

Partecipazione agli appalti da parte delle PMI. Ci sono spiragli per superare le perduranti resistenze?*

Giovanni Cocco

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La suddivisione in lotti nella direttiva appalti (dir. 2014/24/UE). – 3 La suddivisione in lotti secondo il Codice dei contratti pubblici (nell'art. 51 d.lgs. 50/2016 e nell'art. 58 d.lgs. 36/2023). – 4. La suddivisione in lotti e l'effettiva possibilità di partecipazione agli appalti da parte delle PMI. – 5. Un ribaltamento di prospettiva: la suddivisione in lotti come interesse pubblico incorporato nella norma. – 6. Uno scenario fruttuoso per uscire dall'*impasse*.

1. *Premessa*

Per evitare fraintendimenti è bene chiarire subito che lo scopo di questo lavoro è considerare un profilo specifico della problematica della suddivisione in lotti, ossia quello della adeguatezza della dimensione dei lotti rispetto alla possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese (PMI¹), ovviamente

* Questo scritto costituisce la rivisitazione di un articolo precedente, già pubblicato sulla Rassegna di Diritto Pubblico Europeo nel numero dedicato al ventennale della Rivista (2020-2022), ed è stato rielaborato alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36, Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici. Per effetto della sopravvenienza normativa, il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 è abrogato dal 1° luglio 2023, data di acquisto dell'efficacia da parte del nuovo Codice dei contratti pubblici (artt. 226 e 229, d.lgs. 36/2023). In relazione al tema della suddivisione in lotti cui è dedicata questa trattazione, e soprattutto per quanto concerne i profili di maggior interesse ivi esaminati, il pregresso quadro di disciplina è stato sostanzialmente ripreso nel nuovo Codice (art. 58 d.lgs. 36/2023). Appare quindi giustificato mantenere come principale riferimento l'art. 51 d.lgs. 50/2016, sulle cui previsioni si sono sviluppati gli orientamenti interpretativi presi in considerazione in questo scritto. Ferma questa premessa, si intende comunque dare contezza delle peculiarità del nuovo Codice, tra i cui caratteri distintivi, conferiti dall'intreccio di principi e criteri direttivi formulati dalla legge delega, spicca l'ancoraggio allo *Small Business Act* – di cui alla comunicazione della Commissione europea (COM(2008) 394 definitivo), del 25 giugno 2008 – come fonte dei principi ai quali conformare la disciplina della suddivisione in lotti in funzione di *favor participationis* a vantaggio delle micro e piccole imprese (v. art. 1 lett. d) l. 78/2022).

¹ D'ora in poi nel testo si continuerà ad utilizzare, per semplicità, l'acronimo PMI di uso, tradizionalmente, più diffuso rispetto alla sigla mPMI, sebbene sarebbe più preciso ricorrere a quest'ultima, dal momento che la presente trattazione è riferita al tema della partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche da parte

laddove in concreto l'Amministrazione committente si determini per la suddivisione in lotti dell'oggetto d'appalto.

Adottare questa particolare prospettiva non significa che non verrà interessata la questione più generale della suddivisione in lotti in sé². Si cercherà solo di dimo-

delle microimprese. Per completezza si ricorda che la nozione corrente di microimprese, piccole e medie imprese è stabilita dalla normativa europea e, in particolare, dalla Raccomandazione n. 2003/361/CE (Raccomandazione della Commissione relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese). A testimonia- re la centralità di tale definizione è il rinvio che viene effettuato alla Raccomandazione da parte del legislatore interno. Nell'attuale sistema di disciplina dei contratti pubblici, il rinvio alla Raccomandazione risulta espresso nell'ambito delle definizioni enunciate dall'art. 1 c. 1 lett. o) dell'Allegato I.1. al d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), in base al quale «nel codice si intende per [...] micro, piccole e medie imprese, le imprese come definite nella raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione europea, del 6 maggio 2003». Tale formulazione risulta sostanzialmente analoga a quella utilizzata nelle direttive UE del 2014 sugli appalti: «[...] le PMI sono da intendersi quali definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione» (v. art. 83, Dir. 26 febbraio 2014 n. 2014/24/UE; art. 99, Dir. 26 febbraio 2014 n. 2014/25/UE). Analogamente era previsto nel precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50), con la differenza che in tale articolato il rinvio è corredato dalla specificazione dei livelli dimensionali (numero di occupati e valore di fatturato) stabiliti dalla Raccomandazione (art. 2) per identificare le diverse categorie di imprese. Si veda l'art. 3 c. 1 lett. aa), d.lgs. 50/2016 secondo cui ai fini della disciplina dei contratti pubblici con i termini di «microimprese, piccole e medie imprese» si intendono «le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003. In particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e 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; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro». Si precisa che nel 2021, all'esito della periodica attività svolta dalla Commissione Europea per il monitoraggio dell'attuazione della definizione di PMI, si è ritenuto non necessario procedere ad una revisione (SWD (2021)280, Documento di lavoro dei servizi della Commissione sulla valutazione della definizione di PMI). A parte gli aspetti definitivi, per comprendere la rilevanza delle PMI nello scenario economico europeo e interno appare utile segnalare che le «piccole, medie e microimprese rappresentano il 99% di tutte le imprese dell'UE. Nel 2015, poco meno di 23 milioni di PMI hanno prodotto un valore aggiunto pari a 3 900 miliardi di EUR e dato lavoro a circa 90 milioni di persone, rappresentando una fonte essenziale di imprenditorialità e innovazione, elementi fondamentali per la competitività delle società dell'UE. La politica europea per le PMI mira ad assicurare che le politiche e le azioni dell'Unione siano adatte alle piccole imprese e contribuiscano ad aumentare l'attrattività dell'Europa come luogo in cui avviare un'azienda e svolgere un'attività commerciale» (secondo quanto si legge nella scheda pubblicata sul sito del Parlamento europeo nell'apposita sezione dedicata alle Note tematiche sull'Unione europea, reperibile all'indirizzo <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/63/piccole-e-medie-imprese>). Si veda anche la Comunicazione della Commissione europea COM(2020) 103 final (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Una strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale): «L'Europa può contare su 25 milioni di piccole e medie imprese (PMI) che costituiscono la spina dorsale dell'economia dell'UE: danno lavoro a circa 100 milioni di persone, generano più della metà del PIL dell'Europa e svolgono un ruolo chiave garantendo un valore aggiunto in tutti i settori dell'economia». Con specifico riferimento alla situazione interna ci si riporta ai dati esposti nella Relazione ex art. 212 c. 3 d.lgs. 50/2016 presentata il 3 dicembre 2021 dalla Cabina di regia incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri: «In Italia le micro, piccole e medie imprese (mPMI) rappresentano una percentuale (99,9%) prossima a quella media dell'UE (99,8%) ma sono costituite più che altrove da microimprese, che contano per il 94,4% del totale» (v. Relazione ex art. 212 c. 3 d.lgs. 50/2016, p. 69).

² Sulla problematica della suddivisione in lotti di un appalto la dottrina è abbastanza copiosa. Si può vedere riassuntivamente e per i riferimenti bibliografici, S. Villamena, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, 4, 933 ss. Con

strare che il profilo da scrutinare presenta degli aspetti peculiari, che non ne consentono *tout court* la riconduzione e l'assorbimento nelle problematiche più complesse che le norme (europee ed interne) sulla suddivisione in lotti pongono³.

Consta che il problema della suddivisione in lotti di un appalto sia stato preso in considerazione, oltre che dalla dottrina, da svariate pronunce giurisprudenziali con percorsi ed esiti non sempre concordanti.

Tanto non può che indurre prudenza nell'affrontarlo, avviando inizialmente l'indagine dal terreno che si ritiene più solido: quello della ricognizione dell'impianto normativo (ricomprendendo in esso anche i considerando delle direttive, che non hanno efficacia normativa, però assolvono ad una funzione esplicativa essenziale⁴).

2. *La suddivisione in lotti nella direttiva appalti (dir. 2014/24/UE)*

Per quanto riguarda la normativa eurounitaria si preferisce, per ragioni di semplicità, rivolgersi direttamente al testo della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici⁵.

riferimento al tema specifico qui oggetto di analisi si può vedere anche A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale "chiave di volta" che non risolve*, in *DeS*, 2021, 795-828.

