

## ATTUALITÀ

*Alessandra 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

SOMMARIO: 1. L'importanza e la tutela delle PMI negli interventi dell'UE: dallo *Small Business Act* agli interventi più recenti nell'ambito dei contratti pubblici – 1.1. L'accesso delle PMI ai contratti pubblici nel mercato UE: alcuni dati – 2. La suddivisione degli appalti in lotti tra normativa UE e normativa interna – 2.1. L'art. 51 c.c.p. tra discrezionalità amministrativa e tutela della concorrenza – 2.1.1. *Segue*. La suddivisione in lotti quale scelta di natura discrezionale – 2.2. Il Giudice amministrativo e il sindacato sulla motivazione in merito alla mancata o cattiva suddivisione dell'appalto in lotti. Casistica – 2.3. La suddivisione degli appalti in lotti: la “chiave di volta” che non risolve

1. *L'importanza e la tutela delle PMI negli interventi dell'UE: dallo Small Business Act agli interventi più recenti nell'ambito dei contratti pubblici.* – Le piccole e medie imprese (di seguito anche solo “PMI”)<sup>1</sup> sono considerate la “spina dorsale” dell'economia dell'Unione europea, fondamentali per la creazione di occupazione, crescita ed innovazione, in quanto rappresentano il 99% di tutte le imprese dell'UE<sup>2</sup>.

Dato il loro rilievo all'interno del mercato unico<sup>3</sup>, nel corso dell'ultimo decennio, le politiche dell'Unione europea in materia sono state finalizzate ad aumentarne la competitività e a facilitarne l'accesso al mercato.

Tra i primi atti di particolare rilevanza in tal senso, si ricorda la Comunica-

<sup>1</sup> Per tali intendendosi le imprese definite nella raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6.5.2003, “*relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese*”: i) sono medie imprese quelle che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro oppure con un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; ii) sono piccole imprese quelle che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; iii) sono definite micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro (art. 3 lett. aa)).

<sup>2</sup> F. GOUARDÈRES, *Piccole e medie imprese, note sintetiche sull'Unione europea*, in *eurparl.europa.eu*, 2018.

<sup>3</sup> Lo stesso diritto primario dell'UE (art. 179, comma 2, TFUE) prevede che devono essere assicurate alle PMI tutte le potenzialità del mercato unico, tra cui espressamente «*l'apertura degli appalti pubblici nazionali*».

zione – adottata dalla Commissione nel giugno 2008 – “*Uno Small Business Act per l’Europa*”<sup>4</sup> (c.d. SBA), ispirata al principio imprenditoriale statunitense del *Think Small First*<sup>5</sup>.

Nei dieci principi fondamentali individuati dalla Commissione – per guidare la formulazione e l’attuazione delle politiche sia a livello UE che degli Stati membri in senso favorevole alle PMI – vi erano già quelli di rendere le pubbliche amministrazioni “permeabili” alle esigenze delle PMI e di facilitare la partecipazione delle stesse agli appalti pubblici<sup>6</sup>.

Proprio in merito a quest’ultima esigenza, a tale intervento seguì quello dell’adozione del c.d. “*Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso delle PMI agli appalti pubblici*”<sup>7</sup>, con il fine di: «i) fornire agli Stati membri e alle relative autorità aggiudicatrici orientamenti generali sulle modalità di applicazione del quadro legislativo comunitario che favoriscano la partecipazione delle PMI alle procedure di appalto; e ii) mettere in rilievo le norme e le pratiche nazionali che favoriscono l’accesso delle PMI agli appalti pubblici».

Nel “Codice” venivano individuate le soluzioni alle principali barriere che impedivano (o rendevano difficoltoso) alle PMI l’ingresso a tale mercato, occorreva così: i) superare le difficoltà connesse all’entità degli appalti; ii) garantire l’accesso alle informazioni pertinenti; iii) migliorare la qualità e la comprensione delle informazioni fornite; iv) fissare livelli di capacità e requisiti finanziari proporzionati; v) alleggerire gli oneri amministrativi<sup>8</sup>; vii) prestare attenzione al rapporto qualità/prezzo piuttosto che al solo prezzo; viii) fornire tempo sufficiente per redigere le offerte; ix) garantire che i pagamenti siano effettuati puntualmente.

<sup>4</sup> COM (2008) 394.

<sup>5</sup> Per una compiuta analisi di tale approccio a livello UE si v. il Rapporto “*Evaluation of the application of the think small first principle in eu legislation and programmes*”, consultabile sul sito <http://publications.europa.eu/>. In dottrina, v. T. BEAUPÉRIN, *Think small first in the EU? A reality check*, in *European journal of risk regulation*, 3, 2014, 93 ss.; K. WOLFGANG, *Do we really think small first? How to go further with CSR on micro enterprises*, in *Uwf UmweltWirtschaftsForum*, 12, 24, 2016, 361 ss.

<sup>6</sup> I dieci “principi guida” individuati erano: i) dar vita a un contesto in cui imprenditori e imprese familiari possano prosperare e che sia gratificante per lo spirito imprenditoriale; ii) far sì che imprenditori onesti, che abbiano sperimentato l’insolvenza, ottengano rapidamente una seconda possibilità; iii) formulare regole conformi al principio “Pensare anzitutto in piccolo”; iv) rendere le pubbliche amministrazioni permeabili alle esigenze delle PMI; v) adeguare l’intervento politico pubblico alle esigenze delle PMI: facilitare la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici e usare meglio le possibilità degli aiuti di Stato per le PMI; vi) Agevolare l’accesso delle PMI al credito e sviluppare un contesto giuridico ed economico che favorisca la puntualità dei pagamenti nelle transazioni commerciali; vii) Aiutare le PMI a beneficiare delle opportunità offerte dal mercato unico; viii) Promuovere l’aggiornamento delle competenze nelle PMI e ogni forma di innovazione; ix) Permettere alle PMI di trasformare le sfide ambientali in opportunità; x) incoraggiare e sostenere le PMI perché beneficiano della crescita dei mercati.

<sup>7</sup> Bruxelles, 25.06.2008, SEC (2008) 2193, consultabile sul sito [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>8</sup> Nello SBA era stata evidenziata in particolar modo la necessità di “legiferare con intelligenza” così da garantire una semplificazione delle formalità e della burocrazia.

Poco dopo, nel marzo 2010<sup>9</sup>, l'UE ha compiuto un ulteriore passo avanti adottando la comunicazione "Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" ("strategia Europa 2020")<sup>10</sup>, ove le PMI venivano menzionate in sei delle sette iniziative della strategia Europa 2020.

Sempre in tale ottica si ricorda anche il "Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti pubblici"<sup>11</sup>, ove la Commissione rilevava che migliorare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici consente alle stesse imprese di sfruttare a pieno le proprie potenzialità di crescita e innovazione con impatti positivi sull'economia in generale. Ciò in quanto una più ampia partecipazione delle imprese in questione permette alle amministrazioni aggiudicatrici di ampliare considerevolmente la base dei potenziali fornitori, così da aumentare la concorrenza e fare da contrappeso agli operatori dominanti<sup>12</sup>.

Con particolar riguardo al mercato dei contratti pubblici, l'intervento di sistema di maggior impatto<sup>13</sup> a tutela delle PMI è stato, senza dubbio, il pacchetto di direttive del 2014<sup>14</sup>.

Tale intervento riformatore<sup>15</sup>, in linea con la strategia "Europa 2020"<sup>16</sup>, vedeva tra i principali obiettivi da raggiungere, da un lato, quello di ammodernare la disciplina degli appalti pubblici e, dall'altro, di 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»<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> Nello stesso anno si ricordano anche il Rapporto Monti "Una nuova strategia per il mercato unico" e la Comunicazione della Commissione "Verso una nuova disciplina del mercato unico", COM (2010) 608.

<sup>10</sup> COM (2010) 2020.

<sup>11</sup> COM (2011) 15 del 27.1.2011.

<sup>12</sup> Cfr. S. DETTORI, *Art. 30, Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. PERFETTI, 2017, 296.

<sup>13</sup> Ciò in quanto i precedenti interventi a livello UE erano stati per lo più «suggerzioni di portata essenzialmente culturale, volte a influenzare la prassi degli assegnanti e non direttamente gli ordinamenti europei o degli Stati membri». Così F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Art. 51, in Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida Anac*, 2016, 212.

<sup>14</sup> Le direttive del 2004, infatti, avevano prestato bassa attenzione al fenomeno delle PMI. Erano infatti menzionate unicamente in via correlata a istituti come il subappalto o l'avalimento.

<sup>15</sup> L'intervento di riforma iniziò ad essere elaborato già nell'atto per il mercato unico del 2010 (COM (2010) 608 "Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva") ove la Commissione manifestò l'intenzione di avviare "ampie consultazioni" per presentare entro il 2012 proposte legislative tese ad aggiornare e semplificare la normativa europea sugli appalti pubblici e permettere un uso più efficiente degli stessi, anche a sostegno di altre politiche.

<sup>16</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, COM (2010) 2020. In particolare, gli obiettivi della strategia in materia di appalti pubblici riguardavano: i) il miglioramento del contesto generale per l'innovazione nelle imprese, utilizzando politiche incentrate sulla domanda; ii) favorire la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse (ad es. attraverso la promozione dei cd appalti verdi); iii) migliorare il clima imprenditoriale, specialmente per le PMI.

<sup>17</sup> Così il considerando n. 1 della direttiva 2014/24. Nella corrispondente direttiva appalti del 2004, non vi era alcun espresso riferimento alle PMI ma unicamente disposizioni che disponevano

Infatti, accanto e in aggiunta al primario e tradizionale obiettivo di garantire la concorrenza di tale mercato, l'UE ha posto in risalto anche la finalità di accrescere l'efficienza della spesa pubblica attraverso la tutela di interessi diversi quali, in primo luogo, la tutela delle piccole e medie imprese ma anche la tutela dell'ambiente, del lavoro, della salute, dimostrando così che il sistema di tutele UE stava iniziando a guardare "oltre la concorrenza".

In altre parole, con le direttive del 2014, l'obiettivo di tutela e promozione della concorrenza non diviene certamente secondario, ma quanto meno non è più l'unico, poiché viene affiancato da altri interessi che le amministrazioni aggiudicatrici devono difendere, tutelare e garantire nel momento in cui vanno a definire l'accesso al "micro-mercato"<sup>18</sup>.

In tal senso la contrattazione pubblica diviene uno strumento "strategico" di attuazione di politiche sociali e industriali.

Lo specifico interesse alla valorizzazione delle PMI – come visto dall'analisi dei precedenti interventi UE – non è di per sé nuovo, ma in tale occasione gli viene dedicata particolare enfasi.

Ciò a dimostrazione del fatto che le istituzioni UE, con il tempo, hanno assunto la piena consapevolezza della circostanza che queste imprese rappresentano la grande maggioranza degli operatori economici del mercato dei contratti pubblici e costituiscono strumenti fondamentali (se non primari) per creare posti di lavoro, crescita ed innovazione<sup>19</sup>.

Esemplificativo in tal senso è, ad esempio, il considerando 124 della direttiva 2014/24 secondo cui *«dato il potenziale delle PMI per la creazione di posti di lavoro, la crescita e l'innovazione, è importante incoraggiare la loro partecipazione agli appalti pubblici, sia tramite disposizioni appropriate nella presente direttiva che tramite iniziative a livello nazionale»*. A tal fine, *«le nuove disposizioni della presente direttiva dovrebbero contribuire al miglioramento del livello di successo, ossia la percentuale delle PMI rispetto al valore complessivo degli appalti aggiudicati»*.

L'accentuato *favor* per la partecipazione delle PMI alle procedure di gara si è tradotto anche in altre specifiche previsioni all'interno delle direttive<sup>20</sup>.

Si pensi, in primo luogo, al considerando n. 78 sempre della direttiva

l'introduzione di alcuni istituti finalizzati (implicitamente) a tutelare tali imprese (ad es. la suddivisione degli appalti in lotti).

<sup>18</sup> Le procedure ad evidenza pubblica possono essere viste come processi decisionali che favoriscono l'incontro tra domanda e offerta e che, stilizzando un mercato competitivo (c.d. micro-mercato), facilitano il processo negoziale. Così M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 130; J. L. COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, 2002, 68.

<sup>19</sup> Così M.P. CHITTI, *Principi*, op. cit., 313; Id., *I contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, op. cit., 100. Sul punto si v. anche P. CHIRULLI, *La Proconcorrenzialità nel Codice dei contratti pubblici*, a cura di F. LIGUORI, S. TUCCILLO, Napoli, 2017, 13 ss.

<sup>20</sup> Sul punto v. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, op. cit., 143.

2014/24<sup>21</sup> ove viene affermato che «è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI» e che a tal fine «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».

Lo stesso considerando, al fine di agevolare la partecipazione delle PMI e «rafforzare la concorrenza», prevede poi che «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti»<sup>22</sup>, dando così particolar rilievo – rispetto al passato<sup>23</sup> – a tale strumento.

