per l'appunto, quello della segmentazione della domanda pubblica al fine di tener conto delle caratteristiche degli operatori del mercato. La disciplina della suddivisione in lotti degli appalti, dunque, risente oggi della visione di fondo che ispira il codice dei contratti pubblici ed offre all'interprete un chiaro segnale del progressivo, ed inevitabile, allontanamento delle logiche meramente contabilistiche o concorrenziali che avevano ispirato la disciplina previgente. In questo senso, la previsione di un "obbligo" di suddividere gli appalti in lotti, pur con i dovuti contemperamenti dovuti alla necessaria individuazione di un lotto funzionale o di un lotto prestazionale, è indicativa della volontà del legislatore di puntare a rafforzare le capacità di partecipazione delle PMI alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici.

[1] Il presente contributo rappresenta lo sviluppo della relazione tenuta al Convegno "*Il recepimento delle direttive appalti e concessioni: i nuovi scenari normativi*", il 26 febbraio 2016, in Benevento, nell'Aula Magna dell'Università del Sannio.
Il contributo è stato sottoposto a *blind peer review*.

1. La spinta derivante dall'ordinamento comunitario

Quello della suddivisione in lotti degli appalti quale strumento per promuovere la partecipazione delle piccole e medie imprese[2] (di seguito, anche, "PMI") alle procedure di evidenza pubblica, è un tema rispetto al quale l'ordinamento comunitario, ancor prima di quello nazionale, ha manifestato un crescente interesse.

Tale attenzione non è affatto casuale ma scaturisce, evidentemente, dalla constatazione che la scelta in merito alla suddivisione in lotti di un appalto influenza la spendita dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione ed è suscettibile di incidere, in maniera piuttosto significativa, non soltanto sull'impostazione della gara d'appalto ma addirittura sull'esito della stessa.

Ed infatti, la scelta di procedere al frazionamento dell'oggetto dell'appalto (e conseguentemente delle prestazioni da acquisire attraverso la procedura di gara) può finanche implicare l'attingere a mercati sostanzialmente diversi nei quali operano imprenditori differenti[3].

È noto che l'attenzione della Commissione europea alla tematica in parola, quanto meno a partire dal 2008, è sorta dall'osservazione di un dato di fatto: il totale dei valori degli appalti pubblici aggiudicati dalle PMI in Europa raggiunge un livello di circa il 42% del totale degli appalti pubblici sopra soglia comunitaria affidati mediante procedura di gara, mentre esse rappresentano, sulla base del loro fatturato complessivo, circa il del 52% dell'economia reale.

Sicché, per usare le parole della Commissione, "*sono ancora possibili miglioramenti*" [4].

Tale "constatazione" ha spinto, dunque, la Commissione a suggerire, in un primo momento, l'adozione di alcune *pratiche* finalizzate proprio a favorire (*recte*: agevolare) la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Ciò nella consapevolezza che "*una maggiore partecipazione delle PMI alle commesse pubbliche potrà incrementare la concorrenza nel settore degli appalti pubblici, aumentando la convenienza per le stazioni appaltanti. Oltre a ciò, pratiche di aggiudicazione degli appalti pubblici più competitive e trasparenti consentiranno alle PMI di liberare il loro potenziale di crescita e innovazione con effetti positivi sull'economia europea*".

Tra le *pratiche* proposte rientrava proprio quella della "suddivisione degli acquisti pubblici in lotti", già possibile alla luce delle disposizioni normative all'epoca vigenti, che rende intuitivamente più agevole e semplice l'accesso delle PMI, "*sia dal punto di vista quantitativo (la dimensione dei lotti può corrispondere meglio alla capacità produttiva delle PMI) sia dal punto di vista qualitativo (il contenuto dei lotti può corrispondere maggiormente al settore specializzato delle PMI)*" e finisce comunque per ampliare la c.d. concorrenza *per* il mercato[5].

---

*Dottorando di ricerca presso l'Università del Sannio.

[2] La definizione è oggi contenuta nella Raccomandazione della Commissione europea, 6 maggio 2003, n. 2003/361/CE. Tale documento definisce come medie imprese, quelle imprese che hanno meno di 250 occupati ed un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro.

[3] F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, in www.giustamm.it, 2012. Sulle distorsioni concorrenziali derivanti dalla eccessiva ampiezza dell'oggetto dell'appalto si veda anche M. MONTALTI, *Le azioni di tutela delle piccole e medie imprese negli appalti pubblici: i lotti funzionali e le altre modalità di coinvolgimento*, in *App. e Contr.*, 2012, 5, pag. 8 e ss., e G. BARBERIS, *Suddivisione in lotti degli appalti pubblici: da eccezione a regola a tutela delle PMI. Quale effettività*?, in Giur. It., 2014, 12, pag. 2810.