³ In proposito non si condivide il pensiero espresso in una sentenza del Consiglio di Stato (peraltro in verità ampiamente motivata) la quale, prendendo spunto dal considerando 78 della direttiva 2014/24/UE, che prevede ipotesi nelle quali è giustificata la mancata ripartizione in lotti, afferma che «tale principio si applica, analogicamente, anche ai casi in cui, per le caratteristiche intrinseche dell'appalto ed, in particolare, per la sua complessità, non è concretamente ipotizzabile un frazionamento in lotti tale da consentire la partecipazione in via autonoma (senza cioè ricorrere a RTI ovvero al subappalto) delle PMI» (Cons. Stato Sez. III, 15 dicembre 2020, n. 8440). In verità dalla lettera dell'art. 51, c. 1, del Codice dei contratti, come si cercherà di spiegare più diffusamente in seguito, si desumono due regole diverse. L'una riguarda la possibilità di deroga alla regola generale della suddivisione in lotti di un appalto, l'altra concerne il diverso caso in cui, essendosi l'Amministrazione committente (già) determinata per la suddivisione in lotti dell'appalto, il valore dei lotti deve essere adeguato in modo da garantire la possibilità di partecipazione delle PMI. Essendo tale seconda indicazione normativa già completa e compiuta in sé, la stessa non necessita, ad avviso di chi scrive, del supporto di una interpretazione analogica. Istituto giuridico, quello dell'analogia, cui – come è ben noto – si è autorizzati a ricorrere solo nel caso in cui si manifestino lacune nell'ordinamento, A. Torrente–P.Schlesinger, *Manuale di diritto privato* Milano, 1981, 46 e ss. Semmai si dovrebbe parlare di interpretazione estensiva, con la quale si adegua la portata letterale della norma alla effettiva volontà legislativa. Peraltro, anche a voler considerare questa ipotesi, si nutrono forti dubbi sulla assimilabilità delle due fattispecie.

⁴ Secondo la definizione più comune i considerando motivano in modo conciso le norme essenziali dell'articolato, senza riprodurne o parafrasarne il dettato. Non contengono enunciati di carattere normativo o dichiarazioni di natura politica. Nella nostra analisi, come si vedrà assumono un valore importante.

⁵ Nella presente trattazione si assume come riferimento la dir. 2014/24/UE sugli appalti, ma la suddivisione in lotti è prevista anche dalla dir. 2014/25/UE sugli appalti nei settori di acqua, energia, trasporto, servizi postali (settori speciali). Occorre precisare che la dir. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione non reca una specifica disposizione sulla suddivisione in lotti (a differenza delle altre due direttive, che vi dedicano ciascuna un'apposita disciplina: art. 46 dir. 2014/24/UE; art. 65 dir. 2014/25/UE), tuttavia l'istituto

L'articolo dedicato alla «Suddivisione degli appalti in lotti» è l'art. 46, di cui vengono in rilievo – per queste considerazioni iniziali – i paragrafi 1 e 2.

La prima disposizione recita: «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».

A sua volta la seconda reca: «Tranne che per gli appalti la cui suddivisione sia stata resa obbligatoria a norma del paragrafo 4 del presente articolo, le amministrazioni aggiudicatrici indicano 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».

Il testo appena riportato attribuisce, dunque, la facoltà alle amministrazioni di aggiudicare un appalto per lotti separati, ma, nel caso in cui si decida di non esercitare detta facoltà, è imposto un obbligo di motivare le ragioni principali della scelta diversa.

Le norme menzionate sembrano esprimere un *favor* trasparente per la suddivisione in lotti, di cui non è difficile ricostruire il fondamento.

La suddivisione in lotti degli appalti è, in senso generale, uno strumento importante per incrementare la concorrenza, e – per quanto qui maggiormente interessa – è essenziale per agevolare la partecipazione agli appalti delle PMI, che potrebbero essere scoraggiate o, addirittura, impedita a partecipare dalle dimensioni troppo ingenti di un appalto.

A dire il vero, questa idea non è condivisa da tutta la dottrina giuridica (in particolare non da quella italiana), almeno con riguardo alla configurazione della divisione in lotti secondo il dettato dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE. Così è stato sostenuto: «*The division into lots regime of art.46 Directive 2014/24/EU is not improving the prospects for SMEs in public procurement across the EU. The firm*

opera anche per le concessioni. Si veda, in proposito, Cons. Stato, Sez. V, sent. 20 settembre 2021 n. 6402: «la regola della suddivisione in lotti degli appalti prevista dall'art. 51 del codice trova applicazione anche alle procedure di affidamento di contratti di concessione di servizi, perché, come evidenziato dal giudice di primo grado, è comune ad entrambe le procedure – di affidamento di contratti di appalto e di contratti di concessione – l'esigenza di massima apertura del mercato che tale regola è diretta a garantire (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 novembre 2018, n. 6611; V, 21 marzo 2018, n. 1811, ove più diffuse considerazioni su tale problematica)». Si veda, altresì, Cons. Stato, Sez. V, sent. 21 marzo 2018 n. 1811 secondo cui è da ritenere che «nonostante la mancata esplicita previsione normativa, anche in relazione all'aggiudicazione delle concessioni la suddivisione in lotti, ove possibile, costituisca criterio preferenziale, rispondendo alla medesima esigenza di favorire l'attività economica delle imprese medie e piccole (anche in ragione della disposizione di cui all'art. 30, comma 7, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riferita ai contratti di appalto e a quelli di concessione, per la quale: «I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese»; così, del resto, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123), con la sola precisazione che alla stazione appaltante non è richiesta una puntuale motivazione negli atti di gara circa le ragioni della mancata suddivisione in lotti della procedura. La stazione appaltante è, invece, tenuta a dar conto delle motivazioni che l'hanno indotta a non suddividere in lotti nel caso in cui sia a ciò sollecitata dall[e] contestazioni mosse, anche in sede giudiziaria, dalle parti private».

floor of minimum harmonisation is set too low and consequently did not lead to any significant legislative changes at the national level during the transposition process.

Consequently, there is no reason to expect a change of practice based on this largely unchanged legal framework. Thus, no significant shift towards the promotion of SMEs has occurred through the division into lots regime of Directive 2014/24/EU»⁶.

Ancor più a monte l'Autore appena citato solleva la questione se siano giustificate misure legislative volte a promuoverne ulteriormente la partecipazione delle PMI, dal momento che, anche prima dell'approvazione della Direttiva 2014/24/UE, queste ultime detenevano già una quota considerevole dei mercati degli appalti dell'UE, con variazioni a seconda delle loro dimensioni, dell'entità dell'appalto, del tipo di appalto, del tipo di ente aggiudicatore e del mercato specifico in questione. Inoltre, sempre a stare al pensiero dell'Autore citato, non vi è mai stata prova di una discriminazione sistematica nei loro confronti negli appalti pubblici. Onde l'evidenza di una discrepanza tra la loro importanza per l'economia e la loro quota di appalti pubblici sarebbe «in gran parte aneddotica»⁷.

Sta di fatto, però, che né la Commissione, né i governi degli Stati membri erano soddisfatti della quota di appalti pubblici cui partecipavano le PMI⁸. Si giustifica così la predisposizione favorevole dimostrata nei loro confronti in sede europea dall'articolo 46 della Direttiva 2014/24/UE, testimoniata, in modo ancor più chiaro, da quanto riportato in due considerando della direttiva 2014/24/UE.

⁶ Così M. Trybus, *The division of public contracts into lots under EU Directive 2014/24/EU: minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement?*, in *European Law Review*, 2019, 43, n. 3, 31.

⁷ Ancora M. Trybus, *The division of public contracts*, cit., 6. Con gli stessi toni, A. Semple, in un articolo pubblicato sul suo blog il 3 marzo 2015, «*Can we have evidence-based procurement policy?*» sostiene che: «*So will it work to get more SMEs on to the list of government contractors? This depends very much on SMEs themselves deciding to apply for contracts. There has never been any evidence of systematic discrimination against SMEs either by central or local government – the argument was that the process of pre-qualification was overly bureaucratic and sometimes included inappropriate requirements, for example relating to financial standing or previous experience. This was supported by largely anecdotal evidence and an apparent gap between the overall role of SMEs in the economy and their share of public contracts – however such figures seldom account for the particular sectors of the economy in which SMEs are active. It is possible that removing PQQs will help to boost the number of smaller companies winning contracts, but it also comes at considerable cost to both the public and private sector. By effectively mandating the use of the open procedure for all below-threshold contracts, the new rules mean that many more tenders will be prepared and evaluated – a hugely resource-intensive task on both sides. Any policy which has the potential to incur such costs should be subject to rigorous assessment before it is adopted.*».