<sup>21</sup> Sulla stessa linea si pone anche la direttiva sulle concessioni (2014/23) che già dal considerando n. 1 vede tra i principali obiettivi della nuova normativa quella di attribuire «particolare importanza (...) al miglioramento delle possibilità di accesso delle PMI a tutti i mercati delle concessioni dell'Unione». L'accesso al mercato delle PMI viene poi richiamato anche dal considerando n. 5 che nello stabilire «la necessità di applicare in maniera uniforme i principi del TFUE in tutti gli Stati membri ed eliminare le discrepanze nell'interpretazione di tali principi al fine di eliminare le persistenti distorsioni del mercato interno», specifica che ciò «favorirebbe altresì l'efficienza della spesa pubblica, faciliterebbe la parità di accesso e l'equa partecipazione delle PMI all'aggiudicazione dei contratti di concessione, sia a livello locale che a livello dell'Unione (...)». Similmente a quanto stabilito dalla direttiva “appalti”, anche tale direttiva richiama le PMI in relazione alla disciplina dei criteri di selezione che devono essere «proporzionati, non discriminatori ed equi» e deve essere prevista anche la possibilità per i candidati «di far ricorso alle capacità di altri soggetti», in quanto «fattore determinante per consentire la partecipazione delle PMI». Anche la direttiva 2014/25 richiama al suo interno, più volte, la tutela delle PMI, sia attraverso generali enunciazioni di principio – in linea con le altre due direttive – sia attraverso richiami in merito a specifici aspetti della disciplina. Così, ad esempio, il considerando 70 sull'aggregazione della domanda ove viene evidenziato che «l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI».

<sup>22</sup> Specificando che «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'entità e l'oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall'amministrazione aggiudicatrice che, in conformità delle pertinenti norme sul calcolo del valore stimato dell'appalto, dovrebbe anche avere la facoltà di aggiudicare alcuni dei lotti senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva. L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto». La disciplina di tale istituto viene poi completata dal considerando n. 79 e dall'art. 46 della medesima direttiva. Tali aspetti verranno approfonditi nel paragrafo successivo.

<sup>23</sup> La suddivisione degli appalti in lotti non è una novità. Era infatti previsto anche nel pacchetto

A tutela delle PMI si ricorda anche il considerando n. 80 ove viene previsto che *«al fine di rendere le procedure più veloci e più efficaci, i termini per la partecipazione alle procedure d'appalto dovrebbero essere quanto più brevi possibili»*, tuttavia, ciò può essere compiuto *«senza creare indebiti ostacoli all'accesso di operatori economici di tutto il mercato interno, in particolare delle PMI»*. Ciò in linea con quanto previsto anche dal richiamato “Codice di buone pratiche”, ove veniva ricordata la necessità di garantire alle PMI il *«tempo sufficiente per redigere le offerte»*<sup>24</sup>.

Di particolare rilievo anche il considerando n. 83 che prevede che i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria debbano essere proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto, in quanto, prevedere requisiti eccessivamente severi, può costituire un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici<sup>25</sup>.

Sulla stessa linea si pone poi il considerando n. 84 sugli oneri amministrativi presenti all'interno delle procedure di gara. Sul punto viene precisato che *«molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione»*.

A tal fine viene indicata, quale soluzione per limitare tali requisiti, l'utilizzo del documento di gara unico europeo (DGUE) finalizzato a garantire *«una notevole semplificazione a vantaggio sia delle amministrazioni aggiudicatrici che degli operatori economici»*.

Oltre all'intervento “di sistema” del 2014, merita ricordare anche alcuni dei successivi *step* compiuti dall'UE in materia.

Nello specifico, la Commissione ha dedicato particolare attenzione alla tutela delle PMI negli appalti pubblici all'interno della Comunicazione “*Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*”<sup>26</sup> del 3 ottobre 2017.

In questa sede la Commissione ha più volte ricordato che – nonostante la disciplina di *favor* e i passi avanti compiuti con le direttive del 2014 – le PMI si aggiudicano solamente circa il 45 % del valore degli appalti pubblici al di sopra delle soglie UE, il che, a detta della Commissione, *«è chiaramente inferiore al loro peso nell'economia»*.

to di direttive del 2004. Ciò che cambia è che la suddivisione in lotti da eccezione diviene la regola. Tale mutamento verrà analizzato nel paragrafo successivo.

<sup>24</sup> Il “Codice”, infatti, specificava che *«Tipicamente le PMI possiedono scarse, se non inesistenti, capacità amministrative specifiche per occuparsi della preparazione dei documenti necessari per la partecipazione alle gare. Le autorità aggiudicatrici devono essere consapevoli di ciò al momento di definire le scadenze, così da garantire la più ampia base di concorrenza»*.

<sup>25</sup> Viene poi in particolare fatto riferimento, alla richiesta di fatturato minimo, in relazione alla quale *«le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero essere autorizzate a esigere che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo che sia sproporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto»*.

<sup>26</sup> COM (2017) 572.

Per tale ragione la necessità di migliorare ancora il loro accesso al mercato viene inserita all'interno delle "sei priorità strategiche"<sup>27</sup> individuate dalla Commissione, le quali, secondo la stessa, attraverso un'azione chiara e concreta, «*possono trasformare gli appalti pubblici in un potente strumento a disposizione della politica economica di ciascuno Stato membro, con vantaggi notevoli per gli esiti degli appalti*».

Successivamente, con la Comunicazione "Una strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale"<sup>28</sup>, è stato evidenziato che la domanda pubblica sia ancora troppo poco favorevole nei confronti delle PMI e per risolvere questo problema, «*la Commissione invita gli Stati membri e le loro amministrazioni appaltanti a sfruttare la flessibilità offerta dal nuovo quadro dell'UE in materia di appalti*» che comporta, in primo luogo, la necessità di suddividere in lotti più piccoli i contratti di elevato valore<sup>29</sup>.

Gli interventi dell'UE in materia nel corso degli anni – come *supra* riassunti senza pretesa di esaustività – sono stati particolarmente mirati e puntuali e, in tutti i casi richiamati, l'UE ha riconosciuto non solo il peso e il valore che le PMI hanno nel mercato (anche) dei contratti pubblici, ma ha evidenziato soprattutto la sussistenza di "barriere" all'ingresso che fanno sì che ancora oggi tali imprese non riescano ad accedere alla domanda pubblica come dovrebbero.

Nel paragrafo seguente si riporteranno alcuni dati sull'accesso effettivo delle PMI al mercato dei contratti pubblici per poi analizzare lo strumento considerato la "chiave di volta" nella tutela delle PMI, ossia quello della suddivisione degli appalti in lotti.

1.1. *L'accesso delle PMI ai contratti pubblici nel mercato UE: alcuni dati.* – Il tema dell'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici, dato il suo rilievo, nel corso degli anni, è stato oggetto non solo di numerosi atti (anche) normativi

<sup>27</sup> Così riassunte: i) garantire una più ampia diffusione degli appalti pubblici strategici; ii) professionalizzare gli acquirenti pubblici; iii) migliorare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti; iv) aumentare la trasparenza, l'integrità e la qualità dei dati; v) promuovere la trasformazione digitale; vi) cooperare negli appalti. Per quanto riguarda le PMI viene evidenziato quanto segue: «*Le PMI sono fondamentali per la creazione di occupazione, crescita e innovazione, ma hanno difficoltà ad accedere agli appalti, sia sui mercati dell'UE che internazionali. Attualmente le PMI si aggiudicano il 45 % del valore aggregato dei contratti al di sopra delle soglie dell'UE, direttamente o come offerenti congiunti o subappaltatori. Le direttive del 2014 comprendono misure (suddivisione degli appalti in lotti, disciplina sul volume di affari richiesto e riduzione degli obblighi amministrativi) che dovrebbero facilitare l'accesso delle imprese, comprese le PMI, agli appalti pubblici, anche transfrontalieri. Tale miglioramento delle opportunità in materia di appalti per le PMI deve essere comunicato al pubblico, alle imprese e alle amministrazioni aggiudicatrici in modo più efficace. Ciò è particolarmente importante in vista della promozione di un maggior numero di appalti transfrontalieri. L'obiettivo è aumentare la quota di appalti pubblici aggiudicati alle PMI affinché corrisponda al loro peso complessivo nell'economia*».

<sup>28</sup> COM (2020) 103. Dello stesso anno, dedicate anche al tema dell'accesso al mercato da parte delle PMI si ricordano anche le seguenti Comunicazioni COM (2020) 37 e COM (2020) 93.

<sup>29</sup> P. 11 della Comunicazione.

dell'UE ma anche di diversi studi e report che ne hanno indagato l'effettiva partecipazione a tale mercato.

In particolare, si segnala un recente report della Commissione europea dal titolo “*Analysis of the SMEs' participation in public procurement and the measures to support it*”<sup>30</sup> che ha preso in considerazione gli anni dal 2014 al 2017 e di cui si intende riassumere brevemente alcuni dei risultati raggiunti che sono qui di interesse<sup>31</sup>.

È stato evidenziato che la partecipazione delle PMI nelle procedure sopra-soglia, seppur lievemente e per contratti di non elevato valore, è aumentata in maniera costante e si è passati dal 58% del 2011 al 61% del 2017<sup>32</sup>; mentre, nelle procedure sottosoglia, la percentuale di partecipazione delle PMI è significativamente più alta: circa l'86% dei contratti sottosoglia è stata aggiudicata a PMI<sup>33</sup>.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene per il sopra soglia, la percentuale di successo delle PMI è diminuita rispetto al periodo 2011-2014 (si è passati dall'80% del 2011 al 50% circa del 2017).

A ciò si aggiunge che il tasso di partecipazione “indiretta” delle PMI (es. come subappaltatori) è risultata molto più alta di quella “diretta” in veste di con-

<sup>30</sup> Pubblicato il 1° luglio 2020 e Consultabile al seguente link: [https://ec.europa.eu/growth/content/analysis-smes%E2%80%99-participation-public-procurement-and-measures-support-it\\_en](https://ec.europa.eu/growth/content/analysis-smes%E2%80%99-participation-public-procurement-and-measures-support-it_en)

<sup>31</sup> Tra gli studi di più ampio respiro si segnala anche lo studio del 2014 commissionato dalla Commissione europea, AA.VV., *Sme's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, Pwc, 2014.

<sup>32</sup> Tale crescita è avvenuta a seguito di un periodo di declino negli anni tra il 2004 e il 2010. In particolare, di questo 61%, un 19% è risultato in capo alle micro-imprese, un 22% alle piccole imprese e un 20% alle medie imprese ed è stato evidenziato che maggiore era il valore dell'appalto minori sono state le possibilità di aggiudicazione per le MPMI.

<sup>33</sup> In particolare, nello studio sono stati esaminati 11 paesi e tale percentuale per le procedure sopra-soglia degli stessi paesi corrispondeva al 57%. Se si va poi a guardare ai singoli Stati membri le differenze registrate sono notevoli: il volume di contratti vinti dalle PMI è risultato, infatti, più alto in Paesi di piccole dimensioni e più basso nei grandi Stati membri, tranne la Germania. Tuttavia, le grandi differenze tra i diversi Paesi – secondo il report – possono spesso, e in larga misura, essere spiegate da diversi fattori contestuali, e non sempre dipendono da una eventuale mancanza di attenzione da parte della classe politica o delle amministrazioni. I fattori “chiave” individuati includono: i) le dimensioni del paese (un paese molto piccolo avrà un bisogno limitato di contratti con valore molto elevato); ii) il diverso contesto nazionale (a seconda di come è “costruito” il sistema degli appalti pubblici: un alto livello di decentralizzazione, per esempio, può portare solo a limitate possibilità di aggregazione della domanda). Per una puntuale analisi della disciplina PMI friendly in Germania, v. E. K. SARTER, S. FUCHS, D. SACK, *SME-friendly public procurement in Germany? Legal strategies and political challenges*, University of Bielefeld, 2014 consultabile al seguente link: <https://pub.uni-bielefeld.de/record/2785867>. Sulla disciplina spagnola J. E. CANDELA TALAVERO, *El objeto del contrato público y su división*, in *Gabilex – revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, 18, 2019, 15 ss; A. FERNÁNDEZ ECKER, *La Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para la PYME*, in *Contratación Administrativa Práctica*, 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018; P. BATET JIMÉNEZ, *La división del objeto del contrato en lotes*, in *Gabilex*, 5, 2016, 30. Per approfondimenti sulla suddivisione in lotti in Francia v. J.F. JAMINET, D. BOREUX, *Envisager l'allotissement (divide or explain) Une nouvelle obligation de l'acheteur public actif dans les secteurs classiques*, in *Mouvement Communal, Marchés Publics*, 934, 2019, 14 ss; S. BRACCONNIER, *Precis du droit de la commande publique*, Le Moniteur, 2019, 1723.

traente principale: è emerso infatti che le PMI acquisiscono circa il 16% in più di valore dai contratti attraverso una partecipazione indiretta piuttosto che diretta.