[4] Documento di lavoro dei Servizi della Commissione europea del 25.06.2008, SEC(2008) 2193, contenente il *Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti* pubblici, pag. 4.

[5] Id. pagg. 3 e 8. Sul punto si rinvia anche all'analisi di C. RANGONE, *La suddivisione in lotti degli appalti pubblici in Francia e nella Unione europea*, in www.igitalia.it, 2012, pag. 1.

Insomma, quanto meno a partire dalla pubblicazione del documento in parola, la Commissione europea aveva identificato il problema e proposto la soluzione.

Senonché, probabilmente anche a fronte della presa d'atto di una certa resistenza da parte degli Stati membri a seguire le sue indicazioni, sin dalla proposta di riforma delle direttive appalti, la Commissione europea ha nuovamente posto una particolare enfasi sulla tematica dell'accesso delle PMI agli appalti pubblici.

Ciò, peraltro, muovendosi principalmente secondo tre diverse direttrici: (*i*) la semplificazione nella dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione; (*ii*) la maggiore apertura rispetto al passato a forme di acquisto "aggregato", qual è ad esempio il ricorso agli accordi quadro; (*iii*) l'introduzione di un *favor* per la suddivisione in lotti degli appalti.

Tale attenzione è stata confermata dal Parlamento europeo e dal Consiglio e di essa si trova evidenza all'interno del testo della nuova direttiva appalti ordinari approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio[6].

E così, al considerando n. 78 della direttiva n. 2014/24/UE (appalti ordinari), si afferma espressamente che è "*opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, dal titolo «Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici», che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI*".

Al medesimo considerando, il legislatore europeo giunge poi ad affermare che "*per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto*".

L'art. 46 della predetta direttiva, a sua volta, prevede che:

(*i*) "*Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti* […]" indicando "*i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti; tali motivi sono riportati nei documenti di gara o nella relazione unica di cui all'articolo 84*";

(*ii*) "*Gli Stati membri possono attuare il secondo comma del paragrafo 1 rendendo obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati a condizioni da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione*".

Insomma, il testo della nuova direttiva appalti ordinari è chiaro nel prevedere un *favor* per le PMI che si esplica, tra l'altro (ma non solo, come si dirà al successivo par. 4), attraverso una particolare attenzione alla suddivisione in lotti degli appalti.

Occorre, dunque, interrogarsi se il recepimento della direttiva n. 2014/24/UE a mezzo del d.lgs. n. 50/2016 abbia determinato una "svolta" per l'ordinamento italiano rispetto alla disciplina vigente nel recente passato.

[6] Ci si riferisce, in particolare, alla 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. Sebbene in concreto tratti il tema in modo diverso, alcuni spunti si rinvengono anche nella 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. Esula dalla presente analisi, invece, la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Scopo del presente contributo è, dunque, quello di ricostruire, seppur per sommi capi e nelle sole caratteristiche essenziali, l'evoluzione dell'istituto e (tentare di) comprendere, attraverso l'analisi dei principi governano la materia, andando dunque al di là della specificità delle singole disposizioni che si sono succedute nel tempo, quanto la sua evoluzione possa in futuro incidere sulle scelte delle pubbliche amministrazioni.

2. Sguardo retrospettivo con breve ricostruzione dell'istituto ed analisi dell'assetto attuale della disciplina

Il tema della suddivisione in lotti non è certo estraneo al nostro ordinamento. Esso è stato, infatti, affrontato quanto meno a partire dalla disciplina di contabilità di Stato (R.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e R.d. 23 maggio 1924, n.827), rimasta pressoché invariata e punto di riferimento della tematica oggetto della presente analisi fino a metà degli anni '90 del secolo scorso.

In questa sede, pur se per ragioni di sinteticità non è consentito addentrarsi nell'analisi delle singole disposizioni contenute nei predetti atti legislativi, occorre comunque ricordare che tale disciplina era sostanzialmente finalizzata a tutelare in via immediata l'interesse della pubblica amministrazione a selezionare il miglior contraente, inteso come colui che avesse offerto le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni economicamente più vantaggiose per la pubblica amministrazione[7].

In questo senso, il dispiegarsi di una piena concorrenza (intesa, innanzitutto, come capacità di accesso alla procedura da parte di tutti gli operatori interessati) era, dunque, funzionale ad ottenere che le risorse pubbliche venissero spese nel miglior modo possibile[8].

Ciò, evidentemente, rifletteva le concezioni della funzione, della collocazione sociale, dell'Amministrazione pubblica e dell'Interesse pubblico e, dunque, anche della ricostruzione teorica della situazione soggettiva dell'interesse legittimo in quanto "occasionalmente" protetto in funzione della coincidenza con l'Interesse pubblico[9].