⁸ Per una esaustiva documentazione circa le motivazioni politiche a favore delle PMI nei contratti pubblici, si può vedere H. Willems, *Die Förderung des Mittelstands: Wirtschaftsverfassungsrechtliche Legitimation und Vergaberechtliche Realisierung* (Carl Heymanns: Cologne, 2003), 56. In una prospettiva più ampia, perché ha riguardo all'intero diritto societario, ma limitatamente alla recente riaffermazione, in questo segmento ed in Inghilterra, dell'obiettivo di "pensare innanzitutto in piccolo" è di interesse l'analisi di J. Hardman, *Empirical Evidence for the Continuing Need to "Think Small First" in UK Company Law*, in *European Business Organization Law Review*, 11 agosto 2022, per la peculiarità di essere il primo a utilizzare tecniche di *data science e imaging* per fornire un'istantanea empirica dell'intero data base.

Più precisamente, il considerando 2 afferma che la (preesistente⁹) normativa sugli appalti «dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale».

Il considerando 59, a fronte del fatto che nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici (di cui si esemplificano possibili spiegazioni), pone in luce che l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze andrebbero attentamente monitorate al fine, tra le altre cose, di preservare «la possibilità di accesso al mercato per le PMI».

A sua volta il considerando 78 compie, in esordio, un'affermazione vieppiù decisa, dichiarando apertamente che «è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI».

Non solo, ma a testimoniare in modo ancor più evidente la particolare attenzione riservata alle PMI, è sancito pure che, nell'ambito del controllo sull'applicazione delle norme sugli appalti pubblici, entro il 18 aprile 2017 e successivamente ogni tre anni, «gli Stati membri presentano alla Commissione una relazione di controllo contenente se del caso informazioni sulle cause più frequenti di scorretta applicazione o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle PMI agli appalti pubblici [...] *omissis* [...]» (art. 83, par. 3, Direttiva 2014/24/UE).

Da questa presa di posizione discendono, poi, nel testo del già citato considerando 78, ulteriori aperture nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche «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». A questo specifico fine, ma anche in senso più generale per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. E la relativa suddivisione potrebbe essere disposta o su base quantitativa facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alle capacità delle PMI, o su base qualitativa, «in con-

⁹ Nel considerando 2 viene fatto testualmente riferimento alla «normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio». Si ricorda che la direttiva 2004/17/CE aveva ad oggetto gli appalti nei settori speciali (acqua, energia, servizi di trasporto, servizi postali), mentre la direttiva 2004/18/CE aveva ad oggetto gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Come noto le due direttive erano state recepite dal d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

formità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle fasi successive del progetto».

Ancora il considerando 124, prendendo atto del potenziale delle PMI per la creazione di posti di lavoro, la crescita e l'innovazione, riconosce che è importante «incoraggiare la loro partecipazione agli appalti pubblici», sia tramite disposizioni appropriate inserite nel corpo di questa stessa direttiva, che tramite iniziative a livello nazionale. All'uopo le nuove disposizioni della direttiva dovrebbero contribuire al livello di successo, ossia la percentuale delle PMI rispetto al valore complessivo degli appalti aggiudicati. E, anche se non è appropriato imporre percentuali obbligatorie di successo, l'ammonimento europeo è nel senso che occorre tenere sotto stretto controllo le iniziative nazionali volte a rafforzare la partecipazione delle PMI, data la sua importanza.

La lettura dei considerando (in verità, per quanto riguarda il considerando 78, limitatamente alla sua prima parte) colora di senso lo stesso testo dell'art. 46, orientandolo in modo tale da lasciar intendere che la suddivisione in lotti andrebbe disposta per favorire l'accesso delle PMI.

La ricostruzione dei «testi fondamentali» non sarebbe completa senza un riferimento allo *Small Business Act* («SBA») di cui alla comunicazione della Commissione europea (COM (2008) 394 definitivo), del 25 giugno 2008¹⁰. Nell'impianto di tale atto la suddivisione in lotti viene inquadrata come strumento diretto a favorire la partecipazione delle PMI alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Più nel dettaglio, la suddivisione in lotti costituisce un mezzo di

¹⁰ Si veda la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, «Una corsia preferenziale per la piccola impresa» Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un «*Small Business Act*» per l'Europa), COM(2008) 394 definitivo, Bruxelles 25 giugno 2008. Per una ricostruzione del quadro normativo si rinvia a Cons. Stato, Sez. III, sent. 4 febbraio 2019 n. 861 nella parte in cui viene sottolineato che «La tendenziale preferenza per una ragionevole divisione in lotti era uno dei cardini del documento di indirizzo delle politiche dell'Unione europea denominate "*Small Business Act* (SBA)", [...] il suddetto principio è stato recepito dal legislatore nazionale rispettivamente: -- prima con l'art. 13 della L. 11 novembre 2011, n. 180 "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese" (peraltro oggi abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. v-*bis*), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e s.m.i.); -- poi con l'art. 2, comma 1-*bis*, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 (introdotto con l'art. 44, comma 7, legge n. 214 del 2011, ed ancora modificato dall'art. 1, comma 2, legge n. 135 del 2012, ed ancora dall'art. 26-*bis*, comma 1, legge n. 98 del 2013). Il predetto comma 1-*bis* prevedeva che: "Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali [...]", e specificava altresì: -- da un lato, che "[...] nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti [...]", e -- dall'altro, che "[...] i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese". I suddetti concetti, del resto, sono stati posti alla base dell'impostazione complessiva anche dalla direttiva 2014/24/UE la quale: -- al Considerando (2) pone il sostegno delle PMI tra i cardini informativi dell'attuazione della strategia "Europa 2020"; -- all'art. 46 introduce disposizioni del tutto identiche a quelle in precedenza già introdotte nel nostro ordinamento».

attuazione di uno specifico principio dello SBA – il V – secondo cui «L'UE e gli Stati membri dovranno adeguare l'intervento politico pubblico alle esigenze delle PMI. Essi dovrebbero far uso del Codice di buone pratiche, in grado di orientare le autorità contraenti sui modi di applicare il quadro degli appalti pubblici della CE per facilitare la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Per eliminare le carenze di mercato che le PMI affrontano durante la loro esistenza, essi dovrebbero usare meglio le possibilità offerte dalle norme comunitarie sugli aiuti di Stato che aiutano le nuove imprese e forniscono incentivi alle PMI». Tra l'altro, il richiamo al Codice di buone pratiche, menzionato pure dal considerando 78 della direttiva 2014/24/UE (v. retro), fa apparire evidente la comunanza di valori tra la direttiva e lo SBA.

Vale, infine, precisare che nonostante lo SBA non abbia valore di atto vincolante, la sua rilevanza giuridica è stata in certo senso rafforzata nel quadro della più recente riforma che ha interessato la materia dei contratti pubblici nell'ordinamento interno: la legge delega 21 giugno 2022 n. 78 (Delega al Governo in materia di contratti pubblici) – in attuazione della quale è stato emanato il d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici – ha, infatti, introdotto tra i principi e criteri direttivi un espresso riferimento allo SBA proprio ai fini della modulazione della disciplina della suddivisione in lotti. Nello specifico, viene prescritto al legislatore delegato di delineare la disciplina sulla suddivisione in lotti nel nuovo Codice dei contratti pubblici «in coerenza con i principi dello *Small Business Act*» (art. 1 c. 2 lett. d), l. 78/2022). Per effetto di questa previsione l'osservanza dello SBA risulta, quindi, «positivizzata».

3. *La suddivisione in lotti secondo il Codice dei contratti pubblici (nell'art. 51 d.lgs. 50/2016 e nell'art. 58 d.lgs. 36/2023)*

Sul piano del diritto interno, la disciplina eurounitaria sulla suddivisione in lotti è stata trasposta nell'art. 51 del Codice dei contratti pubblici adottato nel 2016 (d.lgs. 50/2016¹¹), il quale risulta nella sostanza riprodotto dall'art. 58 del

¹¹ Tra i principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge delega di recepimento delle tre direttive del 2014 in materia di contratti pubblici è incluso il «miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione, anche 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 coinvolgono i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti» (v. art. 1 lett. ccc), l. 28 gennaio

nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023¹²), pur con qualche elemento di differenza che, tuttavia, per gli aspetti di più immediato interesse ai fini della presente trattazione, non stravolge l'impianto del 2016.