Di particolare rilievo è poi l'analisi condotta sul valore dei singoli contratti che viene definito come il fattore più esemplificativo della probabilità per le MPMI di risultare vittoriose o meno nelle procedure ad evidenza pubblica.

Le stesse imprese, infatti, riconoscono tale fattore come la “*key barrier*” alla loro partecipazione e vedono nella suddivisione in lotti degli appalti la misura fondamentale per superare tale “barriera”.

L'analisi condotta ha dimostrato che, in generale, maggiore è il valore dei contratti, minori sono le possibilità per le PMI di aggiudicarsi.

È stato evidenziato che la percentuale di tali imprese che riesce ad aggiudicarsi contratti di valore relativamente basso (inferiore a 300.000 euro)<sup>34</sup> è tra il 62 e il 65%, superata tale quota aumenta anche considerevolmente la quota di aggiudicazione delle grandi imprese<sup>35</sup>.

Altro tema analizzato è stato proprio quello della suddivisione degli appalti in lotti considerata, anche secondo il report, come uno degli strumenti di maggior rilievo per facilitare la partecipazione delle PMI: suddividere un contratto in più lotti ne riduce il valore e lo rende così più accessibile alle imprese di piccole dimensioni.

Si è detto, infatti, come siano proprio queste ultime a riconoscere nelle grandi dimensioni dei contratti la “*key barrier*” alla loro partecipazione.

La Commissione europea ha quindi da tempo incoraggiato gli enti aggiudicatori a dividere i contratti in lotti per aumentare le possibilità delle PMI di competere con successo.

Dall'introduzione delle nuove direttive sugli appalti pubblici – come si vedrà nel paragrafo successivo – la suddivisione dei contratti in lotti è diventata la norma e, ad oggi, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a motivare la loro decisione<sup>36</sup> se scelgono di non procedere in tal senso.

Secondo l'analisi condotta, tale strumento, sembra aiutare le PMI, almeno

<sup>34</sup> In particolare, le PMI sarebbero maggiormente presenti nelle procedure di valore tra i 30.000 e i 300.000 euro.

<sup>35</sup> In particolare, è stato rilevato che la probabilità che le microimprese vincano le procedure per contratti di basso valore è stabile intorno al 23-24% ma inizia a diminuire visibilmente quando il valore del contratto supera i 100.000 euro. La quota delle piccole imprese, invece, aumenta leggermente fino a 300.000 euro, e inizia a diminuire raggiunta la fascia del milione di euro. Le medie imprese sembrano beneficiare della “ritirata” delle micro e piccole imprese sopra 1 milione di euro (fino al 25%) e cedono solamente per i contratti che superano i 5 milioni di euro.

<sup>36</sup> Il principio in questione è stato definito del “*divide or explain*”. Tuttavia, secondo parte della dottrina, l'art. 46 della direttiva richiederebbe solamente una “*explanation*” e non anche una “*justification*”, il che suggerirebbe la “*soft nature*” della motivazione sulla mancata suddivisione. Così M. TRYBUS, *The division of public contracts into lots under EU Directive 2014/24/EU*, in *European law review*, 43, 3, 2019, 313 ss. Similmente anche S. GRAZELLS, *Public procurement and the EU Competition rules*, Oxford, II ed., 2015, 348 che fa riferimento alla motivazione in questione come a un “*soft requirement*”.

quando il numero di lotti non è troppo grande (sotto i 20): la quota di PMI vincitrici aumenta continuamente, dal 62% nel caso mancata suddivisione, al 65% nel caso in cui siano stati creati tra 10 e 19 lotti.

È stato poi osservato che le PMI beneficerebbero della suddivisione per tutti i tipi di contratti: rispetto alla mancata suddivisione, la percentuale di PMI che si aggiudicano i contratti cresce del 4% per i contratti di fornitura, del 2% per i contratti di servizi e del 6% per i contratti di lavori.

Tuttavia, se si guarda ai diversi Stati membri, risultano esserci notevoli differenze applicative.

È stato evidenziato, infatti, che i Paesi con la più alta propensione a suddividere i contratti in più lotti sono tipicamente quelli dell'Europa "orientale", ossia Stati membri che hanno aderito all'UE nel 2004 se non successivamente: la Slovenia (44%), la Polonia (36,5%), l'Ungheria (30,7%), così come Croazia (29,4%), Lituania (23,9%) e Bulgaria (23,3%).

Dei grandi Stati membri solo la Francia ha una percentuale di suddivisione in lotti relativamente alta (36,3%).

L'Italia, invece, ha una percentuale di mancata suddivisione molto alta (circa 83%) che lascia alla avvenuta suddivisione circa un 17%<sup>37</sup>.

Di particolare evidenza risulta poi la parte dello studio condotta sulla tipologia delle diverse misure adottate dai singoli Stati membri per facilitare l'accesso di tali imprese al mercato, tesa ad evidenziarne le combinazioni maggiormente efficienti<sup>38</sup>.

Anzitutto, le differenti misure sono state suddivise in quattro categorie: i) *conditions*; ii) *procedures*; iii) *awareness-raising*; iv) *incentives*.

Nella prima categoria sono state fatte rientrare: a) i pagamenti tempestivi ed efficienti; b) l'incremento della trasparenza delle procedure selettive.

Nella seconda categoria "*procedures*": a) l'incoraggiamento all'uso dell'*e-pro-*

<sup>37</sup> Tuttavia, tra il 2011 e il 2017 – quindi in attuazione delle direttive del 2014 – la percentuale dell'utilizzo di tale strumento è aumentata e si è passati da un 14,7% del 2011 a un 21,7 del 2017%, risultando però comunque uno dei Paesi con la percentuale di suddivisione più bassa.

<sup>38</sup> Per un'analisi comparata a livello internazionale si v. A. ANCARANI, C. DI MAURO, T. HARTLEY, T. TATRAI, *A Comparative Analysis of SME Friendly Public Procurement: Results from Canada, Hungary and Italy*, in *International Journal of Public Administration*, 42, 13, 1106, 2019. Gli AA. hanno evidenziato le principali differenze tra le discipline dei tre Stati di cui due (Italia e Ungheria tenuti al rispetto delle direttive UE) e uno extra-europeo. In particolare, ciò che colpisce è il diverso approccio tenuto dal Canada ove non sono permessi strumenti che potrebbero distorcere la concorrenza in qualunque modo (considerando in tal senso anche la suddivisione in lotti). Sul punto è stato sottolineato che «*At the policy level, it is interesting to see whether there is an express intention on the part of the government to support SMEs through training, encouragement tools and dedicated communication. In this respect, Canada puts a much greater emphasis than the other two countries on providing practical assistance, organising training courses, providing technical support for electronic public procurement, and offering encouragement and communication tools. In Italy and Hungary, the strong regulatory orientation, and the declared policy support for SMEs is not de facto matched by adequate technical support. In fact, practical assistance to SMEs intending to participate in public tenders lags behind the introduction of legislation*».

curement; b) l'aumento della semplificazione delle procedure e della documentazione richiesta per dimostrare i requisiti; c) l'incoraggiamento alla suddivisione in lotti; d) l'aumento offerte congiunte e l'utilizzo del subappalto; e) la riduzione dei requisiti economici-finanziari richiesti; f) l'assenza di criteri di selezione non "PMI friendly".

Alla terza categoria "awareness-raising" è stato ricondotto l'utilizzo di strumenti e pratiche in grado di aumentare le informazioni di cui le PMI possono disporre.

La quarta categoria è invece quella degli incentivi e dei supporti finanziari.

Secondo l'analisi condotta, un sistema efficace dovrebbe garantire tutte le quattro categorie attraverso una varietà di misure. Tuttavia, è emerso che solo 13 paesi su 31 hanno attuato misure che affrontano più di due delle quattro categorie e alcuni paesi (ad es. Danimarca) si sono concentrati solo su uno di questi aspetti; solamente l'Ungheria ha attuato almeno una misura per tutte e quattro le categorie.

Ciò che è emerso è che comunque vi sono delle combinazioni di misure più efficaci di altre nel garantire alle PMI maggiore accesso al mercato.

Lo studio ha rilevato, infatti, che la partecipazione delle PMI è aumentata maggiormente in Romania, Lituania, Malta, Liechtenstein e Italia.

Per quanto riguarda l'Italia è emerso che sono state attuate più misure differenziate nelle varie categorie (*procedures*, *awareness-raising*, *incentives*) tranne che in quella delle "conditions"<sup>39</sup> riguardante la presenza di pagamenti tempestivi e l'incremento della trasparenza delle procedure.

Nonostante ciò, la combinazione delle misure attuate in Italia, soprattutto in applicazione delle direttive del 2014, ha condotto ad un incremento della quota di partecipazione delle PMI: si è passati infatti dal 52,9% del periodo 2011-2014 al 61,7% del periodo 2015-2017.

Dunque, riepilogando i risultati qui riportati, dal *report* è emerso che "il terreno di gioco" delle PMI sono le procedure sottosoglia per quanto, nell'arco temporale di osservazione – in forza dell'attuazione del pacchetto di direttive del 2014 – la loro partecipazione è aumentata anche nel soprasoglia.

In ogni caso, sono stati registrati più alti livelli di partecipazione (soprattutto nel soprasoglia) attraverso forme indirette (ad es. tramite l'utilizzo del subappalto).

Ciò in quanto, è stato evidenziato, il valore dei contratti oggetto delle singole procedure di gara viene considerato (anche dalle stesse imprese) la "key barrier" al loro accesso al mercato, circostanza che viene attenuata solo attraverso l'utilizzo della suddivisione degli appalti in lotti.

<sup>39</sup> Non a caso la CGUE (CGUE, grande sezione, 20 gennaio 2020, C-122/18) ha ritenuto che l'Italia sia venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 4, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2011/7, proprio a causa del ritardo nei pagamenti alle imprese.

Quest'ultima pratica è considerata, tra le principali misure tese a facilitare l'accesso delle PMI, quella che maggiormente raggiunge tale scopo.

Tuttavia, tra le “*policy recommendations*” è stato sottolineato che le misure in grado di creare le condizioni per un sistema efficace, equo e “PMI friendly” sono principalmente quelle volte ad aumentare la trasparenza e ad instaurare un rapporto di fiducia tra gli acquirenti pubblici e i loro fornitori<sup>40</sup> (ossia quelle della prima tra le categorie illustrate c.d. delle “*conditions*”).

2. *La suddivisione degli appalti in lotti tra normativa UE e normativa interna.* – La suddivisione degli appalti in lotti<sup>41</sup> è considerato, come visto, l'istituto chiave nella garanzia di accesso al mercato delle PMI, in quanto permette a tali imprese di superare la già menzionata “*key barrier*”, costituita dall'elevato valore delle prestazioni oggetto delle procedure.

In generale, maggiore sarà il numero dei lotti in cui è suddivisa una “fornitura”, maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla gara, in virtù dei criteri di selezione (requisiti di partecipazione) meno restrittivi: in primo luogo, infatti, a un maggior numero di lotti corrisponderà una minore dimensione media degli stessi, con conseguente diminuzione dei requisiti di fatturato richiesti e ampliamento della possibilità di partecipazione a imprese di minori dimensioni. Non solo: lotti di minor valore agevolano la partecipazione delle PMI in quanto riducono anche i costi di partecipazione alla gara quali, ad esempio, quelli della cauzione provvisoria e definitiva<sup>42</sup>.

Le MPMI, infatti, restano “fuori gioco” quando l'oggetto dell'appalto viene configurato secondo una logica di aggregazione e complessità, dal momento che la prestazione diviene più ampia e più complessa e solitamente riservata ad un numero più ristretto di operatori economici, salva la facoltà di optare per forme di aggregazione ulteriori che, nelle forme più frequenti del raggruppamento

<sup>40</sup> Tra queste è stata richiamata soprattutto quella contro i ritardi nei pagamenti.

<sup>41</sup> Per lotto si intende una parte di una prestazione più ampia di lavori, servizi, o forniture che può avere una propria autonomia rispetto al tutto. Se si ha autonomia si ha lotto prestazionale, se non la si ha si parla di lotto prestazionale. Si veda R DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge «sblocca cantieri»*, Bologna, 2020, 510. L'attuale disciplina (art. 3 del codice dei contratti pubblici) definisce chiaramente entrambe le tipologie di lotti: all'art. 3 lett. qq) viene definito come lotto funzionale «*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*»; all'art. 3 lett. ggggg) viene definito come lotto prestazionale, «*uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto*».

<sup>42</sup> Così AA.Vv., *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, *Quaderni Consip*, 2, 2016.

temporaneo, del consorzio o dell'avvalimento, possono "recuperare" anche la partecipazione delle imprese di minori dimensioni<sup>43</sup>.