Tale impostazione ha trovato riflesso, inevitabilmente, anche nella scelta del legislatore dell'epoca in merito alla suddivisione in lotti degli appalti che, dal combinato disposto degli artt. 37 e 43 del regolamento sulla contabilità, veniva indicata come un'eccezione riconducibile al cospetto dei soli casi di "*speciale necessità*", con il conseguente divieto di adottare una "*divisione artificiosa in più e diversi contratti*"[10] ogni qual volta i diversi contratti fossero comunque riconducibili, una volta ricomposti, ad una singola "impresa".

In sostanza, la regola generale dettata dalla predetta disciplina della contabilità di stato era

[7] M.S. GIANNINI, *Origini e caratteristiche della normativa contabile del 1923-24*, in R. Perez (a cura di), *Il completamento della riforma della contabilità pubblica*, 1988, p. 15. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, 1986. F. P. PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in Enc. Giur., Vol IX, 1988.

[8] M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in Dir. Amm., 2008, 2, pag. 297.

[9] G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, 1996, pag. 146 e ss.

[10] L'art. 37 del R.d. 827/1924 recita: "1. *Tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli. 2. Le forniture, i trasporti e i lavori sono dati in appalto separatamente secondo la natura del servizio e divisi possibilmente in lotti, quando ciò sia riconosciuto più vantaggioso per l'amministrazione*". Il successivo art. 43 prevede, inoltre: "*1. Pel complesso di una sola opera o di un solo lavoro, in caso di speciali necessità da farsi constare nel decreto di approvazione del contratto, possono formarsi progetti e perizie parziali per procedere a distinti contratti con più persone. 2. Quando l'appaltatore o il fornitore sia la medesima persona, e le forniture e i lavori comunque parzialmente descritti formino sostanzialmente parte di una sola impresa, non si ammette alcuna divisione artificiosa in più e diversi contratti, ma si procede ad un solo contratto con le norme stabilite nel capo I del presente titolo*". Sul punto si veda F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, cit..

indubbiamente quella della "unitarietà del contratto" e quello del "vantaggio per l'amministrazione" era l'unico criterio che poteva orientare la scelta tra unitarietà e frammentazione dell'oggetto contrattuale.

Anche a seguito dell'avvento della Costituzione, i principi che regolavano la materia sono rimasti (quanto meno in una fase iniziale e fatto salvo quanto si dirà tra breve) esclusivamente quelli di imparzialità e buon andamento, i quali, interpretati ed attuati in senso tradizionale, portavano a massimizzare l'attenzione alle efficienze ed alle economie della pubblica amministrazione, senza che in ciò rilevasse, o quanto meno senza che rilevasse direttamente, la necessità di tutelare la libertà delle imprese che aspiravano a contrattare con il soggetto pubblico (la concorrenzialità nell'aggiudicazione, si ribadisce, era strettamente funzionale all'interesse economico-finanziario dell'amministrazione)[11].

Un'importante novità venne, tuttavia, introdotta con la legge Merloni, figlia di un periodo in cui gli appalti pubblici erano divenuti oggetto di crescente attenzione da parte dell'ordinamento comunitario al fine di renderne la disciplina compatibile con il valore della concorrenza e con le libertà fondamentali sancite dal Trattato.

In particolare, la spinta neoliberistica di quegli anni portò il legislatore europeo a prendere in considerazione anche l'impatto concorrenziale dell'azione dei committenti pubblici.

La legge 11 febbraio 1994, n. 109 recependo tale spinta e introducendo un netto ed innegabile miglioramento rispetto al passato nella disciplina degli appalti pubblici, riponeva maggiore (ancorché non esclusiva) attenzione rispetto al passato all'interesse delle imprese partecipanti[12], al fine di: (*i*) garantire una concorrenza per il mercato (che sia tanto efficace quanto la concorrenza nel mercato); (*ii*)creare dei "campioni europei", attraverso la costituzione di un mercato unico in cui le imprese più grandi e più forti fossero destinate a prevalere, rafforzando la propria capacità di competere all'interno del mercato comunitario ma anche al di fuori dei suoi confini, circostanza rivelatrice di un approccio concorrenziale "puro" ispirato alla logica dell'*homo homini lupus*.

Rispecchiava tale impostazione anche il tema della suddivisione in lotti.

Quest'ultima tematica restava infatti sullo sfondo e, pur se astrattamente prevista dalla legge Merloni, non era di certo incentivata, preferendosi l'unitarietà del contratto[13].

La possibilità di individuare, all'interno di un unico contratto dei lotti dotati della c.d. "autonoma funzionalità", continuava a rappresentare l'eccezione rispetto al regime generale, la cui scelta andava adeguatamente motivata.