Va dato atto, certamente, che la volontà della legge delega del 2022 di vincolare la modulazione della disciplina sulla suddivisione in lotti ad un criterio di «coerenza con i principi dello *Small Business Act*» ha impresso un carattere ben definito ai contenuti dell'art. 58 del nuovo Codice, nel senso che ha reso manifesto il paradigma al quale deve corrispondere il regime giuridico dell'istituto. D'altro canto, non si può ignorare che i principi dello SBA erano ben presenti pure al legislatore del 2016, il quale guardava alle direttive del 2014 con la consapevolezza che «[f]acilitare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici è una delle finalità principali della nuova disciplina europea»¹³. Sicché, è su una linea di continuità con questa consapevolezza, già assorbita dal Codice del 2016, che si colloca la scelta compiuta dalla legge delega 78/2022 di individuare espressamente nello SBA la fonte dei principi su cui sagomare le regole sulla suddivisione in lotti.

Fatta questa premessa di inquadramento, le riflessioni che seguono verranno sviluppate assumendo come principale riferimento l'art. 51 d.lgs. 50/2016. Perché, come è ovvio, su tale disciplina, *ratione temporis*, è stata costruita e calibrata l'elaborazione interpretativa sul tema della suddivisione in lotti la quale, ad oggi, rappresenta l'approdo scientifico ed applicativo con cui occorre fare i conti. In più, e non può essere considerato secondario, i punti sui quali ci si intende concentrare rivelano una certa affinità di contenuti tra la nuova norma (art. 58 d.lgs. 36/2023) e la precedente (art. 51 d.lgs. 50/2016), il che impone di capitalizzare sia l'esperienza applicativa sia l'approfondimento scientifico già maturati sull'art. 51.

2016 n. 11 recante Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). Si veda anche il parere reso dalla Commissione 14^a del Senato (Politiche dell'Unione Europea) sul disegno di legge delega ove viene sottolineato che «le direttive europee sugli appalti pubblici hanno quali obiettivi principali [...] l'accesso più facile per le piccole e medie imprese, attraverso la suddivisione in lotti delle commesse pubbliche [...]» (cfr. Parere della 14^a Commissione Permanente (Politiche dell'Unione Europea), 21 gennaio 2015).

¹² Per un agevole raffronto tra il testo dell'art. 58 d.lgs. 36/2023 e il testo dell'art. 51 d.lgs. 50/2016 si rinvia a Camera dei Deputati-Senato della Repubblica, servizi studi, *Codice dei contratti pubblici A.G. 19. Ai sensi dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022*, n. 78, Schede di Lettura, in *Dossier – XIX Legislatura*, 16 gennaio 2023, 145-147.

¹³ Cfr. Senato della Repubblica, servizio studi, *Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, *Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 1678-B, XVIII Legislatura*, n. 251, novembre 2015, 142.

Ebbene, nell'articolazione della disciplina sulla suddivisione in lotti, l'afflato di tutela delle PMI ha portato a recepire le direttive in un modo che non sembra pedissequamente fedele alle previsioni europee.

In proposito va subito precisato che un elemento di novità del Codice del 2023, rispetto a quello del 2016, è di aver diversificato la configurazione del principio della suddivisione in lotti per i settori speciali rispetto ai settori ordinari, eliminando così un significativo elemento di discontinuità tra l'ordinamento interno e quello europeo. A venire in rilievo è l'art. 141 d.lgs. 36/2023 che supera l'appiattimento generato dall'art. 51 d.lgs. 50/2016 e sfociante in un caso di *goldplating*. In sostanza, nel recepimento delle direttive, il Codice del 2016 aveva modulato la disciplina della suddivisione in lotti sull'art. 46 della direttiva 2014/24/UE (settori ordinari) estendendo il principio *apply or explain* (ossia l'obbligo di motivazione per il caso di mancata suddivisione) anche ai settori speciali, nonostante per questi ultimi l'ordinamento europeo abbia lasciato maggiore autonomia decisionale alle stazioni appaltanti e non abbia imposto l'obbligo motivazionale (v. art. 65 direttiva 2014/25/UE sui settori speciali). L'art. 141 d.lgs. 36/2023 pone rimedio a questa situazione: rimodula la suddivisione in lotti nei settori speciali recependo in modo puntuale le regole stabilite dalla direttiva europea, così – come posto in evidenza dalla relazione illustrativa al nuovo Codice – «al fine di superare le limitazioni non giustificate dal diritto dell'Unione europea, si è deciso di rimuovere l'obbligo di motivazione aggravata in tema di suddivisione in lotti per i settori speciali»¹⁴.

Tanto precisato per completezza di informazione, e posto in evidenza che, rispetto al Codice del 2016, con la nuova disciplina si è introdotto un elemento di maggior coerenza con le direttive, in questa sede non ci si soffermerà sul regime dei settori speciali, in quanto i profili di interesse su quali ci si intende concentrare involgono l'assetto della suddivisione in lotti per come configurato dall'art. 51 d.lgs. 50/2016 e dall'art. 58 d.lgs. 36/2023.

In tale assetto, si ripete, il disegno delle direttive o, quanto meno, della direttiva 2014/24/UE, non appare ripreso in termini di stretta aderenza dall'ordinamento interno.

Questo non tanto perché la suddivisione in lotti viene messa in diretta correlazione con il fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese: infatti, tale impostazione – lo si è accennato – si poteva intravedere e far discendere dai considerando della direttiva. Piuttosto, a rendere peculiare la connotazione domestica della suddivisione in lotti rispetto a quella europea è la perentorietà della formulazione normativa, in quanto quella che dalla direttiva europea è configurata come una facoltà («Le amministrazioni aggiudicatrici possono deci-

¹⁴ Così la relazione illustrativa di accompagnamento al nuovo Codice dei contratti pubblici, cfr. Camera dei Deputati, *Relazione Illustrativa*, 5 gennaio 2023, 186.

dere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti»), nel diritto interno si trasforma in un precetto più imperativo. Tanto che nel testo dell'art. 51 non si trovano espressioni che lascino spazio a scenari alternativi alla suddivisione: al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese – recita la norma – le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ovvero in lotti prestazionali, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. La stessa scelta di campo – però con la previsione di lotti, oltre che «funzionali» o «prestazionali», anche «quantitativi» – è stata confermata nel Codice del 2023 (v. art. 58 c. 1, d.lgs. 36/2023), il quale pur con una formulazione diversa «riproduce sostanzialmente» l'art. 51 c. 1¹⁵.

È pur vero, tuttavia, che nonostante l'enunciazione letterale scelta dal legislatore interno, la suddivisione in lotti non sembra formare oggetto di un vero e proprio obbligo, bensì di un comportamento inquadrato dalla norma come condotta da assumere in via ordinaria, e da cui è possibile discostarsi solamente quando le stazioni appaltanti decidono di regolarsi in modo diverso, con l'obbligo però, di motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti¹⁶.

Ad ogni modo il punto su cui si manifesta una maggiore differenziazione rispetto ai disposti comunitari riguarda il caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici si siano, in effetti, determinate per la suddivisione in lotti di un appalto. Perché, mentre nell'ordinamento europeo è sancito che esse possono, liberamente, determinare le dimensioni e l'oggetto dei lotti, la norma interna prevede, invece, che «il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione» da parte delle PMI¹⁷.

Tra gli spigoli critici che la suddivisione in lotti degli appalti presenta, questo sembra essere uno di quelli meno valorizzati nelle analisi della dottrina e della giurisprudenza.

Vale la pena, invece, di indagarlo un poco più a fondo, e a tale analisi vengono dedicate le riflessioni che seguono.

¹⁵ Cfr. Camera dei Deputati-Senato della Repubblica, servizi studi, *Codice dei contratti pubblici A.G. 19. Ai sensi dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022*, n. 78, Schede di Lettura, cit., 142. Per una definizione di «lotto quantitativo» ossia «definito su base meramente quantitativa» si rinvia all'art. 1 allegato I.1 al d.lgs. 36/2023.

¹⁶ Come è stato osservato «la suddivisione in lotti diventa una regola generale, che ben difficilmente può essere disattesa», così R. Caponigro, *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, 8 marzo 2017, disponibile all'indirizzo <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

¹⁷ L'art. 58 d.lgs. 36/2023 riproduce testualmente questa previsione.