In secondo luogo, la suddivisione in lotti, identificando segmenti di mercato più ristretti va ad ampliare la possibilità di partecipazione a imprese maggiormente specializzate (caratteristica propria delle PMI).

Tale strumento, permettendo così di ampliare la platea dei partecipanti, garantisce anche un ampliamento della concorrenza con chiari benefici in termini di prezzo per le amministrazioni aggiudicatrici.

Tuttavia, l'articolazione in lotti di minori dimensioni può complicare, ad esempio, la fase della progettazione, la gestione delle procedure di affidamento, la fase dell'esecuzione del contratto, può anche comportare, dato il più elevato numero di partecipanti, problemi nel coordinamento tra i diversi fornitori e anche un aumento del contenzioso<sup>44</sup>.

Viepiù che solitamente suddividere un appalto in più lotti può far aumentare i costi generali di gestione delle procedure<sup>45</sup>.

Sebbene, come visto, l'istituto, nel corso degli anni, abbia acquisito sempre maggior rilievo divenendo una "leva" fondamentale per garantire la partecipazione delle PMI alle procedure di affidamento, tuttavia, non rappresenta una novità per l'ordinamento italiano.

Già la normativa sulla contabilità di Stato (r.d. 18.11. 1923, n. 2240 e r.d. 23.5. 1924, n. 827), infatti, prevedeva tale possibilità (artt. 37 e 43)<sup>46</sup> solo ove vi fossero particolari necessità «*da farsi constare nel decreto di approvazione del contratto*» e solo nelle ipotesi in cui risultasse «*più vantaggioso per l'amministrazione*».

Tali disposizioni esprimevano un chiaro *favor* per l'unitarietà del contratto che rappresentava la regola generale e che, ove scelta dall'amministrazione, non imponeva il rispetto di alcun particolare obbligo motivazionale; mentre vede-

<sup>43</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, in *Giustamm.it*, 2013, 1, poi destinato agli *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013.

<sup>44</sup> Sul punto S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, *Dir. Amm.*, 4, 2020, 933, che ha evidenziato che «*la scelta di suddividere un contratto di appalto in lotti comporta una maggiore complessità nella gestione dell'appalto sia nella fase pubblicistica che in quella privatistica: si pensi che ciascun lotto di cui si compone l'oggetto dell'appalto richiederà una sua procedura di gara ed inoltre, in ragione dei diversi aggiudicatari, sarà necessario stipulare diversi contratti, da cui conseguirà per altro un frazionamento delle relative responsabilità contrattuali, rendendo anche la fase privatistica di esecuzione del contratto naturalmente più ardua da gestire*».

<sup>45</sup> Sul punto v. M. TRYBUS, *The division of public contracts into lots*, cit., 313; A. LOMAN, F. RUFFINI, L. DE BOER, *Designing ordering and inventory management methodologies for purchased parts*, in *Journal of Supply Chain Management*, 2002, 38. Tra la dottrina italiana F. CINTIOLI, *ult. op. cit.*, che ritiene come al momento della scelta discrezionale della SA di suddividere l'appalto in lotti non può risultare indifferente «*l'obiettivo della riduzione dei costi per l'amministrazione, che viene meglio perseguito ampliando l'oggetto della prestazione*».

<sup>46</sup> In particolare, l'art. 37 disponeva il divieto di suddivisioni "artificiose" degli appalti e l'art. 43 prevedeva la suddivisione in lotti nell'interesse dell'amministrazione.

vano la suddivisione come un'eccezione, da attuare solamente se giustificata da situazioni eccezionali e contingenti.

La normativa sulla contabilità di Stato, infatti, era tesa a garantire particolari tutele all'interesse dell'amministrazione (*recte*: l'interesse pubblico che coincideva con l'interesse finanziario dell'amministrazione), a favorire le scelte più parsimoniose per la stessa e la concorrenza – intesa come capacità di accesso alle procedure da parte di tutti gli operatori interessati – era funzionale solo a raggiungere tali scopi. In altre parole, nel porre una disciplina dei pubblici incanti, la normativa nazionale privilegiava l'obiettivo di garantire una corretta gestione del denaro pubblico nell'interesse esclusivo dell'amministrazione committente e solo di riflesso le norme di contabilità garantivano la *par condicio* tra i concorrenti<sup>47</sup>.

In quest'ottica, il suddetto criterio del “vantaggio” per l'amministrazione risultava un «*concetto decisivo per orientare la scelta tra unitarietà e frammentazione dell'oggetto contrattuale*»<sup>48</sup>.

L'ipotesi di realizzazione dell'opera mediante suddivisione in lotti venne prevista anche dalla legge quadro sui lavori pubblici (l. 11.2.1994, n. 109 c.d. legge “Merloni”)<sup>49</sup> il cui art. 14, al comma 7, consentiva all'amministrazione di inserire nella programmazione annuale anche uno solo o più lotti di un intervento a condizione che venisse elaborata la progettazione almeno preliminare dell'intera opera e che fossero quantificate le risorse finanziarie complessivamente occorrenti, al fine di raggiungere un sufficiente grado di certezza sulla realizzabilità dell'intero intervento.

La possibilità della divisione in lotti era poi sottoposta alla condizione della “funzionabilità” del singolo lotto: affinché fosse consentita una suddivisione dell'opera, le stazioni appaltanti dovevano necessariamente individuare dei lotti “funzionali”, ossia delle parti di un lavoro generale la cui progettazione e realizzazione fosse tale da assicurarne *funzionalità, fruibilità e fattibilità*, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., 263 ss.

<sup>48</sup> F. CINTIOLI, *ult. op. cit.* L'A. precisa che, al tempo di vigenza di tale disciplina, l'amministrazione nel caso di scelta della strada dell'unitarietà non doveva adempiere a particolari obblighi di motivazione che, invece, sussistevano qualora venisse ritenuto di procedere con la suddivisione.

<sup>49</sup> La legge Merloni subì nel tempo ripetute modifiche di cui si ricordano: L. 2 giugno 1995, n. 216 (c.d. Merloni-bis); l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter); l. 1 agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni-quater). Sui caratteri della legge Merloni si v. *ex multis*, anche M. A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI PASSIGLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, 2010, 437 ss.; A. CARULLO, A. CLARIZIA, *La legge «Quadro» in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004, 985 ss. Più in generale sulla disciplina previgente al codice si v. *ex multis*: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Roma, 1986; F.P. PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. IX, 1988; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Roma, 1999.

<sup>50</sup> Cfr. Determinazione dell'ANAC n. 5 del 9 giugno 2005, consultabile sul sito dell'Autorità. Tale disciplina, dunque, prevedeva, come essenziale alla suddivisione, l'autonomia funzionale dei

In tal modo, richiedendo inderogabilmente che ogni singolo lotto avesse una sua propria autonomia, si voleva così evitare il pericolo di un inutile dispendio di denaro pubblico nell'ipotesi in cui la restante parte dell'intervento non venisse poi realizzata.

La legge Merloni, dunque – pur se maggiormente influenzata dai primi tentativi di armonizzazione della materia da parte del diritto UE, tesi a garantire maggiormente la concorrenza per il mercato<sup>51</sup> – riproponeva comunque la regola dell'unitarietà dell'appalto e la possibilità di suddivisione, in ogni caso, veniva condizionata al verificarsi di ipotesi particolari e alla dimostrazione (in sede motivazionale) del presupposto indefettibile dell'autonoma funzionalità e fruibilità.

Successivamente, le direttive del 2004 considerarono esplicitamente l'eventualità che i contratti potessero essere aggiudicati in lotti separati, tuttavia, la previsione venne inserita, in via contingente, all'interno dell'art. 9 par. 5 della direttiva 2004/18/CE (e all'art. 16 par. 16 lett. a) della direttiva 2004/17/CE) che disciplinava il calcolo del valore dell'appalto<sup>52</sup>.

singoli lotti. Ne era derivata addirittura una distinzione nominalistica tra la suddivisione in lotti (ammessa secondo il criterio della funzionalità e fruibilità separata) e lo "scorporo" ossia un'esecuzione mediante appalti parziali che non rispettavano il criterio della funzionalità. Così F. CINTIOLI, *op. cit.*, 8 ove l'A. riporta come esempio di scorporo l'ipotesi della stazione appaltante che affidava, con appalti separati, da un lato la realizzazione della parte edile di un'opera pubblica e dall'altro l'esecuzione delle opere impiantistiche. Lo scorporo risultava ammissibile – secondo la richiamata determinazione Anac – solo in ipotesi eccezionali come i lavori di alta specializzazione tecnica o artistica (art. 19, comma 1-quater l. 109/94, ad es. restauro di immobili e di superfici decorate di beni architettonici). Al di fuori di tali ipotesi, le Stazioni appaltanti avrebbero compiuto un artificioso frazionamento delle opere al fine di far rientrare l'intervento al di sotto delle soglie UE e di aggirare così la normativa comunitaria e nazionale di recepimento.

<sup>51</sup> Alla concorrenza "per il mercato" vanno ricondotte, infatti, tutte le disposizioni tese a delimitare il mercato "rilevante", individuandone i confini con il fine di garantire un efficiente allargamento della concorrenza. Più nello specifico, nel mercato dei contratti pubblici vengono ricollegate alla tutela della concorrenza per il mercato tutte quelle disposizioni tese all'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, tramite anche la determinazione dei requisiti richiesti agli operatori economici da parte delle amministrazioni pubbliche al fine di consentirne "l'accesso" al mercato. Garantiscono, inoltre, la concorrenza per il mercato non solo tutte quelle norme che afferiscono alla definizione dei profili soggettivi del mercato stesso ma anche quelle relative all'individuazione dei contenuti e delle caratteristiche delle prestazioni che saranno oggetto dello "scambio" sul mercato, (*recte*: attinenti alla definizione del contenuto e del tipo di contratto tramite la predeterminazione della *lex specialis*). Cfr. A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PPA.A. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012, 59.

<sup>52</sup> Maggior rilievo all'istituto venne dato dal già richiamato "Codice europeo delle buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici" ove la Commissione osservava che «Le direttive sugli appalti pubblici consentono che i contratti siano aggiudicati in lotti separati. La suddivisione degli acquisti pubblici in lotti facilita chiaramente 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). Inoltre, la suddivisione dei contratti in lotti e, di conseguenza, l'ulteriore apertura delle gare d'appalto alla partecipazione delle PMI, amplia ulteriormente la concorrenza. Questa soluzione è vantaggiosa per le autorità aggiudicatrici, purché sia appropriata e fattibile alla luce dei lavori, forniture e servizi richiesti». Veniva poi richiamata – come virtuosa – l'esperienza francese ove «al fine di attirare quanti

A livello interno, il Codice del 2006, nella sua originaria formulazione, non si occupava specificamente della suddivisione in lotti, né dava una definizione di essi: all'art. 29 vi era unicamente l'affermazione del principio – di derivazione comunitaria – del divieto di suddivisione artificiosa dell'appalto al fine di eludere il raggiungimento delle soglie e, dunque, l'applicazione della disciplina comunitaria<sup>53</sup>.

Il riferimento espresso alla disciplina venne inserito solamente nel 2011 ad opera del c.d. statuto delle imprese (d.l. n. 201/2011) addirittura nell'art. 2 tra i principi relativi agli appalti.

Tale disposizione venne nuovamente modificata (d.l. n. 69/2013) e la versione finale (art. 2, comma 1bis) – alla vigilia del recepimento delle nuove direttive – 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. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese»*.

Dunque, nella disciplina del Codice del 2006, la suddivisione era prevista solo per lotti funzionali (e non anche prestazionali come la disciplina attualmente vigente), senza specificazioni in merito alla possibilità per gli operatori di poter competere per uno, per più o tutti i lotti (specificazioni inserite invece

*più concorrenti possibili, la regola generale è l'aggiudicazione dei contratti secondo la formula dei lotti separati. Ciò nonostante, le autorità aggiudicatrici sono libere di aggiudicare contratti unitari qualora ritengano che la suddivisione in lotti, in un determinato caso, limiti la concorrenza o rischi di porre ostacoli tecnici o di rendere più costosa l'esecuzione del contratto, oppure qualora l'autorità aggiudicatrice non sia in condizione di garantire il coordinamento dell'esecuzione del contratto»*.