In quest'ottica, l'unitarietà era strumentale al perseguimento: (*i*) di risparmi ed efficienze gestionali per la p.a.; (*ii*) della tutela della concorrenza, attraverso la chiara individuazione dell'oggetto dell'appalto e la rigidità applicazione delle regole della *par condicio*; (*iii*) della

[11] E' significativa, in tal senso, l'analisi delle fattispecie concrete sottoposte al vaglio del giudice amministrativo in merito alla corretta applicazione dell'art. 43 del R.d. 827/1924. Si veda, al riguardo e tra le tante, TAR Sicilia, sez. I, 13 dicembre 1997, n. 2131.

[12] In tal senso va letto l'art. 1, comma 1, della l. n. 109/94 secondo cui "*In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori*".

[13] *Cfr.* art. 14, comma 7, della l. n. 109/94 secondo cui "*Un lavoro [o un tronco di lavoro a rete] può essere inserito nell'elenco annuale, limitatamente ad uno o più lotti, purché con riferimento all'intero lavoro sia stata elaborata la progettazione almeno preliminare e siano state quantificate le complessive risorse finanziarie necessarie per la realizzazione dell'intero lavoro. In ogni caso l'amministrazione nomina, nell'ambito del personale ad essa addetto, un soggetto idoneo a certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto*".

prevenzione di fenomeni elusivi o corruttivi, oggetto di particolare attenzione alla luce del contesto politico di quegli anni.

Ci si trova, tuttavia, in un momento storico in cui la Carta costituzionale ha cominciato ormai da tempo a funzionare (disvelando il proprio contenuto programmatico più che di mera garanzia), gli interessi "non pubblici" hanno aumentato la loro dignità costituzionale, l'interesse legittimo è divenuto sempre più una forma di protezione giuridica indipendente da quella dell'interesse pubblico e quest'ultimo si trova a rappresentare solo uno degli interessi rilevanti che compongono il "rapporto" tra il cittadino e l'amministrazione[14].

A parere di chi scrive, senza omettere di considerare l'evoluzione che in quegli anni aveva interessato l'interpretazione dell'art. 41 Cost. e l'attenzione alla tutela della libertà d'impresa[15], è innegabile che in quegli anni ha assunto maggiore rilevanza la tutela da parte dei poteri pubblici della dignità della persona umana e dunque delle sue "proiezioni" (alle quali fa espresso riferimento l'art. 2 Cost.), non solo attraverso la loro maggiore considerazione ma anche per mezzo di sistemi di adeguata protezione giuridica[16].

Insomma ci si trova in un momento in cui la posizione dell'interesse legittimo ha mutato i suoi connotati ed ha assunto una maggiore "dinamicità", com'è evidente se si considera l'attenzione riposta dal legislatore alle garanzie partecipative offerte nella l. n. 241/1990. Sicché, ci si rende conto che i valori che informano la stessa "forma di Stato" rendono assai arduo individuare il corretto livello di soddisfazione dell'interesse pubblico "*indipendentemente dalla contestuale valutazione del grado di soddisfacimento da riconoscere (o meno) all'interesse sociale del privato amministrato*"[17].

La presa europea del principio di ragionevolezza e delle sue componenti (tra le quali i principi di proporzionalità, equità, logicità), e la scoperta che quello di imparzialità ne è una declinazione specializzata per l'amministrazione pubblica[18], rafforzano dunque l'idea che la soddisfazione dell'interesse pubblico, quale che sia in concreto la modalità di azione adottata dalla pubblica amministrazione, non possa non passare necessariamente per l'attenta valutazione e considerazione degli interessi privati coinvolti, in quanto sono proprio questi ultimi ad influenzare e limitare l'esercizio del potere pubblico.

[14] M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, 2008.

[15] Tra le tante riflessioni sul tema si segnala N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 1998; M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2007, p. 849. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, 2007; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2008; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in Quad. cost., 1992. G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in Enc. dir., vol. XXVI, 1976, p. 794, secondo cui il principio concorrenziale appare «*disarmato rispetto alla tendenza alla concentrazione immanente nell'economia a struttura concorrenziale… perché, nessuna indicazione della Carta Costituzionale prevede né misure di freno a detta tendenza, né, tanto meno, misure cosiddette di deconcentrazione*». Al riguardo sia consentito rinviare anche a P. GIUGLIANO, *Origini, funzioni e situazioni giuridiche soggettive nell'intervento antitrust*, in AA.VV., *Gli incentivi finanziari pubblici nella prospettiva del diritto europeo*, 2010, pag. 141 e ss..

[16] La questione, invero, era stata affronta ben prima dalla dottrina. Al riguardo si rinvia a A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione , Principi fondamentali*, pag. 50 e ss.

[17] Sul punto *cfr*. G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, cit., pag. 155.

[18] P. FORTE, *I principi dell'azione amministrativa dopo le recenti riforme*, in M. P. CHITI – G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa. Atti del convegno di Napoli*, 2006, pag. 73 e ss.. Sul ruolo e l'influenza dei principi dell'ordinamento comunitario sull'azione amministrativa si veda L. FERRARA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, 2005, pag. 39 e ss..