4. *La suddivisione in lotti e l'effettiva possibilità di partecipazione agli appalti da parte delle PMI*

Nella modulazione pratica della regola di condotta, che a rigore impone un frazionamento adeguato a garantire l'effettivo accesso alle gare da parte degli operatori di minori dimensioni, si è consolidata la tendenza interpretativa incline ad escludere che la previsione abbia una portata cogente, nonostante sia espressa da una norma formulata (come già si è visto) in termini di obbligo.

Il concetto su cui si fonda, ad esempio, la sentenza del Cons. Stato Sez. III, 15 dicembre 2020, n. 8440, è che, siccome vuoi l'ordinamento europeo che quello interno contemplano l'ipotesi in cui la mancata suddivisione in lotti risulta ammissibile se giustificata, analogo principio va applicato «anche ai casi in cui, per le caratteristiche intrinseche dell'appalto ed, in particolare, per la sua complessità, non è concretamente ipotizzabile un frazionamento in lotti tale da consentire la partecipazione in via autonoma (senza cioè ricorrere a RTI ovvero al subappalto) delle PMI». A suo conforto questo indirizzo ritiene di addurre quel consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale: «[...] sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le Stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alla peculiarità del caso di specie» (così Cons. Stato, Sez. III, 12 ottobre 2021, n. 6839, che, a sua volta, richiama Cons. Stato, Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076 e Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123). Ancor più recentemente, sempre il supremo giudice amministrativo ha avuto modo di affermare che il legislatore non avrebbe inteso «imporre soluzioni cogenti e definitive nel loro contenuto precettivo riconoscendo alla stazione appaltante possibilità di scelta nell'ambito di un'ampia discrezionalità, ponendo come criterio di orientamento quello del favor per le piccole e medie imprese nell'ambito dell'esigenza di fondo di valorizzazione della libera concorrenza» (v. Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 4726).

Se, laddove l'amministrazione aggiudicatrice si determini per il frazionamento in lotti, la stessa sia tenuta o meno a strutturare il frazionamento in modo tale da consentire la partecipazione in via autonoma alle PMI resta, però, un profilo che merita approfondimento critico.

C'è un punto fermo da tenere a mente, a premessa di qualsiasi argomentazione: il testo della norma (espressa tanto nell'art. 51 d.lgs. 50/2016, quanto nell'art. 58 d.lgs. 36/2023) non presenta margini di ambiguità. Si utilizza un ver-

bo che ha un significato inequivocabile sia nel senso comune che nella sua accezione giuridica “deve”. E si enfatizza che il modo in cui si esplica il relativo comportamento doveroso è finalizzato a garantire «un’effettiva possibilità di partecipazione». Anche qui il legislatore calca la mano, utilizzando l’aggettivo qualificativo «effettiva», per ribadire che si tratta di una scelta inequivocabile e non sovvertibile a favore delle PMI.

Non si può trattare – è fuori di dubbio – di una scelta casuale. Tanto più che, in questo caso, non c’è nessuna allusione ad un contesto che, eventualmente, potrebbe consentire una diversa scelta, se motivata.

Precisato questo, si deve ulteriormente evidenziare che quella di cui si sta discutendo rientra tra le fattispecie nelle quali vengono in considerazione fatti semplici e regole puntuali che importano solo accertamento di accadimenti, e non possono essere resi valutazioni latamente discrezionali e di merito¹⁸.

Così, già nei confronti della scelta di suddivisione in lotti, è stato, sottolineato in modo condivisibile che: «[...]l’accertamento circa la complessità dell’oggetto del contratto e la disponibilità della capacità di realizzarlo in capo ad imprese di minori dimensioni sono accertamenti di puro fatto, sicché la scelta circa la bontà o meno della suddivisione in lotti può essere sindacata alla luce della direttiva relativa all’interesse pubblico che la legge espressamente fornisce». In modo conseguente questa stessa dottrina ha evidenziato che: «L’interesse pubblico non è – in questo caso – una clausola generica che rende tutto opinabile; piuttosto è una direttiva chiara, alla luce della quale è preferibile una soluzione (la suddivisione in lotti) a fronte del ricorrere di circostanze (la realizzabilità da parte di piccole e medie imprese) che sono accertabili autonomamente, come fatti e non quali valutazioni circa l’interesse pubblico»¹⁹.

In questo caso non viene in giudizio il potere discrezionale, sicché il relativo scrutinio non deve essere condotto con i parametri della ragionevolezza, proporzionalità e logicità, perché riguarda la conformazione del fatto e la sua misura alla luce del parametro fornito dalla legge²⁰.

Come ha opportunamente posto in luce una decisione dei giudici di Palazzo Spada: «L’art. 51, comma 1, del codice è norma giuridica costruita nella forma linguistica della proposizione prescrittiva: il legislatore altro non vuole che l’adeguamento ad essa dei suoi destinatari». Perciò «la stazione appaltante è tenuta a suddividere in lotti l’appalto incorrendo altrimenti in un provvedimento illegittimo e dunque annullabile» (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. 20 settembre 2021, n. 6402).

¹⁸ Per questa, e per alcune delle espressioni seguenti, si trae spunto dall’articolo, molto diretto ed apprezzabile, di L.R. Perfetti, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 2, 429 ss. Qui, in particolare, 440.

¹⁹ Ancora L.R. Perfetti, *Cerbero e la focaccia al miele*, cit., 442.

²⁰ L.R. Perfetti, *loc. ult. cit.*

Ora, se questo punto di vista si può ritenere plausibile per quanto riguarda la suddivisione in lotti, a maggior ragione avvalorata la sua logica nel caso in cui, una volta che l'amministrazione aggiudicatrice si sia già orientata per la suddivisione in lotti, si tratti di conformare i lotti in maniera tale da garantire una effettiva possibilità di partecipazione da parte delle PMI, perché, in quest'ultimo caso, il dettato normativo – come si è visto – è ancor più circostanziato.

A questa prospettazione si potrebbe opporre che il disposto comunitario ha dei tratti specifici e diversi da quello interno, laddove sancisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare «le dimensioni e l'oggetto» dei lotti. Sta di fatto, però, che la maggior libertà di azione che sembra delineata dal diritto europeo non trova corrispondenza nel diritto interno, e, almeno fino ad ora, il disposto della seconda parte dell'art. 51 c. 1 del Codice del 2016 non ha subito modificazioni²¹, ed è stato ripreso nella formulazione dell'art. 58 c. 2 del Codice del 2023.

5. *Un ribaltamento di prospettiva: la suddivisione in lotti come interesse pubblico incorporato nella norma*

Certo, la ricomposizione tra i due testi normativi (la direttiva europea e il Codice dei contratti pubblici) non è agevole.

Però, a monte di ogni altra considerazione quel che sembra di poter affermare senza tema di smentite è che entrambi i tessuti normativi evidenziano, di massima, un atteggiamento di *favor* verso le PMI²². È, dunque, in quest'ottica di fondo che va orientato ogni accertamento in merito alla dimensione (funzionale o prestazionale che sia) da attribuire ai diversi lotti.

²¹ Non sembra, invece, possibile patrocinare, una diversa idea tendente ad integrare i due disposti normativi, nel senso che il potere riconosciuto dalla normativa europea, per quanto libero nel modo di sagomare i lotti, troverebbe il suo limite nel dovere di garantire, in ogni caso, la possibilità di partecipazione da parte delle PMI.

²² L'inquadramento che si propone in questo scritto è confortato dalle considerazioni emerse nell'ambito dello studio svolto dalla Commissione Europea (Direzione generale del Mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMI) con l'obiettivo di migliorare la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. È stato elaborato un documento «*SME needs analysis in public procurement – Final Report*» (completato nel febbraio 2021). Da questa Relazione finale traspare che per favorire la partecipazione delle PMI non è sufficiente la suddivisione in lotti in sé ma occorre pure intervenire sui criteri di capacità economica e professionale, e si riconosce pure l'esigenza che l'Unione collabori con gli Stati membri e le Stazioni appaltanti per evitare interpretazioni fuorvianti che potrebbero escludere le PMI (v. Final Report, cit., 124: «*SMEs consider that selection criteria are very demanding, target bigger companies and are made for companies already very experienced in PP. SMEs need to know that demanding selection criteria are sometimes the best guarantee for public administration in the selection process, but the EU new regulatory framework on PP proposes solutions to reduce these barriers. Dividing tenders into lots will allow more SMEs to participate in PP, but this is not enough. Economic and professional capacity criteria should be lower. The EC will work with Member States and public procurers to avoid misleading interpretations that could exclude SMEs*»). Il Report è consultabile al seguente indirizzo <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/46111>.