<sup>53</sup> Cfr. R. DE NICTOLIS, *ult. op. cit.*, 512. Tradizionalmente, infatti, il frazionamento dell'appalto è sempre stato guardato sia dal legislatore nazionale che da quello europeo come una pratica da censurare in quanto potenzialmente volta a ridurre artificialmente l'importo della gara al fine di aggirare la normativa vigente in tema di soglie comunitarie e dunque in violazione dei principi di libera concorrenza e accesso alle commesse pubbliche. Il frazionamento, tuttavia, non va confuso con la suddivisione in lotti: in caso di appalto suddiviso in lotti, infatti, il valore da tenere in considerazione per la determinazione della soglia comunitaria è quello della somma dei singoli lotti. Così AA.VV., *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, cit. Sul punto anche S. VILLAMENA, *ult. op. cit.* che ha evidenziato che *«fra le ragioni a base dello scetticismo sulla suddivisione in lotti di un appalto pubblico vi era il sospetto che la stessa potesse effettuarsi allo scopo di aggirare la normativa in tema di soglie e consentire per questa via il ricorso a procedure meno concorrenziali (trattativa privata, cottimo fiduciario, affidamento diretto, ecc.)*. Come noto, il problema appena indicato è stato superato solo a seguito delle direttive europee del 2004 ed il nuovo Codice del 2016 ha confermato questa impostazione laddove l'art. 35, comma 6 del medesimo prevede espressamente che la suddivisione in lotti di un appalto non incide sul valore complessivo del contratto, che risulta comunque dalla somma dei lotti messi a gara». Nonostante ciò – precisa l'autore – residua ancora qualche incertezza in sede applicativa dal momento che, anche di recente, sono emersi casi in cui le pubbliche amministrazioni hanno utilizzato come giustificazione alla propria scelta di non suddividere in lotti un appalto proprio il rischio di elusione della normativa fondata sulle soglie di valore monetario dell'appalto (argomento prontamente respinto in sede giurisdizionale richiamandosi proprio alla previsione del Codice del 2016 sopra indicata). Si v. sul punto Corte dei conti, Sicilia, 21 novembre 2019, n. 170.

nel nuovo Codice) e in ogni caso la suddivisione doveva apparire “possibile” ed “economicamente conveniente”, evocando così, ancora una volta, la concezione dell’istituto posta dalla normativa sulla contabilità di Stato<sup>54</sup>.

Le direttive del 2014 – in linea con la rinnovata e nuova attenzione alla tutela delle PMI – hanno invece previsto una disciplina particolarmente dettagliata dell’istituto.

Il considerando 78 della direttiva 2014/24/UE<sup>55</sup>, come visto – dopo aver indicato la necessità che gli appalti «siano adeguati alle necessità delle PMI» e che, al fine di agevolare la partecipazione delle PMI, le amministrazioni aggiudicatrici devono essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche – stabilisce che «a tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti».

Tale suddivisione – continua il considerando – può essere effettuata sia su base quantitativa, così da far sì che «l’entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI», sia 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».

Al paragrafo successivo il medesimo considerando specifica poi i poteri di cui dispongono le amministrazioni aggiudicatrici nello stabilire la suddivisione.

Viene, anzitutto, chiarito che «l’entità e l’oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall’amministrazione aggiudicatrice» e tal fine la medesima amministrazione «dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti», avendo comunque sempre «la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante».

Tuttavia, nel caso in cui l’amministrazione aggiudicatrice decida che non sia “appropriato” suddividere l’appalto in lotti «la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un’indicazione dei principali motivi della scelta dell’amministrazione aggiudicatrice».

In tal modo viene così delineata la suddivisione in lotti come la “regola” (che l’amministrazione può mettere in pratica liberamente e «sulla base di qualunque motivo ritenga rilevante»), a cui fa da “contraltare” l’eccezione della mancata suddivisione che deve risultare motivata.

<sup>54</sup> Cfr. C. CATARISANO, *Art. 51*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, 2017, 522.

<sup>55</sup> Nella direttiva concessioni 2014/23/UE, l’istituto è previsto all’articolo 8 che disciplina i metodi di calcolo del valore dell’appalto ma non vi è una disciplina di dettaglio come nella direttiva appalti. Nella direttiva 2014/25/UE la suddivisione è prevista all’art. 65 che riprende sostanzialmente l’art. 46 della direttiva appalti, differenziandosi per due aspetti peculiari. Anzitutto, non è prevista la motivazione della mancata suddivisione. Tuttavia, nell’ottica di facilitare la partecipazione delle PMI, il considerando 87 prevede che gli Stati membri possono obbligare gli enti aggiudicatori a fornire una motivazione per la decisione di non suddividere in lotti.

In base proprio ai “motivi” che potrebbero portare l’amministrazione a decidere in senso contrario alla suddivisione vengono richiamate diverse ipotesi: i) il caso in cui l’amministrazione aggiudicatrice ritenga che la suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza, ii) o di rendere l’esecuzione dell’appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, iii) ovvero il caso in cui l’esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell’appalto.

Al paragrafo seguente viene poi ribadita la necessità che gli Stati membri si impegnino a facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici *«andando oltre nei loro sforzi»*, ad esempio, estendendo *«la portata dell’obbligo di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti per appalti di entità minore, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti»* ma anche rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in presenza di determinate condizioni.

Il considerando successivo aggiunge poi ulteriori specificazioni alla disciplina indicata nel considerando 78<sup>56</sup>

Venendo invece all’esame dell’articolo, l’art. 46 della direttiva 2014/24/UE, prevede, al primo paragrafo, la possibilità per le amministrazioni di aggiudicare gli appalti sotto forma di lotti separati, di determinarne le dimensioni e l’oggetto e, laddove non operino tale suddivisione, al secondo paragrafo, viene invece previsto l’obbligo di motivare tale scelta.

Al secondo paragrafo viene poi data la disciplina di dettaglio che stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici siano tenute ad indicare – nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse – se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti; possono poi, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero

<sup>56</sup> In particolare, precisa che, nel caso in cui si scelga di suddividere l’appalto in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici *«dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un’offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l’affidabilità dell’approvvigionamento»*; ii) *«dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente»*. Nel secondo paragrafo viene previsto poi che *«Tuttavia, l’obiettivo di facilitare un maggiore accesso agli appalti pubblici da parte delle PMI potrebbe essere ostacolato se le amministrazioni aggiudicatrici fossero obbligate ad aggiudicare un appalto lotto per lotto anche se ciò implicasse dover accettare soluzioni sostanzialmente meno vantaggiose rispetto a quella di un’aggiudicazione che raggruppi più lotti o tutti i lotti. Pertanto, qualora la possibilità di applicare tale metodo sia stata chiaramente indicata in precedenza, dovrebbe essere possibile per le amministrazioni aggiudicatrici effettuare una valutazione comparativa delle offerte per stabilire se quelle presentate da un particolare offerente per una specifica associazione di lotti rispondano meglio, nel loro complesso, ai criteri di aggiudicazione stabiliti in conformità della presente direttiva in relazione a tali lotti rispetto alle offerte per i singoli lotti in questione, prese isolatamente. In tal caso, all’amministrazione aggiudicatrice dovrebbe essere consentito aggiudicare un appalto che associ i lotti in questione all’offerente interessato. Occorre chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero effettuare tale valutazione comparativa determinando prima quali offerte rispondano meglio ai criteri di aggiudicazione stabiliti per ogni singolo lotto per poi compararle, nel loro complesso, a quelle presentate da un particolare offerente per una specifica associazione di lotti»*.

di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse<sup>57</sup>.

Il quarto paragrafo chiude l'articolo prevedendo la possibilità – a determinate condizioni «*da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione*» – di rendere la suddivisione in lotti obbligatoria.

2.1. *L'art. 51 c.c.p. tra discrezionalità amministrativa e tutela della concorrenza.* – Il legislatore nazionale ha recepito quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE all'interno dell'art. 51 del Codice dei contratti pubblici (di seguito anche solo c.c.p.).

Viene così prevista, al primo comma, la possibilità di suddividere gli appalti in lotti funzionali o prestazionali «*nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali*», al fine di favorire l'accesso MPMI.

Nello stesso comma viene indicato, in caso di mancata suddivisione, l'obbligo per le stazioni appaltanti di motivare tale scelta nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139 del Codice.

Viene poi precisato che nel caso di suddivisione in lotti, il loro valore «*deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*».

In ogni caso è 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*».

Al secondo comma, riprendendo la ricordata normativa UE, viene previsto che: «*Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti*».

Al comma successivo viene precisato che le stazioni appaltanti, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, possono limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare.

Lo stesso comma continua stabilendo che «*Nei medesimi documenti di gara*

<sup>57</sup> Sempre nello stesso paragrafo viene poi aggiunto che «*Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nei documenti di gara le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo*». Al paragrafo tre viene poi stabilito che «*Gli Stati membri possono prevedere che, nei casi in cui al medesimo offerente possa essere aggiudicato più di un lotto, le amministrazioni aggiudicatrici possano aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indicano i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati*».

*indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo».*

Il quarto comma – che recepisce senza modifiche il paragrafo 3 dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE – dispone che: *«Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti al medesimo offerente, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati, nonché le modalità mediante cui effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti».*

Come si può facilmente evincere, rispetto al previgente art. 2, comma 1bis, del vecchio codice, l'art. 51 si presenta come una norma particolarmente più dettagliata: anzitutto, viene prevista la possibilità di suddivisione anche per i lotti c.d. prestazionali (e non solo funzionali) e viene poi anche inserita una disciplina *ad hoc* per l'ipotesi di partecipazione o aggiudicazione di più lotti (cc.dd. vincolo di partecipazione e vincolo di aggiudicazione).

Altra differenza con il previgente articolo 2 sta nel fatto che quest'ultimo, sebbene imponesse la suddivisione come “obbligo”, prevedeva, tuttavia, la possibilità di escluderne la configurazione nel caso in cui non fosse “economicamente conveniente”.

Sebbene tale ultima locuzione non sia più presente nell'art. 51, tuttavia, ciò non starebbe a significare che la convenienza economica non possa più essere una ragione sufficiente ad escludere la suddivisione in lotti, né che la convenienza sia tenuta a “soccombere” davanti al *favor participationis* per le MPMI, questo in quanto, il già menzionato considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE, prevede, quali possibili motivi della mancata suddivisione, proprio la convenienza economica di tale scelta.

Rispetto, invece, al tenore letterale delle disposizioni delle direttive, l'art. 51 c.c.p. non ha recepito l'ultimo paragrafo dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE, il quale lasciava alla discrezione degli Stati membri la previsione di “condizioni” in presenza delle quali sia obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati.

Invece, in “aggiunta” al dettato delle direttive, l'art. 51, precisa che la finalità della suddivisione in lotti è quella di favorire l'accesso alle MPMI e che il valore dei lotti deve essere adeguato in modo da garantire a quest'ultime un'effettiva partecipazione alle procedure.

Tali “aggiunte” in realtà attuerebbero quanto previsto dalle direttive nei Considerando sopra analizzati.

In questo senso l'art. 51 andrebbe letto raccordandolo con l'art. 30, comma 7, del medesimo Codice che prevede che *«i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie».*

Secondo parte della dottrina, sotto questo profilo, la suddivisione in lotti costituirebbe quindi un principio a tutela della concorrenza o, meglio, rappresenterebbe un istituto a garanzia di una maggiore concorrenza in quanto estesa ad una platea più ampia di operatori<sup>58</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, ha ritenuto che il fondamento della suddivisione in lotti sarebbe unicamente la protezione delle piccole e medie imprese, e che quest'ultimo interesse costituirebbe, tuttavia, solamente un interesse tipizzato dal legislatore del quale l'amministrazione deve adeguatamente tenere conto in sede di bilanciamento, ciò in quanto «*i principi comunitari (...) pongono sì in primo piano l'interesse alla tutela della concorrenza, ma non prediligono mai una protezione diretta dell'una o dell'altra impresa né quella di una categoria a vantaggio delle altre*»<sup>59</sup>.

Tale impostazione, tuttavia, sembrerebbe essersi in parte attenuata a seguito dell'emanazione del pacchetto di direttive del 2014.

Come noto, con tali direttive si è assistito al passaggio dalla tutela della concorrenza alla tutela "oltre" la concorrenza, ove la tutela di quest'ultima non è certo venuta meno ma è stata affiancata dalla tutela di altri interessi, quale quello della partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici.

In tal senso, dunque, sembrerebbe che la normativa europea abbia prediletto la protezione di talune imprese, non tanto per favorirle (alterando così la concorrenza) ma per riequilibrare il livello della loro partecipazione rispetto al peso che, si è visto, detengono nel mercato UE.