Sicché, ad essere cambiata è la stessa visione dell'individuo, non più visto come *singolo* ma come *persona*, che si muove nell'ordinamento nella sua dimensione collettiva e sociale e che, a ben vedere, oltre a poter esercitare le proprie libertà, deve anche essere messo nelle condizioni di adempiere al proprio dovere "*di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*" (art. 4, comma 2, Cost.).

Non è un caso, dunque, che dopo qualche anno di maturazione di principi che connotano la materia, sia stata la giurisprudenza, pur appigliandosi al principio di tutela della concorrenza, all'art. 41 Cost., a prendere atto della rovesciata impostazione dell'assetto degli interessi in gioco ed ha cominciato ad introdurre un *vulnus* nella impostazione tradizionale che vedeva l'azione delle pubbliche amministrazioni (specie quella posta in essere in vista della stipula di un contratto pubblico) come scollegata dalla considerazione dell'impatto sugli interessi privati coinvolti.

Nascono così alcune pronunce che mettono in evidenza come l'eccessiva grandezza dell'appalto vada a detrimento del *favor partecipationis*, sicché anche la volontà di stipulare contratti dall'oggetto eccessivamente esteso debba essere adeguatamente motivata[19].

Ulteriore evoluzione si è avuta con la direttiva comunitaria 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Con tale direttiva, infatti, il legislatore comunitario ha posto in ulteriore risalto l'estrema rilevanza la tutela della concorrenza all'interno delle procedure preordinate alla stipula di contratti pubblici, rafforzando meccanismi ed istituti che erano stati ritenuti poco efficienti nell'esperienza precedente. Sicché si è sostenuto che a seguito della suo recepimento l'ordinamento italiano avrebbe definitivamente superato la tradizionale impostazione "contabilistica" a favore di un'impostazione "concorrenziale"; la migliore offerta per la pubblica amministrazione è generata automaticamente dal mercato.

Con riferimento al tema della suddivisione in lotti, tuttavia, sia la direttiva che il d.lgs. n. 163/2006 di recepimento, confermavano un *favor* di fondo per l'unitarietà dell'oggetto dell'appalto, essendo più che altro attenti a disciplinare l'istituto in parola al solo fine di evitare fenomeni di elusione delle stringenti regole poste a tutela della *par condicio* tra i concorrenti.

In questo senso, chiare indicazioni provengono da alcune disposizioni contenute negli artt. 29 e 128 del d.lgs. n. 163 del 2006, le quali si limitavano a prevedere la possibile individuazione di lotti dotati di "autonomia funzionale".

La suddivisione in lotti restava dunque un'eccezione o, comunque, solo una delle scelte possibili.

Senonché, tale impostazione si rivelava inefficiente e soprattutto lesiva della libertà d'impresa sicché era ormai pressante l'esigenza di temperare, sulla base dei predetti principi, l'impostazione fino a quel momento vigente.

E' in questo contesto, dunque, sulla spinta della predetta giurisprudenza e della rinnovata attenzione del legislatore comunitario, nel 2011 sono intervenute due rilevanti novità normative:

(*i*) l'art. 2, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006 ha introdotto tra i *principi* che ispirano la disciplina del codice appalti (in modo, a dir il vero, discutibile) quello secondo cui le stazioni appaltanti devono suddividere l'appalto in lotti funzionali ove "*possibile ed economicamente conveniente*";

(*ii*) l'art. 13, comma 2, dello Statuto delle imprese ha previsto che le stazioni appaltanti, nel ri-

[19] In tal senso, ad esempio, TAR Lazio, sez. III *ter*, 11 marzo 2004, n. 2375.

spetto della normativa UE e "*purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari*" provvedono a suddividere gli appalti in lotti.

3. Problematiche legate alla configurazione dell'istituto sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006

Alla luce dei predetti interventi normativi ci si è dunque interrogati sull'impatto degli stessi sull'istituto in commento e, in particolare, sulla loro idoneità ad introdurre nell'ordinamento un vero e proprio obbligo di suddivisione in lotti[20] degli appalti pubblici.

Ci si trova di fronte ad un caso, piuttosto evidente, di eccesso nella produzione normativa.

La tendenza giuspositivistica dell'ordinamento, che vede come necessaria la legificazione puntuale di ogni nuovo "principio" con il mal celato intento di conferirgli dignità pari a quella dei principi già esistenti, anche al fine di legittimarne l'utilizzo, ha condotto all'emersione di spinte contrastanti: da un lato, la spinta a favore dell'unitarietà dell'oggetto del contratto; dall'altro, invece, la spinta alla suddivisione in lotti.