In buona sostanza, la suddivisione dei lotti e la dimensione degli stessi va, in prima battuta, considerata dalla parte delle piccole e medie imprese, orientando questa ricognizione nell'ottica di garantire per esse una realistica possibilità di partecipazione.

Ne discende che non si può che patrocinare una prospettiva di effettivo *favor* verso le PMI.

Invece la giurisprudenza amministrativa ha assunto una posizione diversa e più sfumata, di talché, all'atto pratico, il canone, pur ricevendo un omaggio formale, è stato sovente oscurato nella sostanza.

Si può addurre ad esempio un'importante ed articolata sentenza del Consiglio di Stato (Sez. III, 26 settembre 2018, n. 5534), che, anzitutto, rifacendosi a precedenti acquisizioni giurisprudenziali, precisa che le stesse: «laddove maturate con riferimento all'ipotesi della mancata suddivisione *tout court* in lotti dell'appalto, si rivelano pertinenti anche laddove si controverta delle modalità di suddivisione, laddove siano tali da non favorire «effettivamente» la partecipazione alla gara delle piccole e medie imprese, essendo evidente che una suddivisione in lotti non rispettosa dei criteri di legge possa dimostrarsi solo apparentemente conforme all'obbligo normativo di suddivisione (del resto lo stesso legislatore, nel prevedere all'art. 51, comma 1, terzo periodo d.lgs. n. 50 del 2016 che, «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», dimostra di esigere l'osservanza sostanziale della regola della suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto, ove funzionale alle esigenze partecipative delle PMI)».

La stessa decisione però si pone, poi, su una linea diversa nell'ulteriore corso del suo *dictum*. Nel senso che si volge a sottolineare il carattere eminentemente discrezionale e l'ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione, a cui collega come unico limite quello di essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto²³.

L'omaggio al principio della concorrenza verrebbe a combaciare con l'applicazione della regola generale della suddivisione in lotti e troverebbe precipua garanzia in uno specifico obbligo di motivazione nel caso di mancata suddivisione. Similmente ci si dovrebbe comportare nell'attribuire un'adeguata consistenza dei singoli lotti, onde evitare la previsione di segmenti di importo spropositato e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui.

Da questo punto di vista, il nuovo Codice reca una disciplina più impegnativa per l'Amministrazione rispetto al Codice del 2016: l'articolato del 2023,

²³ Risultando, quindi, sindacabile nei noti limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in questo senso anche Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038.

infatti, prescrive alle stazioni appaltanti di esplicitare negli atti di gara (bando o avviso di indizione) i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti²⁴. Con il che, evidentemente, il soggetto affidante viene onerato di dare contezza del *quomodo* della suddivisione, e ciò vale a conferire una connotazione sostanziale all'applicazione concreta della norma. La profilazione dei lotti in termini adeguati a garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI deve poter essere valutata alla luce dei criteri cui l'Amministrazione si è attenuta nella realtà della singola procedura di affidamento.

La prospettiva sostanzialista che traspare testualmente dall'art. 58 potrebbe fare da argine rispetto ad applicazioni elusive dell'istituto, e in questo senso la norma del nuovo Codice potrebbe riuscire a presidiare il principio di effettività più intensamente di quanto non potesse fare l'art. 51 d.lgs. 50/2016. Il punto è che, a conti fatti, l'opzione della divisione in lotti, di per sé, non intacca l'ampio margine di valutazione circa la loro dimensione, fermo restando l'obbligo di un'adeguata motivazione.

Tanto che, a detta della giurisprudenza che si è pronunciata sulla materia, anche nel caso in cui la sagoma dei lotti non potesse ritenersi conformata in modo tale da garantire la possibilità di partecipazione da parte delle PMI alla procedura di appalto, questo non sortirebbe l'effetto di rendere automaticamente illegittimo l'agire dell'amministrazione, dovendosi ritenere che il suo *modus operandi* risulterebbe comunque rispettoso del modello legale laddove si orientasse conformemente al «protocollo» operativo, così come enucleato dalla giurisprudenza. Di conseguenza, la regola dell'osservanza dell'interesse partecipativo delle PMI verrebbe, in definitiva, rispettata, subordinatamente: «1) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; e 2) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto»²⁵.

È una lettura che si ritiene di non condividere e che dovrebbe essere superata con il nuovo Codice (art. 58 d.lgs. 36/2023), per quanto, in realtà, nemmeno può dirsi coerente con la logica di effettività radicata, oltre che espressa, già nell'art. 51 d.lgs. 50/2016. Rilevano, almeno, due ordini di ragioni.

Anzitutto non convince l'assimilazione di quanto disposto in merito alla decisione di suddividere o meno l'appalto in lotti, con quanto previsto in ordine

²⁴ Cfr. art. 58 c. 3 d.lgs. 36/2023: «[...] le stazioni appaltanti indicano i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati al comma 2» (il comma 2, come già esposto in altra parte del testo, impone di adeguare il valore dei lotti in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI).

²⁵ Così la già citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 26 settembre 2018, n. 5534, sulle cui orme si muove pure Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2020 n. 8440 (ed *ivi* anche altri ampi riferimenti giurisprudenziali).

al dovere di suddividere i lotti secondo valori adeguati a garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle PMI.

A soddisfare il dovere per le amministrazioni aggiudicatrici di garantire le istanze partecipative delle PMI, in questo secondo caso, non basta né il solo obbligo di motivazione, né, congiunta a questo, la dimostrazione della logicità e plausibilità della scelta perpetrata in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto.

Come si è sopra illustrato, infatti, l'accertamento circa la complessità dell'oggetto del contratto e la disponibilità della capacità di realizzarlo in capo ad imprese di minori dimensioni costituiscono attestazioni tecniche di puro fatto. Dunque, l'interesse pubblico non si concretizza in una clausola generica, bensì si risolve in un'indicazione legislativa chiara ed incondizionata alla luce della quale la conformazione dei lotti va valutata in conformità a circostanze (la realizzabilità da parte di piccole e medie imprese) che sono accertabili autonomamente, come fatti e non quali valutazioni circa l'interesse pubblico. Si potrebbe, anzi aggiungere che, in questo caso, la valutazione di quale sia l'interesse pubblico da perseguire (garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle PMI) è intrinseca al dettato legislativo e si condensa in esso.

Si ribalta così la prospettiva nella quale, generalmente, la giurisprudenza amministrativa guarda a queste questioni: non si tratta più di operare solo una scelta coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento, si tratta, prima ancora, di fare una scelta coerente con il dettato normativo che già incorpora in sé l'interesse pubblico da perseguire e lo individua esattamente²⁶.

Viceversa la giurisprudenza amministrativa, sovrapponendo i due piani, da una parte quello della suddivisione in lotti dell'appalto e dall'altro quello del dimensionamento del valore dei lotti finalizzato a garantire la partecipazione delle PMI, arriva ad adattare all'uno gli orientamenti che sono stati forgiati per l'altro. La concezione che deriva da questa impostazione è che la suddivisione in lotti non costituisce un precetto inviolabile né può comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, e, piuttosto, assume, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123 e Sez. III, 12 feb-

²⁶ Si può parlare della suddivisione in lotti (quale strumento di *favor participationis* per le PMI) in termini di interesse pubblico in quanto ciò rappresenta una precisa scelta del legislatore resa manifesta dalla formulazione dell'art. 51 d.lgs. 50/2016. Tale intermediazione legislativa è necessaria. Come è stato infatti sottolineato «struttura di mercato e ruolo delle PMI sono temi che non rientrano necessariamente nello stretto interesse economico delle singole stazioni appaltanti: si tratta, in effetti, di questioni cui è il decisore politico ai livelli più alti ad attribuire una valenza economica e sociale di interesse pubblico» (G. Albano, A. Cipollone, M. Sparro, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, in *Quaderni Consip*, 2016, 2, 24, disponibile al seguente indirizzo <https://www.consip.it/innovazione/quaderni-consip>).

braio 2020, n. 1076) e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669 ed ancora Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076 e Sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440). In questa ottica, data la possibilità di derogare alla suddivisione, nel bilanciamento che l'amministrazione è tenuta a compiere, l'interesse alla tutela delle PMI sarebbe da considerare «solamente come uno degli interessi che deve essere tenuto in considerazione in relazione all'interesse pubblico primario e che, davanti a quest'ultimo, può comunque risultare soccombente».