Quindi se, da un lato, si concorda con il fatto che l'interesse alla partecipazione delle PMI possa essere solo uno degli interessi che l'amministrazione dovrà andare a ponderare nell'esercizio della propria discrezionalità, tuttavia,

<sup>58</sup> R. DE NICTOLIS, *ult. op. cit.*, 512. In questo senso anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui «*La tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla notoria esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese (...), ma anche, e soprattutto, nella esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima partecipazione non solo al momento dell'effettuazione della gara ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto*», così Cons. Stato, sez. III, 04 marzo 2019, n. 1491; Id. n. 1486; Id., 22 febbraio 2018 n. 1138; Id., n. 26 settembre 2018, n. 5534, ed in precedenza con riguardo all'art. 2 co. 1 dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i. Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224; Id., sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669; Id., sez. V, 20 marzo 2007 n. 1331. Sul punto il g.a. ha precisato in più occasioni che e anche che «*L'articolazione ragionevole di un appalto in lotti diversi è (...) finalizzata (...) ad assicurare la tutela della concorrenza e della non discriminazione tra i contendenti, e cioè di finalità di eminente interesse pubblico che, trascendendo le vicende della singola gara, attengono all'ordinato ed equilibrato sviluppo economico della società intera*», così Cons. Stato, sez. III, 04 marzo 2019, n. 1491; Id. n. 1486; Id., 26 febbraio 2019, n. 1350; In senso conforme anche Cons. Stato, sez. III, 04-02-2019, n. 861. Sempre il medesimo Autore, in altra occasione, ha specificato che la suddivisione in lotti assolve primariamente ad una funzione di efficienza nell'esecuzione del contratto e quindi alla cura dell'interesse del committente e, solo subordinatamente, consentirebbe di ampliare lo spazio concorrenziale. Così L. PERFETTI, *Suddivisione in lotti*, in M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui Contratti pubblici*, Tomo I, 2019, 238.

<sup>59</sup> F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, cit., 13.

non può non rilevarsi che lo stesso, nel corso degli ultimi anni, abbia acquisito un peso (non assoluto ma) quanto meno preponderante in grado (almeno teoricamente) di condizionare la scelta discrezionale dell'amministrazione.

Viepiù che garantire a tali categorie di imprese l'accesso effettivo al mercato, ampliando la platea degli operatori, permette senz'altro – come osservato dalla richiamata dottrina – di aumentare la concorrenza, consentendo così anche un "ritorno" alla tutela dell'interesse pubblico "primario" che è quello dell'individuazione del miglior contraente possibile e dell'ottenimento della migliore prestazione al minor prezzo.

2.1.1. Segue. *La suddivisione in lotti quale scelta di natura discrezionale.* – Una questione dibattuta, inerente alla tematica della suddivisione degli appalti in lotti, è se la scelta dell'amministrazione aggiudicatrice sia o meno una scelta di natura discrezionale.

Il Giudice amministrativo, nelle sue decisioni in materia, ha costantemente affermato che la suddivisione degli appalti in lotti «è espressione di una scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria»<sup>60</sup> e che con l'art. 51 del Codice dei contratti pubblici «il legislatore non abbia inteso imporre soluzioni cogenti e definite nel loro contenuto precettivo riconoscendo alla stazione appaltante possibilità di scelta nell'ambito di un'ampia discrezionalità, ponendo come criteri di orientamento quello del favor per le piccole e medie imprese nell'ambito dell'esigenza di fondo di valorizzazione della libera concorrenza»<sup>61</sup>.

In merito all'esercizio di tale potere discrezionale, è stato poi precisato che esso deve essere «funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto»; e che il medesimo potere «resta delimitato (...) dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza; a tal fine, quale corollario dell'effettività della regola generale, è posta la previsione di un specifico obbligo di motivazione (art. 51 del d.lgs. n. 50/2016), proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza»<sup>62</sup>.

Sempre in merito alla sua sindacabilità, è stato evidenziato che «(...) come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa: e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribui-

<sup>60</sup> Tra le pronunce più recenti Cons. Stato, sez. III, 2 gennaio 2020, n. 25; Id., sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081.

<sup>61</sup> Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2021, 1248.

<sup>62</sup> Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 932; Id., 3 luglio 2020, n. 4289; Id., 30 settembre 2020, n. 5746; Id., 4 marzo 2019, n. 1491; similmente anche: Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1350; Id., 04-03-2019, nn. 1486 e 1491; TAR, Sicilia, Palermo, sez. I, 11 marzo 2019 nn. 742 e 743; Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138. In precedenza, con riguardo all'art. 2 co. 1 dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i. Cons. Stato, sez. III, 04 febbraio 2019, n. 861; Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224.

to all'amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria»<sup>63</sup>.

Il giudice amministrativo, dunque, ha costantemente affermato che la scelta della suddivisione in lotti è frutto dell'esercizio di un potere di natura discrezionale particolarmente ampio che deve essere esercitato in maniera «coerente» con il bilanciamento degli interessi (pubblici e privati) che vengono coinvolti nella procedura ad evidenza pubblica e nel rispetto dei «criteri» stabiliti per orientarlo, ossia quelli «classici» della proporzionalità e della ragionevolezza, a cui si aggiunge quello della tutela della PMI, che a sua volta è teso a valorizzare quello della concorrenza.

Tale visione è stata avallata anche da parte della dottrina.

In particolare, è stato evidenziato che l'amministrazione, nel momento in cui decide se suddividere un appalto in più lotti eserciterebbe un potere di natura discrezionale ove l'interesse delle PMI, tutelato dal legislatore, sarebbe unicamente un interesse tipizzato che costituirebbe «uno dei punti di riferimento della discrezionalità amministrativa»<sup>64</sup>.

Non sarebbe quindi un requisito assorbente e non esaurirebbe la ponderazione dell'amministrazione, in quanto, pur essendo presente all'interno della valutazione e pur essendo in grado di orientare la scelta discrezionale, potrebbe comunque risultare soccombente in tutto o in parte, a seconda dei casi.

Seguendo tale linea interpretativa, dunque, l'interesse alla tutela delle PMI sarebbe quindi da considerare come uno degli interessi secondari che devono essere bilanciati con l'interesse pubblico primario con il quale possono entrare in conflitto<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038. Similmente anche Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6209. Cons., Stato sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857 Id., 04 marzo 2019, n. 1491; Id. n. 1486.

<sup>64</sup> F. CINTIOLI, *ult. op. cit.*, 14. Sulla natura discrezionale di tale scelta anche F. CARINGELLA, M. PROTTO, *ult. op. cit.*, 215 che precisano che data la natura discrezionale della scelta, nell'ipotesi in cui l'amministrazione opti per la non suddivisione dell'appalto, sarà difficile poi censurarne la scelta nel merito, ove si sia adempiuto al dovere motivazionale. Similmente anche altra parte della dottrina che ha evidenziato che in caso di suddivisione in lotti, è necessario – per l'amministrazione – procedere ad un contemperamento degli interessi perseguiti, non perdendo di vista la necessità di approvvigionamento dei beni e servizi attraverso il minor dispendio di mezzi e risorse. Ciò in quanto il *favor* accordato alla suddivisione in lotti, e di fatto alle MPMI, non può essere inteso quale regressione del coesistente interesse pubblico alla scelta del miglior contraente. Così M. CAFAGNO, A. FARÌ, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, cit., 223. Sul bilanciamento di interessi che deve compiere la stazione appaltante si v. anche AA.VV., *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, cit., 8, ove è stato evidenziato che alle SA viene richiesto di compiere una scelta complessa (se e in che modo suddividere un appalto in lotti) al fine di ridurre i prezzi e massimizzare la qualità dell'offerta, tenendo conto, al contempo, di altre istanze di «riconosciuto interesse pubblico» quale il ruolo delle PMI e, più in generale, il mantenimento di una struttura concorrenziale dei mercati.

<sup>65</sup> Sul rapporto tra interesse primario e interessi secondari in sede di discrezionalità ammi-

Secondo altra parte della dottrina<sup>66</sup>, invece, l'idea per la quale la suddivisione in lotti sia frutto di una scelta discrezionale della stazione appaltante, sarebbe poco convincente e frutto di un errore concettuale: la capacità dell'amministrazione di decidere il perimetro dell'appalto, infatti, non sarebbe da ricondurre – come fa la giurisprudenza – ad una decisione inerente all'interesse pubblico, bensì l'amministrazione disporrebbe unicamente di un ambito di valutazione concernente il fatto che non sta a significare che la stessa eserciti un potere di volizione circa l'interesse pubblico, proprio, invece, della discrezionalità amministrativa.

In altre parole, la suddivisione di un appalto in più lotti, non sarebbe altro che «una valutazione tecnica di un fatto complesso»<sup>67</sup>, non riferibile all'uso di poteri e il fatto che la scelta sia posta unilateralmente dal committente non significa che costituisca esercizio di potere pubblicistico.

Tali argomentazioni, tuttavia, non paiono convincenti. Nel momento in cui l'amministrazione va a stabilire il perimetro dei “micro-mercati” che sono le procedure di gara, infatti, lo fa esercitando poteri discrezionali, andando, anzitutto, ad individuare l'interesse pubblico concreto per il cui perseguimento viene prevista l'utilizzazione del successivo procedimento “di valutazione comparativa”<sup>68</sup>.

Una volta individuato l'interesse pubblico da perseguire nel caso concreto, nel delineare il mercato di riferimento, tale interesse dovrà poi essere bilanciato con gli ulteriori interessi pubblici e privati che con esso si vanno a relazionare.

In tal senso si intende concordare con la richiamata dottrina che vede l'interesse delle PMI come uno dei diversi interessi da dover comparare e bilanciare con l'interesse pubblico primario.

In questo contesto traspare poi chiaramente il ruolo e l'importanza del sindacato del giudice amministrativo chiamato a verificare se la delimitazione del micro-mercato, compiuta dall'amministrazione aggiudicatrice, risponda ai richiamati principi che ne devono guidare l'agire, così da tutelare i cittadini e le imprese dal non corretto esercizio del potere e assicurare, laddove i ricorsi siano privi di fondamento, la rapida e sicura prosecuzione del perseguimento dell'interesse pubblico.

Nel paragrafo successivo, attraverso l'analisi di alcuni casi specifici, si analizzerà il ruolo del sindacato del g.a. sulla scelta (motivata) della stazione appaltante di non suddividere l'appalto in lotti o di non suddividerlo a misura di PMI.

nistrativa si v. per tutti M.S. GIANNINI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1970, 480; ID., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1930. Sulla discrezionalità come comparazione di interessi si v. anche A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1954, 67 ss.

<sup>66</sup> L. PERFETTI, *Suddivisione in lotti*, cit., 238.

<sup>67</sup> L. PERFETTI, *ult. op. cit.*, 240.

<sup>68</sup> S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit., 305.

2.2. *Il Giudice amministrativo e il sindacato sulla motivazione in merito alla mancata o cattiva suddivisione dell'appalto in lotti. Casistica.* – Come visto, l'art. 51 del Codice dei contratti pubblici, recependo la disciplina contenuta nelle direttive, non ha delineato l'istituto della suddivisione in lotti in termini assoluti, bensì ha lasciato la possibilità alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'esercizio della loro discrezionalità, di derogare a tale "principio", seppur attraverso una decisione che deve essere, secondo la giurisprudenza, "adeguatamente motivata"<sup>69</sup>.

Dalla motivazione – che deve essere "appropriata" e "completa"<sup>70</sup> e che deve risultare dal bando di gara o dalla lettera di invito o dalla relazione unica di cui agli articoli 99 e 139 c.c.p. – dovranno emergere i "giustificati motivi"<sup>71</sup> o le "puntuali e specifiche ragioni"<sup>72</sup> che hanno indotto l'amministrazione a optare per la "non suddivisione".

I motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che la suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l'esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell'appalto<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Si v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1222; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 11 febbraio 2019, n. 224; meno recentemente Cons. Stato, Sez. VI, 12-09-2014, n. 4669. Sarebbe così stata delineata la disciplina in applicazione del principio "*apply or explain*" di matrice UE, richiamato spesso anche dalla giurisprudenza amministrativa. In tal senso Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123.

<sup>70</sup> Così Cons. Stato sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1222; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 14 gennaio 2019 n. 36; Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 28 maggio 2018, n. 1202; meno recentemente anche Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669.

<sup>71</sup> Cons. Stato sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857; Id., 22 gennaio 2018, n. 1138.

<sup>72</sup> Cons. Stato, sez. III, 04 febbraio 2019, n. 861.

<sup>73</sup> Tali esemplificazioni sono state espressamente previste dal legislatore europeo al considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE ma non dal legislatore nazionale. Sono tuttavia spesso richiamate dalla giurisprudenza nazionale (v. *ex multis* TAR Veneto, Venezia, sez. II, 14 gennaio 2019 n. 36). Guardando agli altri Stati membri, il legislatore francese, ad esempio, ha previsto espressamente l'esemplificazione di tali motivi. In particolare, all'art. L. 2113-11 "Absence d'allotissement en lots séparés" (del Code de la commande publique) è stato previsto che «*L'acheteur peut décider de ne pas allouer un marché dans l'un des cas suivants: 1. Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination; 2. La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer le marché, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision*». Tali esemplificazioni sono state previste sia dal giudice amministrativo francese (sul punto v. Conseil d'Etat, 7 mai 2013, n. 365706), ma anche dallo stesso legislatore francese, molto prima delle direttive del 2014 tant'è che già il richiamato Codice di buone pratiche (SEC (2008) 2193) richiamava, tra le normative "virtuose" da tenere in considerazione per la futura strategia europea, proprio quella francese (par. 1.1.). Sulla stessa linea anche il legislatore spagnolo che ha previsto, in attuazione delle direttive del 2014, (art. 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)) che la suddivisione possa non compiersi per giustificati motivi quali, ad esempio: «a) *El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la compe-*

Sarà proprio in base alla motivazione che il giudice amministrativo dovrà verificare se l'amministrazione, in sede decisionale, abbia compiuto un corretto bilanciamento tra i vari interessi in gioco (primi fra tutti l'interesse alla corretta ed efficiente esecuzione dell'appalto e quello alla partecipazione delle PMI) e sia riuscita correttamente a giustificare la modalità organizzativa prescelta.