E così, la codificazione puntuale di nuove regole e principi, teoricamente finalizzata a garantire la certezza del diritto, ha dunque finito con il generare un risultato di segno esattamente opposto rispetto a quello perseguito: l'incertezza delle regole da seguire e, conseguentemente, l'andamento ondivago del "mercato".

Incertezza che, come rilevato in dottrina, non può che comportare il necessario ritorno ai principi generali dell'ordinamento al fine di "riordinare la materia": da un lato i principi di imparzialità e buon andamento (declinati nei principi di proporzionalità e ragionevolezza), dall'altro il principio di tutela della concorrenza e del "mercato"[21].

Il corretto esercizio del potere doveva necessariamente passare, dunque, attraverso il corretto bilanciamento tra principi ed interessi in un'ottica che, tuttavia, non vedeva più la preponderanza delle esigenze meramente contabilistiche ma che guardava sempre più spesso allo stato del mercato ed alle caratteristiche degli operatori, sicché la scelta della pubblica amministrazione avrebbe dovuto tendere ad ottenere la massimizzazione dell'interesse pubblico con il minor sacrificio degli interessi pubblici e privati coinvolti: massimizzazione e sacrificio che, tuttavia, non vanno letti in termini meramente "economici" ma "sociali" (sicché sarebbe stato finanche possibile ipotizzare che un minore risparmio economico legato al singolo appalto potesse essere compensato da un risparmio ben maggiore, non esclusivamente economico, legato alla tutela di particolari soggetti del mercato).

Per questo motivo, assume sicuro rilievo il tema della motivazione della delibera a contrarre e degli atti di gara, motivazione che non serve più a giustificare il ricorso al regime di eccezione ma, come per altri ambiti dell'azione amministrativa, ha la funzione di rendere chiaro il ragionamento logico-giuridico sotteso alla scelta di procedere con la suddivisione o meno dell'oggetto del contratto.

In ciò, dunque, si dimostra ancora una volta la specialità dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, la cui funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico, richiede sempre maggiore attenzione anche ad elementi della volontà negoziale ritenuti solitamente irrilevanti all'interno dei rapporti privatistici.

E' per tale ragione che non appare dunque pienamente condivisibile quella giurisprudenza

[20] G. BARBERIS, *Suddivisione in lotti degli appalti pubblici: da eccezione a regola a tutela delle PMI. Quale effettività?*, cit., pag. 2811. C. SANNA – M. PANI, *Lotti funzionali e tutela delle piccole e medie imprese*, in Urbanistica e appalti, 2012, 12, pag. 1243 e ss.

[21] F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, cit.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

secondo cui, a far data dall'entrata in vigore del predetto art. 2, comma 1 *bis*, sussisterebbe un vero e proprio obbligo di procedere alla suddivisione in lotti dell'appalto, quasi a voler negare la sussistenza di discrezionalità dell'amministrazione[22]. Come ha avuto modo di ricordare il Consiglio di Stato, infatti, nelle gare pubbliche la decisione sottesa alla suddivisione o meno in lotti dell'appalto è sempre espressiva di una scelta discrezionale, non suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità, tanto più nel caso in cui l'unitarietà sia necessitata in considerazione dell'oggetto dell'appalto e delle modalità esecutive dello stesso[23].

4. Il nuovo scenario alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016

Degli spunti contenuti nella direttiva appalti 2014/24/UE si è già detto.

La legge n. 11 del 2016, ha dettato i criteri di delega per il recepimento, tra i quali (criterio ccc) quello del "*miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione,* […] *attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti, prevedendo in particolare che la dimensione degli appalti ed il conseguente valore delle gare e dei lotti in cui queste risultino eventualmente suddivise siano adeguati al fine di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese nonché introducendo misure premiali per gli appaltatori e i concessionari che coinvolgano i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti".*

I primi commenti alle direttive hanno teso ad evidenziare un cambiamento di prospettiva che dovrebbe interessare la tematica in parola, quasi che ad oggi si possa finalmente parlare di un vero e proprio obbligo di suddivisione in lotti, anche a prescindere dall'individuazione di un'autonoma funzionalità del lotto, con conseguente ribaltamento della prospettiva vigente nello scorso decennio.

Se prese nel loro integralismo, tali impostazioni non appaiono condivisibili.

Al riguardo si rileva, innanzitutto, che la proposta di revisione delle direttive del 2004 formulata dalla Commissione europea recava la previsione di un obbligo di procedere alla suddivisione in lotti degli appalti, con un correlato obbligo di espressa motivazione qualora si fosse deciso di adottare propendere per l'unitarietà dell'oggetto del contratto. Il testo della proposta vagliata dalla Commissione prevedeva, infatti, che la stazione appaltante, qualora avesse deciso di non suddividere in lotti, avrebbe dovuto fornire una "*specific explanation*".