Già su questo primo profilo si deve dissentire perché la preferenza a favore dell'opzione della suddivisione in lotti laddove si configurino determinate circostanze (la realizzabilità da parte delle PMI) non costituisce un principio, bensì la constatazione di un fatto. Questo è un passaggio determinante, giacché se la scelta viene, invece, ricondotta ad un principio, quest'ultimo è sicuramente interpretabile. E l'interpretazione non può che dischiudere le porte alla discrezionalità (ampia) della pubblica amministrazione. Così il cerchio si chiude, distaccando il corretto agire dell'amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di valutare primariamente l'appalto in funzione dell'accessibilità da parte delle PMI, in modo tale che, solo laddove, eventualmente, questo primo scrutinio non abbia esito favorevole, si possa scorrere alla diversa ipotesi della mancata suddivisione.

Ciò implica, e ci si inoltra così nella trattazione della seconda ragione di dissenso rispetto alla giurisprudenza corrente, che la valutazione va fatta primariamente in funzione di un'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI²⁷. Al contrario, generalmente avviene che si abbia riguardo all'oggetto del contratto (la cui dimensione può essere assai ragguardevole in sé), senza considerare, in primo luogo e doverosamente, se sia dato identificare una possibilità di intervento per

²⁷ L'effettiva possibilità di partecipazione per le PMI non può essere surrogata da una previsione del bando che consenta per le PMI di presentarsi in RTI, anche laddove alle mandanti non fossero richiesti requisiti di partecipazione di particolare entità. Infatti i requisiti sarebbero richiesti (totalmente o in una quota del tutto maggioritaria) per la mandataria. Il che renderebbe impossibile formare un RTI di sole PMI, e, comunque, la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo non dipende dall'esclusiva volontà di quest'ultimo, ma anche dalla concorde decisione di altre imprese di costituire un'associazione temporanea. In questo senso anche l'ANAC (delibera n. 123/2019) aveva condiviso che «nel valutare l'impatto restrittivo sulla concorrenza della suddivisione di una gara in macro-lotti, è irrilevante la circostanza che il bando preveda condizioni agevolate per la partecipazione in raggruppamento o tramite avvalimento». Orientamento condiviso da Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038, Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2018, n. 5534. Allo stesso modo, favorisce l'accesso al mercato delle PMI, ma non risolve il problema della loro partecipazione la previsione di un vincolo di aggiudicazione, ancora Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402. Esula dal quadro della problematica considerata in questo lavoro anche la possibilità di partecipare in subappalto, seppur si tratta di una possibilità che viene, ad esempio, caldeggiata dal Codice europeo di buone pratiche, nel caso di subappalti di grande entità, laddove le PMI non siano in condizione né di essere gli appaltatori principali né di presentare offerte congiunte insieme ad altre PMI, in tal senso il *Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici*, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, dato a Bruxelles il 25/06/2008, SEC(2008) 2193.

le PMI, modulando convenientemente l'assetto del contratto. La questione viene, così, risolta a monte considerando la peculiarità dell'appalto, che – come si pretende – giustificerebbe un'assegnazione anche per lotti di dimensioni tali da impedire *ab origine* la partecipazione effettiva delle PMI. Però un simile modo di procedere apre la strada alla possibilità di “costruire” l'appalto in modo tale da configurarlo come totalmente interconnesso e non frazionabile. In questo modo il suo contenuto sarebbe suddiviso in lotti di importo talmente elevato da rendere difficoltosa, se non impossibile, la partecipazione delle PMI, a beneficio delle sole grandi imprese.

Ed in effetti un indicatore da tenere in grande considerazione nell'ottica di appalti pubblici anche socialmente responsabile è quello che si riferisce alla percentuale di contratti aggiudicati con piccole e medie imprese (PMI) come contraenti. Come sottolineato dalla Commissione europea, percentuali elevate sono auspicabili, in quanto la maggior parte delle aziende dell'UE sono PMI. Al contrario, percentuali basse potrebbero indicare la presenza di barriere che impediscono alle imprese più piccole di accedere ai mercati degli appalti, ad esempio a causa della burocrazia, dei bandi di gara che penalizzano le imprese più piccole o della scarsa capacità delle PMI di competere²⁸.

6. *Uno scenario fruttuoso per uscire dall'impasse*

A scongiurare l'eventualità di un sacrificio incondizionato dell'interesse delle PMI²⁹ è intervenuto, con la consueta dose di saggezza pratica, il versante europeo, stilando alla bisogna un apposito Codice di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici³⁰.

²⁸ Ciò è ben presente nel Documento commissionato dal Comitato del Parlamento Europeo sull'impiego e le questioni sociali, a cura di V. Caimi e S. Sansonetti, *The social impact of public procurement, Can the EU do more?* 2023, 22, anche attraverso l'utilizzo di una raffigurazione grafica delle percentuali di contratti aggiudicati alle piccole e medie imprese o alle gare cui queste ultime hanno partecipato (rispettivamente figure 5 e 6, p. 23). Ed è pure interessante notare che l'Italia (insieme al Portogallo, alla Grecia, alla Francia, al Belgio ed alla Romania) figura nella pattuglia degli Stati membri dotati della percentuale più bassa di contratti assegnati alle PMI. Queste percentuali non risultano, però rispettate con riguardo alla suddivisione in lotti degli appalti, che – lo si sottolinea – potrebbe rappresentare un utile strumento per favorire l'affidamento dei contratti alle PMI. Infatti, come risulta dal grafico 7 (p. 24 del medesimo Documento), la Commissione europea ha fissato la soglia ideale di procedure suddivise in lotti in un intervallo compreso tra il 25% e il 40%. E i Paesi che superano il 40% sono Romania, Polonia, Francia e Lituania, mentre quelli che sono al di sotto del 25% sono Cipro, Malta, Repubblica Ceca, Germania, Paesi Bassi, Irlanda, Austria, Lussemburgo e Svezia.

²⁹ La previsione dell'obbligo di motivazione ha carattere procedurale e non vale a colmare lo sbilanciamento di carattere sostanziale che può ingenerarsi nel caso in cui i lotti nei quali è suddiviso un appalto abbiano una dimensione molto consistente.

³⁰ Cfr. *Codice Europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici*, cit.

La premessa del discorso è tanto agevolmente condivisibile, da apparire addirittura scontata: «Fissare livelli di capacità e requisiti finanziari proporzionati è di importanza vitale per le PMI, poiché le autorità aggiudicatrici che fissano livelli di capacità e di competenza eccessivamente elevati escludono de facto un'alta percentuale di PMI dalla partecipazione alle gare d'appalto»³¹.

Le autorità aggiudicatrici potrebbero prendere in considerazione alcuni rimedi per favorire la partecipazione delle PMI – prosegue il documento comunitario in esame – ossia, oltre alla suddivisione dei contratti in lotti, la possibilità di sfruttare lo strumento dei raggruppamenti, oppure quello del subappalto garantendo pari condizioni ai subappaltatori e un accesso agevole alle informazioni pertinenti.

Nella fase della *preliminary market consultation* (art. 40 della direttiva 2014/24/UE già citata), se un committente pubblico vuole assicurare la massima partecipazione o incrementare la possibilità di accesso ai contratti pubblici delle piccole e medie imprese o alle imprese che hanno scopi socialmente rilevanti, può favorire l'incontro tra diversi tipi di imprese, facilitando la formazione di consorzi o la loro partecipazione come subappaltatori³².

Su un percorso parallelo, ma diverso, si colloca chi, sempre nella prospettiva della salvaguardia degli interessi delle PMI, sostiene che lo strumento della suddivisione in lotti non può essere considerato come “la chiave di volta” capace di ovviare ai problemi di partecipazione, in quanto tale obiettivo «deve essere raggiunto attraverso la sinergia di una pluralità di misure: alcune riguardanti le *conditions* (come aumentare la garanzia di pagamenti tempestivi o quella di incrementare la trasparenza delle procedure); altre riguardanti le procedure (tra cui rientra, tra le tante, quella della suddivisione in lotti); altre ancora da definire di *awerenessraising*; e non da ultimo quelle riguardanti incentivi e finanziamenti»³³.

Si è già detto, però, che si tratta di rimedi sussidiari assai importanti, ma che non riflettono quella capacità partecipativa piena che si pretende anche per le PMI³⁴.