Il sindacato del giudice amministrativo, tuttavia, non riguarda unicamente la legittimità della scelta di non suddividere l'appalto in lotti ma spesso ha ad oggetto anche la "cattiva" suddivisione, ossia tutti quei casi in cui la stazione appaltante ha provveduto a suddividere l'appalto in lotti e ad essere contestato è il *quomodo* della scelta.

In queste ipotesi il g.a. dovrà verificare se la suddivisione realizzata è stata compiuta nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità o se, invece, è stata posta in essere più per rispettare formalmente la disposizione (e non incorrere in una violazione palese) che per suddividere utilmente l'appalto.

In questa prospettiva si pone, ad esempio, la questione dei c.d. "macro-lotti", in cui la suddivisione vi è stata ma i singoli lotti sono di importo così elevato da non permettere affatto la partecipazione delle PMI.

In queste ipotesi dovrà essere verificato se la scelta di "sacrificare" l'interesse di tali imprese (specificatamente tutelato dal legislatore) risulti adeguatamente motivata rispetto all'oggetto dell'appalto.

Sul punto si richiama una pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857) che ha stabilito che cui il potere discrezionale dell'amministrazione di cui all'art. 51 del Codice dei contratti deve essere esercitato «*con riguardo all'applicazione del principio di massima partecipazione e al favor legislativo per le piccole e medie imprese*» e che, nel caso in cui non si voglia procedere alla suddivisione, la scelta debba essere debitamente motivata.

Nel caso sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato, la procedura – in detta da una ASL per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione ambientale di tutti i presidi, strutture ed uffici aziendali – prevedeva la suddivisione dell'appalto in due macro-lotti di rilevanti dimensioni<sup>74</sup>.

Tuttavia, dall'esame degli atti di gara, non trasparivano, in alcun modo, le ragioni che avevano condotto l'amministrazione a optare per siffatta decisione (*recte*: la razionalità della scelta).

*tencia. Para poder aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar con carácter previo un informe a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que ésta se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia; b) Que se dé la circunstancia de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato tenga como consecuencia dificultar la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; circunstancia que debe acreditarse en el expediente de contratación; c) Que resulte que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Este extremo debe ser debidamente justificado en el expediente».*

<sup>74</sup> Il primo lotto da 29.681.856 euro e il secondo da 12.757.500 euro.

Dunque, nonostante vi fosse stato il rispetto formale della suddivisione in lotti dell'appalto, richiesta dall'art. 51 c.c.p., tuttavia, veniva lamentata (dai ricorrenti in primo grado) «la violazione dei principi di massima partecipazione e concorrenza ed il difetto di motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico prevalenti sul principio di massima partecipazione per derogare alla suddivisione in lotti». Vieppiù che, in primo grado, le argomentazioni difensive dell'amministrazione erano state riconosciute dal TAR<sup>75</sup> come un tentativo di integrazione postuma della motivazione<sup>76</sup>.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto la scelta dell'Amministrazione: i) viziata in quanto sfnita di motivazione, precisando sul punto che: «in alcun modo la mancanza di motivazione può essere superata dalla individuazione dei lotti così come è stata realizzata, non essendo possibile nel caso di specie, comprendere le effettive esigenze che hanno determinato la scelta della stazione appaltante»<sup>77</sup>; ii) lesiva dei principi di proporzionalità e ragionevolezza in quanto la scelta della ASL avrebbe potuto esplicarsi «in molteplici varianti tutte suscettibili di soddisfare le esigenze di organizzazione del servizio»<sup>78</sup>.

Né sono valse le argomentazioni difensive dell'amministrazione relative alla possibilità per le PMI di partecipare in forma aggregata, in quanto, a detta del Collegio, «la possibilità di partecipazione delle imprese di minori dimensioni deve essere "effettiva" e non ipotetica, ovvero subordinata a condizioni ulteriori, come la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo, anche in ragione del fatto che tale evenienza non dipende solo dall'esclusiva vo-

<sup>75</sup> TAR Campania, Napoli, 3 settembre 2018, n. 5357.

<sup>76</sup> Censura poi confermata dal Consiglio di Stato, che ha affermato che: «Deve dunque essere condivisa la sentenza impugnata anche nella parte relativa alla inammissibilità della integrazione in giudizio della motivazione (...). Sotto tale profilo, il Collegio, infatti, non ritiene di doversi discostare dall'orientamento espresso da questo Consiglio (richiamato anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 58 del 17 marzo 2017) secondo cui la motivazione del provvedimento costituisce il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale, per cui il divieto di integrazione postuma della motivazione può essere attenuato, ai sensi dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990, nelle sole ipotesi in cui le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili ovvero si tratti di attività vincolata» (Consiglio di Stato, sez. IV, 29 marzo 2018, n. 1988; Id., 13 dicembre 2017, n. 5892).

<sup>77</sup> Non sono valse, infatti, le argomentazioni presentate in giudizio dall'amministrazione, secondo cui, la motivazione circa il corretto esercizio del potere discrezionale sarebbe stata manifestata dalla ASL nella stessa strutturazione dei lotti, deducendo che questi sarebbero stati distinti comprendendo omogenee strutture sanitarie (lotto 1 per le strutture ospedaliere o assimilabili e lotto 2 per le altre strutture), e ciò avrebbe reso «evidente la motivazione in relazione alla funzionalità dei lotti alle esigenze organizzative della Azienda sanitaria».

<sup>78</sup> Sul punto il Collegio ha specificato, a titolo meramente esemplificativo, che «i lotti avrebbero potuto essere individuati anche con l'accorpamento di tutte le strutture di un singolo Comune o di più Comuni limitrofi, o con la distinzione per singoli ospedali o con l'accorpamento di un solo ospedale con le strutture più vicine, o con l'accorpamento di due o più ospedali o l'accorpamento di più strutture per Comuni. (...) Né la giustificazione dei due lotti può derivare dalla omogeneità quantitativa delle superfici complessive da pulire per i due lotti, potendo i lotti essere individuati in un numero differente e maggiore anche con il rispetto di tale profilo di omogeneità quantitativa».

*lontà del singolo operatore, ma anche della concorde decisione di altre imprese di costituire un'associazione temporanea»<sup>79</sup>.*

Venendo, invece, all'ipotesi in cui la scelta della "macro" suddivisione o della mancata suddivisione risulti motivata, in tali casi l'amministrazione, attraverso la motivazione, deve essere in grado di dimostrare che la dimensione dei lotti prescelta o la mancata suddivisione costituisca una scelta strategica dell'amministrazione, ragionevole e proporzionata rispetto all'oggetto dell'appalto e che, nel bilanciamento degli interessi, quella realizzata sia l'unica soluzione possibile in grado di contemperarli al meglio.

Guardando all'ipotesi della macro-suddivisione motivata, il giudice amministrativo, tra le sue pronunce più recenti (Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440), ha affermato che *«nell'assetto disegnato dall'art. 51 del codice dei contratti pubblici, non può ritenersi preclusa alle stazioni appaltanti – con il corredo di idonea motivazione – la possibilità di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato, sebbene questo finisca per rendere difficoltosa, se non impossibile, la partecipazione delle PMI»*.

Ciò in quanto, a detta del Consiglio di Stato, richiamando anche la precedente giurisprudenza, nel caso di strutturazione della gara in macro-lotti, è necessario verificare se la scelta dell'Amministrazione sia conforme al "modello legale", laddove quest'ultimo ammette la deroga alla suddivisione in lotti dell'appalto *«rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo delle PMI»*, subordinatamente: i) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; ii) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto, nonché al rispetto dei principi della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria<sup>80</sup>.

In questo senso, l'importo dei lotti<sup>81</sup>, secondo il Collegio, non può costituire di per sé un indizio di irragionevolezza o di violazione del principio di proporzionalità, ma occorre verificare se sia possibile ricostruire e valutare le ragioni

<sup>79</sup> In questo senso vedasi anche Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 861; Id., sez. V, n. 1038 del 6 marzo 2017.

<sup>80</sup> Cons. Stato, sez. III, 5534/2018; Id., 30244/2018.

<sup>81</sup> Nel caso della richiamata pronuncia del Consiglio di Stato (n. 8440/2020), l'appalto era stato diviso in cinque macro-lotti da 300 milioni di euro l'uno. In particolare, l'appellante lamentava l'illegittimità di tale suddivisione in particolar modo a livello quantitativo, argomentando che l'art. 51 del Codice dei contratti pubblici dovrebbe essere interpretato nel senso che i lotti dovrebbero essere obbligatoriamente adeguati alla partecipazione delle PMI e, ove tale principio potesse ritenersi derogabile, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe tenuta ad esternare nella motivazione le ragioni per le quali avrebbe ritenuto di non poter adeguare il valore dei lotti, in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle PMI. In caso di maxi-lotti (come nel caso di specie) la stazione appaltante, secondo l'appellante, avrebbe dovuto indicare le ragioni di convenienza ritenute prevalenti, tali da rendere sub-valenti gli interessi delle piccole e medie imprese a partecipare alla gara, ritenendo anche insufficiente a compensare la suddivisione in maxi-lotti la previsione nella *lex specialis* della possibilità di partecipare alla gara in forma aggregata.

che hanno indotto la stazione appaltante ad operare una determinata scelta che può aver comportato il “sacrificio” delle PMI (private della possibilità di concorrere in via autonoma alla gara, dovendo necessariamente aggregarsi ad operatori di maggiori dimensioni o intervenire in qualità di subappaltatori).

In particolare, secondo il Consiglio di Stato, 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 alle peculiarità del caso di specie e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata»<sup>82</sup>.

In altre parole, in caso di frazionamento dell'appalto in lotti, l'art. 51 c.c.p., non può essere letto nel senso di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a dimensionare i lotti “a misura” delle PMI, prescindendo così dal necessario temperamento di interessi che l'amministrazione è tenuta a compiere.

Sicché nel caso in cui l'amministrazione abbia motivato in maniera congrua e puntuale la propria scelta di suddividere l'appalto in maxi-lotti, la stessa dovrà essere riconosciuta come legittima.

Per verificare la congruità della motivazione, secondo il Collegio, è però necessario guardare all'oggetto dell'appalto.

Nel caso sottoposto alla sua attenzione, vi era stata la suddivisione (in cinque maxi-lotti da 300 milioni di euro) dell'appalto avente ad oggetto l'affidamento, in ambito regionale, del servizio di gestione degli impianti tecnologici di diverse ASL, compresa la fornitura alle stesse di energia elettrica, acqua, e la realizzazione di interventi di manutenzione.

La stazione appaltante aveva ritenuto la scelta di aggregare la gara in un numero ridotto di lotti di importo considerevole (a scapito delle PMI) l'unica soluzione possibile per garantire il corretto svolgimento di un servizio, quale quello in questione, che «necessita di una particolare organizzazione per svolgere un complesso di attività interconnesse tra loro» (che vanno dalla fornitura di energia, all'attività di manutenzione, all'esecuzione di opere edilizie finalizzate all'efficientamento energetico) e che solo un grande operatore o un RTI di grandi dimensioni poteva – ragionevolmente – essere in grado di portare avanti in maniera efficiente.

In quest'ottica, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la scelta della Stazione appaltante fosse stata ragionevole e proporzionata dal momento che il fraziona-

<sup>82</sup> Così Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440 che richiama anche Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n.123; sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076; Cons. St., sez. III, 12 febbraio 2020 n. 1076.

mento della gara in tanti lotti – a misura di PMI – non sarebbe stato idoneo alla realizzazione dello scopo perseguito dalla stazione appaltante.

In altra occasione (TAR Lombardia, Milano, sez. II, 17 dicembre 2019, n. 2682), invece, la scelta dell'amministrazione aggiudicatrice di suddividere l'appalto – che prevedeva la fornitura a favore di 16 Aziende sanitarie e dell'Istituto Nazionale Tumori, di 35 set in TNT per uso chirurgico, attinenti a diverse specializzazioni, della durata di 48 mesi e per un fabbisogno annuo di decine di migliaia di pezzi – in due soli “macro-lotti” (il lotto n. 1 da 67 milioni di euro e il lotto n. 2 da 7 milioni di euro), è stata ritenuta illegittima proprio perché la motivazione addotta dall'amministrazione non è stata ritenuta adeguata rispetto all'oggetto dell'appalto.