La versione della direttiva vagliata dal Parlamento europeo, invece, adotta una formulazione letterale diversa, ancorché non evidente nella versione italiana del testo, all'interno della quale si prevede che la scelta dell'opzione per la mancata suddivisione in lotti debba essere accompagnata da "*an indication of the main reasons*", espressione che evidentemente richiede una motivazione meno rigorosa di quella che invece era prevista nella proposta della Commissione e che lascia trasparire la volontà del legislatore europeo di non vincolare eccessivamente l'attività delle stazioni appaltanti.

A ciò si aggiunga, peraltro, che restano nell'ordinamento alcune "controspinte" verso l'unitarietà dei contratti, finalizzate a rafforzare il potere d'acquisto delle stazioni appaltanti (centrali d'acquisto) attraverso l'allargamento dell'oggetto del contratto nell'ottica del risparmio pubblico (evidentemente, maggiore è la concentrazione del potere d'acquisto, minore è la tutela delle PMI).

[22] TAR Basilicata, sez. I, 7 febbraio 2013, n. 71.

[23] Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081.

Insomma, la direttiva, lasciava comunque spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione ed alla possibilità di mantenere l'unitarietà dell'oggetto dell'appalto.

In questo scenario, il nuovo codice dei contratti ha previsto, all'art. 51, che "1. *Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti*".

Disposizioni di *favor* per la suddivisione in lotti sono inoltre inserite nella fase di progettazione e programmazione della commessa pubblica, superando così le menzionate contraddizioni che connotavano il d.lgs. n. 163 del 2006. E così, ad esempio, l'art. 23 del d.lgs. n. 50 del 2016, dedicato alla progettazione, specifica che il progetto di fattibilità debba necessariamente comprendere anche le indagini e gli studi necessari preordinati ad effettuare la "*scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali*".

In questa sede, dunque, si osserva la chiara tendenza del legislatore delegato ad introdurre un limite certamente più stringente per le pubbliche amministrazioni rispetto a quello previsto dalle previgenti disposizioni, le quali facevano salva la possibilità di optare per l'aggiudicazione di un lotto unitario qualora per la stazione appaltante non fosse "*possibile ed economicamente conveniente*" e che, in più di una occasione, avevano indotto il giudice amministrativo a non censurare la scelta compiuta dalla stazione appaltante[24].

Ragion per cui è verosimile che le stazioni appaltanti saranno tenute a dividere in lotti l'oggetto dell'appalto ogni qual volta sia individuabile un "lotto funzionale", definito come "*uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti*".

In buona sostanza, la novella legislativa, pur nel rispetto del necessario margine di discrezionalità da riconoscere sempre alla pubblica amministrazione in ossequio all'art. 97 Cost., e pur non senza contraddizioni legate alla (comunque non inconciliabile) spinta verso la centralizzazione degli acquisti, avendo posto attenzione non già sulla "artificiosa suddivisione" (come faceva la disciplina della contabilità di stato) ma sulla "artificiosa aggregazione", ha comunque rafforzato il chiaro *favor* per la suddivisione in lotti rispetto a quanto avveniva nel recente passato.

Solo per completezza, si osserva sinteticamente, rinviando ad una diversa sede gli ulteriori necessari approfondimenti, che, a garanzia del ri-

[24] Ad esempio, si veda, T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 27 aprile 2015, n. 399 , secondo cui per poter censurare la decisione della stazione appaltante di non suddividere in lotti un appalto è necessario che sussistano "*entrambi i presupposti per l'applicazione dell'art. 2, comma 1-bis del D. Lgs. n. 163 del 2006, vale a dire che la suddivisione dell'appalto in lotti distinti sia tecnicamente possibile e non eccessivamente onerosa per la P.A. committente. Peraltro, in via generale. la scelta di suddividere in lotti l'appalto pubblico compete unicamente alla amministrazione appaltante, con valutazione in riferimento alla quale essa è dotata di discrezionalità tecnica, con annessi i ben noti limiti di sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo*".