È necessario adottare una prospettiva diversa e meno puntuale. In questa ottica più ampia la sede europea intende incentivare consistentemente lo scambio di buone pratiche tra i dipartimenti responsabili delle politiche nazionali ed

³¹ Si veda il *Codice Europeo di buone pratiche*, cit., SEC(2008) 2193, 15.

³² Lo si sottolinea nel già citato Documento commissionato dal Comitato del Parlamento Europeo sull'impiego e le questioni sociali, a cura di V. Caimi e S. Sansonetti, *The social impact of public procurement, Can the EU do more?*, cit., 73.

³³ Così A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato*, cit., 828

³⁴ Tra l'altro, alcuni tra gli strumenti appena citati nel testo, quali aumentare la garanzia di pagamenti tempestivi o incrementare la trasparenza delle procedure, non si comprende nemmeno bene quale relazione diretta potrebbero avere rispetto ad una possibilità di accesso facilitata per le PMI.

intensificare gli sforzi per condividere con tutte le parti in causa gli insegnamenti tratti da esperienze precedenti³⁵.

Si apre così una finestra interessante che può svelare un approccio al problema molto fruttuoso. Lo testimoniano alcune esperienze utili e di successo che dimostrano inoppugnabilmente come, abbastanza spesso, il confronto tra le due esigenze, quella delle PMI a non essere escluse dagli appalti e quella delle amministrazioni aggiudicatrici a organizzare convenientemente un appalto, può essere, per così dire, “sdrammatizzato” e composto, rendendo compatibili i due fasci di interesse.

I casi e le pratiche citati lo evidenziano convenientemente.

«In Irlanda, come in altri Stati membri, al momento di pubblicizzare appalti di costruzione di grande entità – si ricorda nel Codice europeo di buone pratiche – è abitudine di molte autorità aggiudicatrici pubblicizzare e aggiudicare separatamente i contratti relativi ad alcuni aspetti specialistici (per es. servizi elettrici, servizi meccanici, contratti per allestimenti speciali, ecc.) a operatori che sono chiamati a collaborare con l'imprenditore cui è stato aggiudicato l'appalto di coordinamento dell'intero progetto. Tale pratica da un lato facilita la partecipazione delle PMI e, dall'altro, fa sì che l'autorità aggiudicatrice non debba farsi carico dei problemi di coordinamento dell'esecuzione dei diversi lotti»³⁶.

Nell'ambito della possibilità di sfruttare lo strumento dell'accordo quadro per i fornitori di arredamenti da ufficio si è riportato un caso, occorso nel Regno Unito, che aveva coinvolto imprese di piccole e grandi dimensioni. Così: «I grandi fornitori di mobili hanno potuto conseguire economie di scala con l'arredamento standard da ufficio, mentre le PMI, grazie alla loro flessibilità, hanno potuto soddisfare le esigenze relative ad articoli specifici, come arredi per sale di accoglienza e sale congressi nonché sedie speciali. Solitamente questi ultimi articoli hanno specifiche tecniche di standard superiore e variano da una commessa all'altra. In tal modo, l'autorità aggiudicatrice è riuscita ad ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo tanto per l'arredamento standard quanto per gli articoli di arredo speciali»³⁷.

Insistere sull'esigenza di adottare buone pratiche del tipo di quelle citate in sede europea ha un senso ben specifico.

³⁵ L'auspicio espresso in sede europea è che si diffondano su tutto l'arco degli Stati membri «strategie», «programmi» o «piani d'azione nazionali» allo scopo specifico di migliorare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici. Affinché ciò potesse accadere la Commissione si era fin d'allora ripromessa di dare ulteriore impulso alla raccolta e allo scambio di buone pratiche attraverso la Rete degli appalti pubblici (*Public Procurement Network, PPN*), una rete di cooperazione tra le amministrazioni preposte all'applicazione delle normative degli Stati membri allargata ad alcuni altri paesi europei (www.publicprocurementnetwork.org).

³⁶ Sembra quasi che venga riproposta la figura di un raggruppamento temporaneo di imprese non su base volontaria, si veda il già cit. *Codice europeo di buone pratiche*, 8.

³⁷ Ancora il *Codice europeo di buone pratiche*, 10

Nell'area che si sta precipuamente considerando, accantonando per un attimo il tessuto normativo formale, si contrappongono due blocchi di esigenze sostanziali che reclamano entrambe attenzione.

Da una parte quella che si rifà all'opportunità di non suddividere l'appalto in lotti, perché – come recita l'ultima parte del considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE – tale suddivisione potrebbe rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa (come sconsiglia, sul piano interno, la legislazione c.d. di *spending review*), ovvero potrebbe dimostrare che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto.

Dall'altra quella che vede nell'accesso delle PMI un accrescimento della concorrenza ed una reale apertura del mercato a tutti gli operatori economici, qualsiasi sia la loro dimensione, in modo tale da sfruttare del potenziale di crescita delle PMI, attraverso la creazione di posti di lavoro, lo sviluppo economico, la maggiore adattabilità e creatività delle imprese di dimensione minore, la loro diffusione sul territorio.

Due fronti di interessi che si trovano oggettivamente in tensione³⁸. Dal loro confronto sembra difficile ricavare una scelta di campo sicura.

Questo apparente diallelo – come si è diffusamente illustrato più sopra – viene risolto, almeno sul piano del diritto interno, dalla norma che impone di adeguare il valore dei lotti in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI, generalmente considerate la colonna portante dell'economia. Però, garantire un'effettiva possibilità di partecipazione delle PMI non vuol dire sopprimere automaticamente le altre esigenze legate alla, talvolta, inevitabile complessità dell'oggetto di un appalto. Significa, invece, secondo l'esempio suggerito dalle buone pratiche, valorizzare le capacità di flessibilità, di creatività, di innovatività che costituiscono una caratteristica specifica delle PMI, per consentire ad esse di trovare il modo di accedere a quel segmento di appalto che permette proprio la valorizzazione di dette specificità.

³⁸ Si consideri come – paradossalmente – lo sviluppo di una maggior concorrenza viene addotto dall'uno e dell'altro "fronte" come fattore da considerare a proprio favore. D'altro canto nemmeno la giurisprudenza amministrativa si è sempre schierata su un fronte davvero unitario. Così, ad esempio, a quelle pronunce che hanno accentuato l'esigenza di un contenimento dei costi di gestione complessiva dell'appalto che si realizzeranno grazie a una gestione unitaria (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5550 e T.A.R. Toscana, Sez. III, 12 dicembre 2016, n. 1765) si è contrapposto quel diverso giudice che ha sottolineato come l'art. 51 del Codice dei contratti (allora vigente) sostanzialmente imponeva il ricorso allo strumento della suddivisione in lotti come espressione della volontà del legislatore di perseguire non più soltanto l'esigenza del controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del denaro della collettività, ma ancor più l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 7 novembre 2017, n. 11604).

Solo così, senza addivenire ad un'ingiustificata, eccessiva, frammentazione dei lotti, si arriva, in conclusione, ad un'apertura del mercato degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici qualsiasi sia la loro dimensione e ad una composizione di quella tensione tra i diversi interessi che, altrimenti, può rischiare di deflagrare, compromettendo l'uno o l'altro. Per realizzare quest'obiettivo non sembrano necessarie modifiche legislative alla normativa sugli appalti pubblici, quanto piuttosto cambiare l'approccio delle autorità aggiudicatrici in materia di appalti.

Partecipazione agli appalti da parte delle PMI. Ci sono spiragli per superare le perduranti resistenze?

Nell'ambito della suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto pubblico da parte dell'Amministrazione committente, merita attento scrutinio il profilo concernente l'adeguatezza delle dimensioni dei lotti per la partecipazione alla gara delle micro, piccole e medie imprese. L'Autore, muovendo da una ricognizione della disciplina rilevante, conduce un'indagine volta a cogliere gli aspetti peculiari della questione, esaminando gli interventi non sempre concordanti di giurisprudenza e dottrina ed evidenziando i punti di contatto e di distonia fra la normativa nazionale e quella europea.

Participation in public procurement by SMEs. Are there glimmers to overcome persistent resistance?

Regarding the subdivision of the public tender into lots by the awarding Administration, the adequacy of lots size deserves careful examination for the participation of micro, small and medium-sized enterprises in the tender. Based on a review of the relevant legislation, the Author carries out a study aimed at identifying the specific aspects of the issue, highlighting similarities and differences between national and European legislation. The article examines the interventions of jurisprudence and doctrine on the subject, the results of which are not always consistent.