In particolare, i ricorrenti lamentavano l'illegittimità della previsione di un unico lotto – ossia il lotto 1 – di rilevanti dimensioni, sia con riguardo ai fabbisogni da soddisfare che all'importo economico della fornitura, in carenza di valide ragioni giustificative e in violazione della normativa sia interna che sovranazionale a tutela dell'accesso delle PMI.

Il TAR ha ritenuto la doglianza fondata proprio per l'inadeguatezza della motivazione fornita dall'Amministrazione.

Dall'esame della motivazione, infatti, non sarebbe emersa alcuna ragione oggettiva e inconfutabile che poteva giustificare l'individuazione di un lotto avente un così rilevante valore (oltre 67 milioni di euro), risultando del tutto apodittiche le motivazioni addotte dalla Stazione appaltante, secondo cui sarebbe stato perseguito «*un adeguato livello di efficacia ed efficienza nell'esecuzione del servizio ed una sostanziale omogeneità nei servizi offerti a livello territoriale*»<sup>85</sup>.

Per l'ipotesi, invece, in cui la suddivisione in lotti non sia stata realizzata ma sia stata riconosciuta come legittima, si richiama la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044, che ha riconosciuto come legittima la scelta dell'Amministrazione volta a garantire “l'unitarietà” dell'appalto, precisando sul punto che: «*la scelta di non frazionare l'appalto in lotti, nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalla situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare può ritenersi ragionevole e non illogica o arbitraria*».

Nel caso di specie l'appalto aveva ad oggetto «*il servizio di gestione e controllo di tutte le attività di funzionamento delle aree di sosta automatizzata ed impianti*

<sup>85</sup> In particolare, dall'esame della vicenda era emerso infatti che gli ambiti territoriali destinatari della fornitura – almeno 16 Aziende sanitarie dislocate in tutta la Regione – e la strutturazione del Lotto in 35 sub-lotti avrebbero certamente consentito, e anzi imposto, di articolare la gara in una pluralità di procedimenti di minore dimensione, rendendo possibile la partecipazione anche ad operatori più piccoli e aumentando le chance di aggiudicazione anche per i concorrenti che vi avrebbero preso parte. La motivazione pertanto è apparsa del tutto incoerente con la concreta articolazione della procedura di gara, considerato che non è apparsa affatto giustificata la ricompressione in un unico maxi-lotto di prodotti che non appartenenti a categorie omogenee.

di risalita meccanizzata ed altri servizi accessori da svolgersi all'interno delle aree, dei parcheggi e degli immobili» di un Comune.

Secondo i ricorrenti in primo grado (e il TAR)<sup>84</sup>, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'affidamento di detti servizi con gare separate, «trattandosi di prestazioni funzionalmente diverse tra loro, rispetto alle quali deve garantirsi l'apertura alla concorrenza e dunque l'economicità delle stesse nella misura più ampia possibile».

A detta del Consiglio di Stato, invece, per i motivi predetti, l'adozione dell'opzione del lotto unico è risultata ragionevole «perché la commessa riveste carattere unitario, in quanto sia il servizio di gestione e controllo sia il servizio complementare di pulizia hanno ad oggetto le medesime aree di parcheggio e i medesimi impianti di risalita» e inoltre, dato l'esiguo importo dell'appalto (344.265,00 euro, nel triennio), è stato anche escluso che la disciplina di gara contestata potesse produrre effetti restrittivi della concorrenza in danno alle MPMI.

Dunque, riepilogando, nelle pronunce analizzate sono state quindi sottoposte all'attenzione del giudice amministrativo le seguenti ipotesi: i) l'ipotesi di suddivisione dell'appalto in macro lotti affetta da difetto di motivazione; ii) l'ipotesi in cui la macro-suddivisione è risultata legittima in quanto adeguatamente motivata; iii) l'ipotesi in cui la macro-suddivisione è risultata illegittima in quanto non adeguatamente motivata; iv) l'ipotesi di mancata suddivisione ritenuta legittima in quanto adeguatamente motivata.

Nel primo caso esaminato, quindi, il g.a. ha riconosciuto la scelta illegittima in quanto carente di motivazione, precisando che non possono valere motivazioni “*in re ipsa*” che vedono la mancata motivazione superata dalla stessa scelta di suddividere i lotti in un dato modo piuttosto che in un altro, essendo, invece, necessaria una motivazione adeguata a far comprendere chiaramente le ragioni che, rispetto all'oggetto dell'appalto, hanno indotto l'amministrazione a ritenere la scelta organizzativa prescelta frutto del miglior temperamento di interessi possibile.

Di fatti, se adeguatamente motivata (seconda ipotesi) è stata ritenuta legittima la scelta di suddividere l'appalto in lotti di importi elevati, anche se tali da rendere difficile se non addirittura impossibile la partecipazione delle PMI.

La legittimità di tale scelta è stata riscontrata proprio grazie all'analisi dei “giustificati motivi” che hanno indotto l'Amministrazione a sacrificare gli interessi di tali imprese, in rapporto all'interesse pubblico concreto.

Così ugualmente è stata riconosciuta come legittima anche la scelta di preferire l'unitarietà dell'appalto proprio perché adeguatamente motivata in relazione all'oggetto dello stesso.

Infatti, in caso di motivazione inadeguata, il g.a. non ha esitato a dichiarare illegittima la scelta compiuta dalla Stazione appaltante proprio perché nel caso

<sup>84</sup> TAR Umbria, Perugia, sez. I, 17 maggio 2017, n. 391.

analizzato (terza ipotesi) non erano state addotte ragioni oggettive e inconfutabili che, sempre in relazione all'oggetto dell'appalto, potessero giustificarla.

Dalla disamina di tali pronunce possono compiersi le seguenti considerazioni.

Anzitutto, sia a livello legislativo che poi, conseguentemente, a livello giurisprudenziale, il principio della suddivisione lotti non ha acquisito valore "assoluto" ma può appunto essere derogato nel caso in cui, in relazione all'oggetto dell'appalto, la motivazione dell'Amministrazione di non procedere alla suddivisione sia congrua e proporzionata, anche se ciò può andare a discapito delle PMI. Questo anche nell'ipotesi in cui l'appalto sia stato suddiviso in "macro" lotti di dimensioni non accessibili alle PMI come contraenti principali.

Ciò in quanto, come chiarito dal Consiglio di Stato, il *favor* espresso dal legislatore nei confronti di tali imprese non può esprimersi fino ad arrivare a comprimere eccessivamente la discrezionalità di cui godono le Stazioni appaltanti nella predisposizione del "micro-mercato" che è la procedura di gara.

Si conferma in tal modo quanto affermato dalla dottrina che riconosce la tutela delle PMI (attraverso la suddivisione degli appalti in lotti) come solo uno degli interessi che l'amministrazione è chiamata a bilanciare nella valutazione discrezionale che è tenuta a compiere.

Sebbene tale interesse abbia acquisito un rilievo preponderante (non derogabile se non attraverso una motivazione che si è visto dover essere adeguata, chiara e precisa), tuttavia, non esaurisce la ponderazione dell'amministrazione, in quanto, pur essendo presente all'interno della valutazione e pur essendo in grado di orientare la scelta discrezionale, potrebbe, come visto, comunque risultare soccombente con l'interesse pubblico primario con il quale può entrare in conflitto.

*2.3. La suddivisione degli appalti in lotti: "la chiave di volta" che non risolve.* – Dall'analisi condotta si è avuto modo di vedere che il "terreno di gioco" delle PMI sia l'ambito del sottosoglia ove, dato il valore relativamente basso dei contratti, tali imprese si aggiudicano circa l'86% delle procedure. Ciò in quanto, in linea generale, l'elevato valore dei contratti è stato identificato come la "*key barrier*" dell'accesso al mercato di tali imprese: maggiore è il valore dei contratti, minori sono le loro possibilità di aggiudicazione.

In questo contesto, l'istituto della suddivisione in lotti è stato ritenuto la misura fondamentale per superare tale barriera.

Per tale ragione, con le direttive del 2014, la suddivisione dell'appalto è divenuta la regola che può essere derogata solo attraverso un'adeguata motivazione, idonea a far emergere le ragioni oggettive che hanno condotto l'amministrazione a preferire l'unitarietà del contratto.

Nonostante il *favor* espresso dal legislatore (sia europeo che nazionale), in Italia la quota di mancata suddivisione è particolarmente alta (83% circa).

Questo in quanto, come visto, l'istituto non è stato delineato in maniera assoluta ma è stato dato rilievo al potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici, capaci così di garantire l'interesse pubblico del caso concreto.

In altre parole, come visto, le stazioni appaltanti non sono sempre tenute a suddividere un appalto di grandi dimensioni in più lotti, a patto che la scelta appaia proporzionata e ragionevole rispetto all'oggetto dell'appalto e venga correttamente motivata.

Diversamente facendo, si andrebbe a comprimere la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici che non sarebbero più in grado di tutelare l'interesse pubblico "caso per caso".

Ciò posto, data la possibilità di derogare alla suddivisione, nel bilanciamento che l'amministrazione è tenuta a compiere, l'interesse alla tutela delle PMI è 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.

L'analisi condotta ha anche permesso di mettere in luce che la discrezionalità, se esercitata correttamente, diviene uno strumento a favore della tutela della concorrenza.

Vi sarebbe infatti un "incontro" tra il potere discrezionale dell'amministrazione e la tutela della concorrenza che può dirsi avvenire in forma "indiretta" dal momento che la scelta (discrezionale) di suddividere l'appalto in lotti comporta un ampliamento della platea dei partecipanti che, a sua volta, aumenta la concorrenzialità del "micro-mercato" e che, di conseguenza, amplia le *chances* dell'amministrazione di ottenere la prestazione "migliore".

Viceversa, il cattivo esercizio del potere (nel caso in cui, ad esempio, non viene suddiviso in lotti un appalto che potrebbe esserlo), impedendo la partecipazione delle PMI nelle ipotesi in cui le stesse sarebbero legittimate a partecipare, andrà a distorcere la concorrenza.

Tuttavia, le amministrazioni spesso non sono inclini a suddividere l'appalto dal momento che tale scelta, si è detto, può complicare la gestione delle procedure, può far aumentare i costi amministrativi delle stesse, può anche comportare, dato il più elevato numero di partecipanti, problemi nel coordinamento tra i diversi fornitori e anche un aumento del contenzioso.

Il modello della suddivisione in lotti presuppone poi un'amministrazione forte, ben organizzata e in grado di esprimere, quando sia necessario per sciogliere i frequenti problemi di coordinamento tra la pluralità di operatori, un significativo e tempestivo potere decidente<sup>85</sup>.

Dunque, date tali caratteristiche, la suddivisione dell'appalto in lotti può considerarsi più come uno degli strumenti strategico-organizzativi di cui posso-

<sup>85</sup> Così F. CINTIOLI, *op. cit.*

no usufruire le amministrazioni aggiudicatrici, piuttosto che lo strumento “chiave” per garantire l’accesso delle PMI al mercato.

Infatti, come chiarito anche dal Consiglio di Stato, il *favor* espresso dal legislatore nei confronti di tali imprese non può esprimersi fino ad arrivare a comprimere eccessivamente la discrezionalità di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione del “micro-mercato” che è la procedura di gara.

Se infatti è innegabile il rilievo che lo strumento della suddivisione acquista nella tutela delle PMI, lo stesso non può essere considerato come “la chiave di volta” capace di ovviare ai problemi di partecipazione riscontrati da tali imprese in quanto tale obiettivo, come visto, 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 definite di *awareness-raising*; e non da ultimo quelle riguardanti incentivi e finanziamenti.

Secondo l’UE, come visto, le misure in grado di creare maggiore efficienza sono quelle della prima categoria c.d. *conditions* e non solo quelle riguardanti le procedure (tra cui la suddivisione in lotti), ciò in quanto le prime misure, andando a rafforzare il rapporto di fiducia tra acquirenti pubblici e fornitori creano, appunto, le “condizioni” di accesso al mercato.

Tuttavia, dal report analizzato, si è visto che tale tipologia di misure in Italia non solo risulta inattuata ma anche al centro di ripetute procedure di infrazione.

Si pensi, ad esempio, alla disciplina sul ritardo dei pagamenti per la quale la CGUE (CGUE, Grande sezione, 20 gennaio 2020, C-122/18) ha constatato una violazione da parte dell’Italia della direttiva 2011/7/UE (relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) in quanto non ha assicurato che le sue pubbliche amministrazioni, quando risultano debentrici nel contesto di simili transazioni, rispettino effettivamente termini di pagamento non superiori a 30 o 60 giorni, stabiliti all’articolo 4, paragrafi 3 e 4, di tale direttiva.

Si può dunque ipotizzare che per aumentare la partecipazione delle PMI nel mercato dei contratti pubblici, per le ragioni già indicate, lo strumento della suddivisione non possa considerarsi come “risolutivo” ma sarebbe necessario garantire una maggiore sinergia tra le diverse misure previste a livello europeo.