spetto della nuova impostazione, il corretto esercizio della discrezionalità potrà essere vagliato dagli operatori e, soprattutto, dal giudice amministrativo, attraverso l'esame della puntuale motivazione fornita a favore dell'una o dell'altra scelta.
Motivazione che, evidentemente:
(*i*) avrà necessariamente anche una funzione "difensiva" degli interessi dei destinatari della scelta in concreto effettuata dalla stazione appaltante (come peraltro insegnato dalla Corte di Giustizia) sicché, ancorché sintetica non potrà tradursi in un mero adempimento formale;
(*ii*) lascerà comunque sempre spazio all'intervento giurisdizionale il quale, tuttavia, coinvolgendo un'attività amministrativa che si esplica, in parte, attraverso l'esercizio di discrezionalità amministrativa e, in altra parte, attraverso l'esercizio di discrezionalità tecnica, dovrà necessariamente attenersi alle caratteristiche del giudizio di legittimità, evitando di sfociare, piuttosto, in un sindacato di merito sull'opportunità delle scelte compiute dalla pubblica amministrazione[25].
In definitiva, il d.lgs. n. 50 del 2016 ci consegna un codice dei contratti che, con maggior vigore rispetto a quanto accadeva nel recente passato, si allontana, pur non potendola del tutto abbandonare, da una logica meramente contabilistica e tesa ad ottenere il maggiore risparmio di spesa possibile.
A parere di chi scrive, dunque, il legislatore sembra aver preso, definitivamente, coscienza che le procedure di evidenza pubblica, soprattutto in questo particolare momento storico, rappresentano un vero e proprio strumento di politica economica: una nuova forma di intervento pubblico nell'economia.
In quest'ottica, quello della suddivisione in lotti degli appalti, quale strumento di tutela delle PMI, si pone sicuramente nel solco di tale mutato approccio.
Una precisazione è, tuttavia, d'obbligo, al fine di rimuovere un possibile equivoco.
Quando si fa riferimento ad una maggiore attenzione del legislatore nei confronti delle PMI, non si intende sostenere che queste ultime debbano essere, in qualche modo, favorite nell'aggiudicazione degli appalti pubblici rispetto ad operatori di maggiori dimensioni.
A tal riguardo è sufficiente richiamare l'art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale, sgombrando il campo da ogni possibile equivoco, recita: "*Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi*".
Fermo restando quanto precede, tuttavia, si osserva che il Codice dei Contratti, muovendosi nel solco dell'art. 3, comma 2, Cost., pur se non garantisce alle PMI la sicura aggiudicazione di appalti pubblici, favorisce e stimola comunque la loro partecipazione alle procedure competitive, rimuovendo così gli ostacoli precedentemente presenti rispetto al pieno sviluppo delle capacità imprenditoriali di tali soggetti e, in definitiva, garantendo il pieno esercizio della loro libertà di iniziativa economica.
In tal senso depongono anche altre disposizioni del Codice rispetto a quelle fino a questo momento richiamate.
Si consideri, ad esempio, quanto previsto dai commi 2 e 3 dell'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui prevedono strumenti volti ad ampliare la platea dei soggetti che contraggono con le stazioni appaltanti, quali:
(*i*) la possibilità di stabilire un limite massimo di lotti rispetto ai quali un operatore può presentare offerta (comma 2);
(*ii*) la possibilità di prevedere, anche in assenza del limite del comma 2, una limitazione del

[25] Sul tema, tra le tante, si rinvia a Cassazione SS.UU. 20 gennaio 2014, n. 1013.

"*numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente*" (comma 3).

E' evidente, dunque, che limitando la possibilità che taluni operatori si *accaparrino* l'intera domanda pubblica, si vengono a creare maggiori opportunità per gli operatori più piccoli di riuscire ad aggiudicarsi singole commesse e, così, di sviluppare la propria capacità imprenditoriale affrancandosi da un ruolo di mero supporto di operatori di maggiori dimensioni.

Solo per completezza, si osserva che il *favor* per lo sviluppo delle capacità competitive delle PMI sembra essere alla base anche della rinnovata disciplina del subappalto, istituto che, da sempre, ha rappresentato la porta di accesso alle commesse pubbliche per gli operatori di minore dimensione.

Pur non potendo, in questa sede, affrontare le consistenti novità che hanno interessato l'istituto del subappalto, si osserva che l'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha introdotto diverse disposizioni a tutela dei subappaltatori ed in particolare, per quelli, tra loro, di minori dimensioni.

In questa sede se ne richiamano alcune che sembrano assumere fornire maggiori garanzie per le PMI, alla luce dell'esperienza maturata in questi anni.

Si pensi, ad esempio: (*i*) al comma 13, ai sensi del quale la stazione appaltante corrisponde direttamente "*al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi: a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa* […]"; (*ii*) al comma 14, secondo cui l'appaltatore "*deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto*"; (*iii*) al comma 22, a mente del quale "*…. I subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto realmente eseguite*".

Si tratta di disposizioni di carattere estremamente innovativo rispetto al quadro normativo previgente le quali, in modo chiaro, tendono a rendere sempre più "autonomo" il ruolo del "piccolo" subappaltatore, affrancandolo dal controllo dell'affidatario e consentendo alle imprese di piccole dimensioni di vedersi garantito, da un lato, il corrispettivo economico per la prestazione fornita e, dall'altro, il riconoscimento professionale, a mezzo degli appositi certificati, della capacità imprenditoriale, che potrà essere sfruttato nell'ambito di successive procedure competitive a dimostrazione del particolare *expertise* acquisito nell'esecuzione di commesse pubbliche.